UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS

TESIS DOCTORAL

LA MORA DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES CIVILES DE HACER

JULIO MANRIQUE DE LARA MORALES

Las Palmas de Gran Canaria, 1999

12/1999-00

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
UNIDAD DE TERCER CICLO Y POSTGRADO

Reunido el día de la fecha, el Tribunal nombrado por el Excmo. Sr. Rector Magfco. de esta Universidad, el/a aspirante expuso esta TESIS DOCTORAL.
Terminada la lectura y contestadas por el/a Doctorando/a las objeciones formuladas por los señores miembros del Tribunal, éste calificó dicho trabajo con la nota de Sobresaliente cum laude por unanimidad
Las Palmas de Gran Canaria, a 3 de diciembre de 1999.

El/a Presidente/a: Dr.D. Bernardo Moreno Quesada,

El/a Secretario/a: Dr. D. Luis Godoy Domínguez,

El/a Vocal: Dra.Dña. Eulalia María Moreno Trujillo,

El/a Vocal: Dr.D. Antonio Domingo Aznar,

El/a Vocal: Dra.Dña. Carolina Mesa Marrero,

El Doctorando: D. Julio Pedro Manrique de Lara Morales,

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DOCTORADO EN DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO DERECHOS DE LA PERSONA DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

LA MORA DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES CIVILES DE HACER

Tesis doctoral presentada por D. Julio Manrique de Lara Morales
Dirigida por el Dr. D. Ignacio Díaz de Lezcano Sevillano

El Director. **El Doctorando,**

Las Palmas de Gran Canaria a de septiembre de 1999

A Elena, mi hija, la alegría de mi vida

A Mónica, mi esposa, sin cuya dedicación, apoyo y sacrificio jamás este trabajo hubiera visto la luz

y a mi madre

Quisiera aprovechar estas líneas para expresar mi agradecimiento a todas aquellas personas que han contribuido en la realización de esta investigación. En especial, manifestar mi más sincera gratitud al profesor Dr. D. Ignacio Díaz de Lezcano Sevillano, Director de esta Tesis Doctoral, que con su orientación y consejo ha hecho posible la culminación de este trabajo. Igualmente a la profesora Carolina Mesa Marrero, por sus amables indicaciones y atenta disposición y a la profesora Gema Díez-Picazo Giménez, por su generosa colaboración y por el tiempo que me dedicó, tanto en la comunicación epistolar que mantuvimos, como personalmente en la Universidad Autónoma de Madrid. Asimismo, a mi familia, por el aliento, por la inspiración recibida y por el esfuerzo que para todos ha significado la finalización de este estudio. Además, al resto de los profesores del Área de Derecho civil de esta Facultad y a la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN V

I. LA OBLIGACIÓN DE HACER. GENERALIDADES 1

1. Concepto de obligación de hacer 1
1.1. Aspectos históricos 1
1.1.1. Derecho romano 1
1.1.1.1. La *obligatio* romana 1
1.1.1.2. El *facere* y sus caracteres 6
1.1.1.3. Incoercibilidad del *facere* en el Derecho romano 9
1.1.2. Derecho intermedio 11
1.1.2.1. El concepto de obligación de hacer entre glosadores y comentaristas 11
1.1.2.2. La coerción de la obligación de hacer en el Derecho medieval 15
1.1.2.3. Las Leyes de las Siete Partidas 19
1.1.3. La obligación de hacer en la etapa precodificadora 28
1.1.4. La recepción de la obligación de hacer en el proceso codificador francés e italiano 33
1.1.4.1. Los artículos 1.142 y 1.144 del *Code* napoleónico 33
1.1.4.2. Los artículos 1.218 y 1.220 del Código civil italiano de 1.865 37
1.2. La consideración de la obligación de hacer en las doctrinas del presente siglo 41
1.2.1. Concepto y diferencias con la obligación de dar 41
1.2.2. Caracteres de la obligación de hacer 45
2. Fungibilidad e infungibilidad de la obligación de hacer 54
2.1. Individualización y autonomía del concepto 54
2.2. Criterios de determinación de la (in)fungibilidad 58
2.3. La (in)fungibilidad del comportamiento del deudor en la prestación de hacer 66
2.4. Alcance práctico de la distinción en la prestación de hacer 69
3. Inexigibilidad de la conducta del deudor en la obligación de hacer 73
3.1. El Ordenamiento Jurídico español y su doctrina 73
3.1.1. Criterios generales 73
3.1.2. La obligación consistente en emitir una determinada declaración de voluntad 79
3.1.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo 83
3.2. La ejecución forzosa de la obligación de hacer en el *Codice civile* italiano 115
3.3. El sistema francés de coerción de las obligaciones de hacer 122
4. Las obligaciones de hacer de medios y de resultado 131
4.1. Planteamiento 131
4.2. Concepto 133
4.3. Los criterios de distinción entre las obligaciones de medios y las de resultado 143
4.4. La concreción del cumplimiento-incumplimiento en las obligaciones de medios y de resultado 153
4.5. El sistema de responsabilidad 157
4.6. La carga de la prueba 164

II. LA MORA DEL DEUDOR, CONCEPTO, PRESUPUESTOS Y REQUISITOS 169

1. La noción de la mora del deudor 169
2. El retraso en el cumplimiento de la obligación y su configuración como incumplimiento contractual 178
2.1. El retraso y la resolución contractual 178
2.2. El retraso jurídicamente relevante 184
2.3. Presupuestos y efectos del retraso 186
3. Presupuestos y requisitos de la constitución en mora del deudor 189
3.1. Presupuestos de la constitución en mora del deudor 191
3.1.1. La noción del cumplimiento de la obligación 191
3.1.2. El concepto de incumplimiento de la obligación 193
3.1.3. El límite de la responsabilidad contractual 201
3.2. Requisitos de la constitución en mora del deudor 213
3.2.1. El carácter positivo de la obligación 213
3.2.2. La exigibilidad de la obligación 216
3.2.3. La liquidez de la deuda 219
3.2.4. La imputabilidad al deudor del incumplimiento 226
3.2.5. La interpelación o intimación del acreedor 228
3.2.5.1. Concepto 228
3.2.5.2. Naturaleza jurídica 229
3.2.5.3. Capacidad de las partes 232
3.2.5.4. Contenido de la intimación 234
3.2.5.5. Forma de la intimación 235
3.2.5.6. Tiempo de la interpelación 239
4. La mora automática 242
4.1. La mora automática por disposición de la ley 244
4.2. La mora automática por voluntad de las partes 253
4.3. La designación de la época de cumplimiento como motivo determinante para establecer la obligación 255

III. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA MORA DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES CIVILES DE HACER 259

1. El comienzo de la mora del deudor en las obligaciones de hacer 259
1.1. El tiempo en la relación obligatoria 259
1.1.1. Tiempo y mora 269
1.1.2. La exigibilidad inmediata de las obligaciones 270
1.1.3. El tiempo necesario de cumplimiento en la prestación de hacer 276
1.2. Necesidad de conceder al deudor un plazo para cumplir tras la intimación creditoria 280

2. Las consecuencias del retraso en el cumplimiento de las obligaciones de hacer.....296
2.1. El retraso en el cumplimiento de las obligaciones de hacer de medios y de resultado.....296
2.1.1. Preliminar.....297
2.1.2. El retraso en el cumplimiento de las obligaciones de hacer de medios.....301
2.1.3. El retraso en el cumplimiento de la obligación de hacer de resultado.....312
2.1.4. Los efectos del retraso en el cumplimiento de las obligaciones de hacer de medios y de resultado.....316
2.2. La pretensión de cumplimiento y la ejecución forzosa de la obligación de hacer. Especial referencia a la *Astreinte*.....323
2.2.1. Introducción.....323
2.2.2. El objeto de la pretensión de cumplimiento.....324
2.2.3. La ejecución forzosa de la obligación de hacer.....329
2.2.3.1. La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer fungibles.....331
2.2.3.2. La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer infungibles.....337
2.2.4. El cumplimiento específico en el Derecho anglosajón.....339
2.2.5. El sistema germánico de ejecución forzosa de la obligación de hacer.....357
2.2.6. La *Astreinte* como medio procesal de ejecución indirecta de la obligación de hacer.....363
2.2.6.1. Concepto, naturaleza y fundamento.....363
2.2.6.2. Aplicación de la *Astreinte* a la obligación de hacer.....369
2.2.6.3. Procedimiento.....372
2.3. La indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el retraso.....377
2.3.1. Generalidades. El artículo 1.101 del Código civil.....377
2.3.2. Alcance de la obligación de indemnizar.....394
2.3.3. El nexo causal.....410
3. La *perpetuatio obligationis*. La traslación de los riesgos al deudor.....416
3.1. Concepto.....416
3.2. El artículo 1.096 III del Código civil.....424
3.3. La prueba de que el objeto de la prestación hubiera perecido del mismo modo en poder del acreedor.....427
4. La imposibilidad física o jurídica de la prestación de hacer. El artículo 1.184 del Código civil.....439
5. La constitución en mora del deudor en las obligaciones recíprocas.....459
5.1. El último párrafo del artículo 1.100 del Código civil.....459
5.2. La necesidad de interpelación.....464
5.2.1. La tesis tradicional.....464
5.2.2. La posición de Albaladejo.....470
5.2.3. La postura de Cristóbal Montes.....480
5.2.4. El criterio de Díez-Picazo.....486
6. Cláusula penal moratoria y obligación de hacer.....489
6.1. Caracteres y presupuestos de aplicación de la pena moratoria.....491
6.2. Moderación judicial de la pena moratoria.....505

7. Cooperación del acreedor al cumplimiento y mora del deudor en la obligación de hacer....514
7.1. Falta de cooperación del acreedor al cumplimiento y mora del deudor....514
7.1.1. Introducción....514
7.1.2. El carácter necesario de la cooperación del acreedor al cumplimiento....516
7.1.2.1. Generalidades....516
7.1.2.2. El carácter necesario de la cooperación del acreedor en el cumplimiento de las obligaciones de hacer....522
7.1.3. Tipos de cooperación del acreedor....524
7.1.4. Naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor....527
7.1.4.1. La posición del deudor en la obligación....528
7.1.4.2. Naturaleza de la cooperación del acreedor....536
7.1.5. Las consecuencias del defecto de cooperación del acreedor....544
7.1.5.1. La falta de satisfacción del crédito....545
7.1.5.2. La falta de cooperación del acreedor y la liberación del deudor....551
7.1.5.3. El cumplimiento unilateral de la obligación....555
7.1.5.4. La liberación *ipso iure*....557
7.1.5.5. Liberación potestativa....558
7.2. El artículo 1.217 del *Codice civile* italiano....560
7.3. Consignación de la obligación de hacer....571
7.3.1. Introducción....571
7.3.2. La consignación y la liberación del deudor en la obligación de hacer....575
7.4. La purgación de la *mora solvendi* como efecto exoneratorio causado por la mora del acreedor....581

CONCLUSIONES....585

BIBLIOGRAFÍA....599

INTRODUCCIÓN

La más reputada doctrina científica, nacional y extranjera, ha puesto de manifiesto como en la actualidad, con un sistema económico basado fundamentalmente en el denominado «*Sector Terciario*», esto es, en una economía de servicios, las relaciones jurídicas propias del mismo presentan una riqueza técnica, y a la vez complejidad práctica, hasta ahora desconocidas.

En este contexto, los intereses de consumidores y usuarios se satisfacen, casi en su totalidad, mediante la previsión y cumplimiento de obligaciones de hacer. De este modo, esta categoría obligacional, no obstante nacer con carácter residual y una muy escasa regulación, poco a poco ha ido adquiriendo una inusitada importancia; trascendencia que, asimismo, se ha acrecentado extraordinariamente por la necesidad de integrar las insuficiencias normativas existentes al respecto, puestas de manifiesto sobre todo cuando dichas obligaciones no son cumplidas o lo son fuera ya del tiempo oportuno señalado para su efectividad, es decir, cuando se incurre en mora.

Estas deficiencias se advierten en la estructura y en la reglamentación de nuestro Derecho de obligaciones, y en la propia sistemática del Código civil, pues el modelo tradicional de obligación ha sido elaborado a partir de una extensión de las reglas nacidas históricamente en el seno de las obligaciones de dar y, en especial, en el entorno del régimen de las obligaciones pecuniarias.

Es por ello que las obligaciones de hacer, y por las razones antes expuestas, han carecido de un detallado y metódico estudio de todas aquellas cuestiones que con respecto a ellas puedan plantearse y, aunque las mismas, como subtipo, están presentes en la Teoría clásica, resultan extrañamente inmunes a la mayor parte de las reglas de la Teoría general.

Cabe, por tanto, destacar que la regulación legal de este tipo de obligación es, en nuestro Código civil, completamente insuficiente, por el ya comentado motivo de que la doctrina general de las obligaciones se construyó a partir de las de dar, a lo que habría que añadir, a su vez, que la institución de la *mora debendi* no ha sido objeto de gran atención por parte de nuestra doctrina jurídica, existiendo en el Código civil un único artículo dedicado íntegramente a esta institución, norma que, por otro lado, ha sido calificada de

confusa, deficiente y desorientadora.

En consecuencia, una investigación como la presente, la mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer, ha de requerir, necesariamente, de un análisis en profundidad de dos instituciones jurídicas concretas, referentes ambas a la Teoría general de las obligaciones.

Por un lado, la obligación de hacer, que se presenta como un tipo especial dentro de la división en tres grandes órdenes en los que se ha agrupado a todo el conjunto de las obligaciones por razón de su objeto, es decir, en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

Y por otro, la mora, considerada como una de las formas de incumplimiento contractual, entendido éste en sentido amplio como contravención al tenor de la obligación *ex* artículo 1.101 del Código civil, y que se caracteriza por una situación de responsabilidad agravada o cualificada en la que se encuentra el deudor tras el incumplimiento de la obligación a su cargo y que le sujeta u obliga, hasta el momento del exacto cumplimiento, a soportar y responder de los sucesos que sobrevenidamente pudieran afectar a la correcta ejecución de la prestación, aunque estén originados por motivos o causas de diversa índole.

El estudio, por tanto, ha de partir inexcusablemente de la obligación de hacer, como punto inicial de la investigación, así como han de analizarse sus aspectos concretos y particulares y, sobre todo, aquellos puntos en los que resulte evidente su diferenciación con las obligaciones de dar.

Igualmente, deberá examinarse en qué medida el incumplimiento por mora presenta caracteres propios por referirse a esta particular categoría de obligaciones y, del mismo modo, si las normas relativas a la constitución en mora que, como ya se ha señalado, surgen de la concreta aplicación de las obligaciones de dar, son o no suficientes para resolver todos y cada uno de los problemas que pudieran manifestarse en función de la implicación de aquellas relaciones jurídicas en las que intervienen obligaciones cuyo objeto consiste en un *facere*, es decir, en el desarrollo, por parte del deudor, de aquella conducta o comportamiento al que se ha obligado, en interés del acreedor, en el momento de instauración del vínculo jurídico obligatorio.

Por todo ello, se consideró adecuado estructurar la presente investigación en tres capítulos, completamente coordinados entre sí, y a los fines de responder a la cuestión

principal que atañe al objeto del presente estudio, o sea, la de determinar si la regulación que actualmente preceptúa nuestro Código civil para la constitución en mora del deudor da cumplida y adecuada respuesta a todas aquellas cuestiones que pudieran suscitarse cuando las mismas han de ser aplicadas al retraso en el cumplimiento de obligaciones que tengan por objeto un hacer.

En el primer capítulo, «*La obligación de hacer. Generalidades*», se efectuó un estudio de cuatro de los principales aspectos que, a juicio del autor, merecieron por su importancia y trascendencia práctica, un mayor detenimiento y minuciosidad en el análisis de su contenido. Estos cuatro apartados son los siguientes: Concepto; fungibilidad e infungibilidad; exigibilidad y coercibilidad; y obligaciones de hacer de medios y de resultado.

En esta línea, se afrontó la revisión del propio concepto de la obligación objeto de nuestro estudio a partir de sus antecedentes históricos en el Derecho Romano e Intermedio, así como en la etapa precodificadora y en los procesos codificadores, tanto francés como italiano, que son los antecedentes más inmediatos de nuestro actual Código civil.

Relativo a su conceptuación, y en las doctrinas del presente siglo, nos encontramos que, entorno a la misma, las Teorías se concentran en dos grandes grupos. Los negativistas, que definen a la obligación de hacer por exclusión de la de dar, y los positivistas que consideran que esta obligación presenta autonomía y sustantividad propias, y la definen como toda aquella prestación cuyo objeto consista en la ejecución de un comportamiento o una conducta tan amplia en Derecho como la licitud de la misma lo permita.

Consecuencia de esta distinción es la consideración de la obligación de hacer como un subtipo dentro del modelo tradicional de obligación, que como ya se ha advertido está constituido por la de dar, o bien, su caracterización como obligación de especial relieve dentro de una economía de mercado contemporánea, con sus particulares y especiales caracteres dentro de la Teoría General de las Obligaciones.

En lo relativo a la (in)fungibilidad de la prestación de hacer, puede señalarse que, para la mayor parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera, ésta hace referencia a una cualidad de las mismas que afecta a la posibilidad de sustituir o no al deudor en el cumplimiento de la obligación. No obstante, se ha indicado que, a pesar de opiniones discrepantes, el comportamiento del obligado también es susceptible de ser calificado en

términos de (in)fungibilidad. De esta manera, la prestación es fungible si el deudor puede elegir uno entre varios comportamientos, todos ellos igualmente idóneos y equivalentes entre sí, para satisfacer el interés del acreedor. En caso contrario, si el obligado no tiene libertad para elegir entre varios comportamientos alternativos, la prestación es infungible.

La importancia práctica de la anterior distinción trasciende el mero plano teórico y clasificatorio, pues si la prestación es fungible el acreedor obtendrá el cumplimiento *in natura* de las mismas, aun en caso de incumplimiento por parte del deudor, pues cabe ejecutarla por medio del propio acreedor o por un tercero, a expensas del obligado que correrá con todos los gastos que tal ejecución pudiera ocasionar. De otro modo, si la prestación es infungible, el cumplimiento en especie depende exclusivamente de la voluntad del deudor en ejecutar la prestación, en cuyo caso, aquél obtendría en su lugar el cumplimiento por equivalente, es decir, la indemnización de daños y perjuicios.

Otro aspecto interesante de la obligación de hacer se refiere a su ejecución forzosa. En este sentido, cabe destacar el sistema de ejecución indirecta que poseen algunos Ordenamientos Jurídicos de los países de nuestro entorno. Éstos son medios de coerción que no actúan directamente sobre la persona del deudor sino que tratan, mediante la amenaza de penas patrimoniales, de modificar su conducta, de tal modo que éste se vea obligado a cumplir en virtud de la conminación que supone la aplicación de sanciones de carácter pecuniario. Puede, en esta línea, citarse el sistema de multas coercitivas del Ordenamiento alemán -*Geldstrafen*-, las *Astreintes* del Ordenamiento francés y el sistema jurídico anglosajón de *Specific Performance*.

Finalmente, la clasificación entre obligaciones de hacer de medios y de resultado afecta a aquello que el deudor debe y a lo que el acreedor, por su parte, puede legítimamente exigirle como contenido de su derecho de crédito. La repercusión de tal distinción atañe a cuestiones de gran relevancia, pues se refiere también a aspectos relativos a la constitución en mora del deudor, tales como, entre otros, los criterios de distinción entre ambos tipos de obligaciones, el incumplimiento de las mismas, la imputabilidad del incumplimiento o del retraso, la consideración del cumplimiento inexacto, la carga de la prueba del acreedor y del deudor ante un incumplimiento por mora y las cuestiones de la responsabilidad del mismo y el límite de ésta ante un incumplimiento inimputable.

En el segundo capítulo, «*La mora del deudor, concepto, presupuestos y requisitos*», se ha realizado, también, un examen de cuatro puntos concretos: la noción de la constitución en mora del deudor; el retraso en el cumplimiento de la obligación; los presupuestos y requisitos de la *mora debitoris*; y la mora automática.

La noción de la mora del deudor tradicionalmente ha venido siendo entendida como aquella situación de retraso en el cumplimiento de la obligación, caracterizada por una especial situación de culpabilidad en el deudor-infractor.

Para otros autores, sin embargo, la mora es un determinado tipo de infracción del derecho de crédito. Se hace necesario, en este último caso, que no se haya efectuado el cumplimiento de la obligación en el momento señalado para ello, que la misma pueda ser cumplida tardíamente y que, igualmente, persista todavía el interés del acreedor en un cumplimiento retrasado.

No obstante, actualmente empieza a adoptarse otra postura entorno a la figura jurídica de la constitución en mora del deudor, pues se estima que ésta puede ser apreciada como un medio previsto por el legislador para trasladar los riesgos al deudor, en el supuesto de incumplimiento, y en el caso de que las partes o la ley no hayan dispuesto otra cosa para la infracción de la obligación.

En cuanto al retraso en el cumplimiento de la obligación y su configuración como incumplimiento contractual, muchos son los autores que han tratado el tema de la relevancia que tal retraso pueda tener dentro de la Teoría General de las Obligaciones. Existe, en este sentido, un debate abierto entre los partidarios de la consideración del simple retraso relevante y aquellos otros autores que no consideran que el retraso tenga relevancia jurídica alguna, puesto que, para que éste produzca los efectos propios del incumplimiento, se precisa la interpelación del acreedor, momento a partir del cual surgen los efectos jurídicos de tal retraso.

Para acometer el estudio en profundidad de la anterior cuestión, se ha analizado en primer lugar la relación que existe entre el retraso y la resolución contractual. En esta línea, se destaca que para un sector mayoritario de la doctrina, la constitución en mora del deudor no debe ser considerada como un requisito de la resolución contractual por incumplimiento. De igual modo, se han examinado los presupuestos del retraso para ser considerado

jurídicamente relevante, éstos son: el no cumplimiento a tiempo de la prestación, la ilicitud del mismo, su incertidumbre acerca de una posterior ejecución y, finalmente, la posibilidad objetiva de cumplimiento tardío y la satisfacción diferida del interés creditorio. También, de entre los efectos del mismo, cabe destacar la posibilidad de que el acreedor pueda optar por el cumplimiento tardío, en forma específica, de la obligación o por la resolución contractual, en el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación o inutilidad de la misma para aquél y, además, la indemnización de los daños y perjuicios que tal retraso le haya podido ocasionar.

Por otro lado, se ha efectuado un estudio de los presupuestos y requisitos de la constitución en mora del deudor. Cabe, en este sentido, señalar que el único presupuesto que, con carácter general, debe ser tenido en cuenta para la plena eficacia del traspaso de los riesgos al deudor es el incumplimiento de la obligación. La mora, en esta dirección, se concibe, pues, como un efecto más de la responsabilidad por incumplimiento y, por ello, comparte los requisitos esenciales de las demás consecuencias que éste origina.

Como requisitos de la constitución en mora del deudor puede indicarse el carácter positivo de la obligación, lo que ha llevado a algunos autores, y a algún Código civil como el italiano, a excluir la posibilidad de que pueda surgir la mora en las obligaciones de no hacer. Asimismo, la exigibilidad de la obligación, que puede ser entendida como la susceptibilidad de la misma de poder ser reclamado su cumplimiento. La liquidez de la deuda, y su relación con el viejo axioma latino *in illiquidis no fit mora*. La imputabilidad del incumplimiento al deudor y las dos posturas doctrinales que existen entorno a la consideración de si ésta puede ser reputada o no como presupuesto para la constitución en mora. Y, finalmente, la interpelación o intimación, que se considera que es el requerimiento que hace el acreedor al deudor en virtud del cual reclama el cumplimiento inmediato de la prestación, se trata de una declaración de voluntad del acreedor dirigida al deudor y destinada a hacerle conocer su voluntad inequívoca de obtener el cumplimiento.

Por último, se ha acometido el estudio de los supuestos de mora automática contemplados en el segundo párrafo del artículo 1.100 del Código civil, que incluye tres distintos criterios que pueden envolver cada uno de los supuestos característicos en los que el deudor asume los riesgos de los casos fortuitos, sin necesidad de ser intimado por el

acreedor. La primera regla implica aquellas hipótesis en las que la ley expresamente lo determina, y comprende aquellos supuestos en los que el Ordenamiento Jurídico impone al deudor la obligación de hacerse cargo de los casos fortuitos sobrevenidos. La segunda, es la de la autonomía de la voluntad de las partes, que comprende todos los pactos a los que los contratantes hayan llegado acerca de la distribución de los riesgos y del momento en que ésta haya de verificarse. Y, en tercer lugar, nos encontramos con el criterio de la propia naturaleza y circunstancias de la obligación, que engloba todo lo relativo a las eventualidades del lugar, tiempo y objeto de la prestación.

En el tercer capítulo, «*Aspectos específicos de la mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*», se afronta el análisis de cuestiones tales como la relativa al tiempo de cumplimiento de la obligación, y a sus efectos según se trate de obligaciones de hacer puras o a plazo. Otra cuestión que puede subrayarse es la relativa a la posibilidad de que en determinadas obligaciones de hacer, aquellas cuyo cumplimiento no sea inmediato, se admita que el requerimiento del acreedor, y en tanto el deudor haya dado ya inicio a la ejecución de la prestación, no se constituya inmediatamente en mora. De este modo, el obligado, tras recibir la interpelación creditoria, dispondría de un *modicum tempus* para finalizar el cumplimiento de la obligación, y durante cuyo transcurso no asumiría los efectos propios de la constitución en mora; período que vendría definido de acuerdo con las propias particularidades de la concreta prestación a ejecutar, así como de los principios de la buena fe contractual, los usos del negocio de que se trate, y de la costumbre del lugar y de la época en la que haya de realizarse el cumplimiento.

También, se ha llevado a cabo el examen de las consecuencias que el retraso en el cumplimiento acarrea según nos encontremos en presencia de obligaciones de hacer de medios o de resultado.

Igualmente, en cuanto a la pretensión de cumplimiento, ha sido necesario realizar una investigación detallada de los distintos sistemas de ejecución forzosa de las obligaciones de hacer en los Ordenamientos francés, anglosajón y germánico.

Se ha procedido, además, al estudio del artículo 1.184 del Código civil que hace referencia, en las obligaciones de hacer y con la remisión al artículo 1.182, a los supuestos de imposibilidad física o legal de las mismas, y a la consecuencia exoneradora de

responsabilidad, cuando aquéllas acaecen sin culpa del deudor y antes de ser constituido en mora.

Finalmente, se han abordado otros temas, tales como la cláusula penal moratoria que, sobre todo, en las obligaciones de puro hacer, puede considerarse como un medio de gran eficacia para distribuir los riesgos y su cuantía, en el supuesto de retraso en el cumplimiento de las mismas. La cooperación del acreedor al cumplimiento de la prestación que en las obligaciones de hacer tiene una gran importancia práctica, sobre todo a los fines de que el deudor pueda liberarse de la obligación a través del cumplimiento, sin la necesaria colaboración creditoria y, en estrecha relación a la anterior, la consignación de estas obligaciones, donde existen muchos problemas, por su falta de regulación legal, en lo relativo a la consignación de las obligaciones de puro hacer.

CAPÍTULO I

LA OBLIGACIÓN DE HACER. GENERALIDADES

1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN DE HACER

1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS

1.1.1. DERECHO ROMANO

1.1.1.1 LA *OBLIGATIO* ROMANA

En el Derecho Romano la obligación -*obligatio*- era considerada como un vínculo jurídico mediante el cual un sujeto podía ser constreñido a realizar a favor de otro un determinado comportamiento[1]. Ínsita al concepto señalado surge, por tanto, la constricción como elemento constitutivo de la obligación que liga a un sujeto -deudor- frente a otro -acreedor-[2]. De este modo, toda obligación genera un vínculo entre un deudor y un acreedor

---

[1]Dos son las fuentes romanas principales que hacen referencia al concepto de obligación: una, es la definición de Paulo que se contiene en el D. 44, 7, 3 pr. «*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*». BONFANTE indica que esta definición de Paulo puede considerarse como una explicación del objeto de la obligación en tanto que señala cuál es la esencia -*substantia*- de la misma. Ésta no consiste en hacer nuestra la cosa, constituir, sin más, un derecho sobre la misma, sino constreñir la actividad ajena a *dare*, *facere* o *praestare* en favor nuestro.Vid. *Corso di Diritto Romano, Vol. 4°. Le Obbligazioni*, Milano, 1979, p. 18; para OSTI de esta definición se deduce cual sea la consideración del resultado final al cual tiende la relación obligatoria: no se trataría de una coacción a comportarse de un determinado modo para alcanzar un concreto resultado, sino de una coacción a *dare*, *facere* o *praestare* cualquier cosa. Vid. *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, Rivista di Diritto Civile, Anno X, maggio-giugno, 1918, p. 420; ARIAS RAMOS señala que este concepto de Paulo, más que una definición, se trata de un enunciado de los caracteres que diferencian la obligación del derecho real. Vid. *Derecho Romano II, Obligaciones, Familia y Sucesiones*, Madrid, 1988, p. 557; de otro lado, PEROZZI comenta que estamos ante una pseudo-definición de obligación debido a la confusión entre obligación y acción, se trata de una transformación infeliz hecha por los compiladores de la definición de *actio in personam* dada por los clásicos. Vid. *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1947, pp. 14 y 15.

La otra descripción del señalado concepto, se encuentra en Inst. J. 3, 13 pr. «*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*». Señala PEROZZI en op. et loc. cit., que según FERRINI [en *Opere*, 2, Milano, 1929, pp. 307 y ss.], esta definición proviene de Florentino, toda vez que parece obra de un jurisconsulto clásico, no de los compiladores, los cuales entre otras, hubieran evitado la dicción *secundum nostrae civitatis iura*. Observa, además, que KÜBLER supone, por razones de forma, que el autor de esta definición es Papiniano; en el mismo sentido, vid. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1995, p. 395 y MIQUEL, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1992, p. 257; vid. también ARIAS RAMOS, op. cit., p. 556.

[2]ARANGIO-RUIZ considera que la definición de obligación contenida en Inst. J. 3, 13 pr. debe interpretarse en el sentido de considerar que ésta es un «vínculo jurídico en virtud del cual estamos constreñidos frente a otro a determinada conducta». Vid. *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1952, p. 316;

concretos, que se traduce, desde el punto de vista debitorio, en la existencia de un deber de cumplir la prestación y en la correlativa responsabilidad del mismo en caso de incumplimiento[3].

No obstante, el concepto de obligación romana evolucionó desde una época primitiva, donde la *obligatio* era concebida como una atadura, una ligazón personal en la que un sujeto se encontraba respecto de otro[4].

La obligación, en su origen, fue considerada como una relación de verdadera sumisión personal con una posibilidad de liberación para el deudor mediante el pago de una suma o cuantía económica[5]. Es a partir de una *Lex Poetelia Papiria*, 326 a.C., cuando surge

---

IGLESIAS destaca también, del concepto de obligación romana, el vínculo jurídico mediante el que se exige a un sujeto la ejecución de una concreta prestación en favor de otro. Vid. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Barcelona, 1972, pp. 369 y ss.; en similares términos vid. BONFANTE, op. cit. en nota 1, pp. 18 y 19; vid. asimismo, ASTUTI, *Obbligazioni. Diritto Intermedio*, Enciclopedia del Diritto, T. XXIX, Milano, 1979, pp. 100 y ss.; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, 1988, pp. 447-448.

[3]Vid. IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 370; D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1991, pp. 401 y ss.; KASER, *Derecho Romano Privado*, Madrid, 1982, pp. 147-148; SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960, pp. 436 y ss.; PEROZZI comenta que la responsabilidad era meramente la consecuencia de la conducta fallada. Op. cit. en nota 1, p. 6.

[4]En el Derecho Romano primitivo, la *obligatio* suponía una situación de cautividad, una atadura, un sometimiento personal, una auténtica dependencia física del deudor respecto de su acreedor. Vid. IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 371; CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, p. 29; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las Relaciones Obligatorias*, Madrid, 1993, pp. 50 y ss; asimismo, BONFANTE apunta que la fuente primigenia de la obligación era el delito y, por ello, las obligaciones primitivas tenían contenido penal y no comercial. De este modo, el deudor incumplidor recibía el mismo tratamiento que el ladrón y el procedimiento de ejecución de la deuda tenía un claro carácter penal. En este sentido, el sujeto agraviado se satisfacía con el propio cuerpo del ofensor. Aquél podía hacer lo que quisiera con la persona del deudor, desde convertirlo en su esclavo o sirviente hasta venderlo como tal. Una de las manifestaciones más características del abandono del incumplidor a la venganza personal del agraviado era el Talión. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 35 y ss. esp. pp. 36, 37 y 42; vid. también PEROZZI, op. cit. en nota 1, p. 3; VOLTERRA, op. cit. en nota 2, p. 451 y nota 13 de la misma pág.; ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, pp. 561 y 562; KASER, op. cit. en nota 3, p. 148.

[5]Señala BONFANTE que el incumplidor está siempre sometido, sujeto a la persona perjudicada hasta que satisfaga la pena pecuniaria o *poena*. Formalmente, al menos en el aspecto principal de la relación, la verdadera *obligatio* primitiva, estaba constituida por ese estado de sujeción en el que cae el culpable. Los términos *solutio*, *solvere*, *liberare* hacen referencia a la persona que liberaba al deudor de esta cadena mediante el pago de una suma determinada, y solamente en época más tardía éstas se refieren propiamente a la misma suma que se abona. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 38 y 39; por su parte, KASER apunta que: «La responsabilidad implica ahora que alguien se halla sometido, con su persona, a la aprehensión por otro judicialmente intervenida, y de la que puede librarse mediante la oportuna redención». Cfr. op. cit. en nota 3, pp. 148 y ss.; vid. también PEROZZI, op. cit. en nota 1, p. 3; SCHULZ, op. cit. en nota 3, p. 440; IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 370 y ss.

la verdadera obligación moderna[6]. Ésta deja de ser un vínculo personal para convertirse en uno de carácter patrimonial[7]. Ahora es el propio patrimonio del deudor el que asume la función de garantía del cumplimiento de la obligación[8]. Efectivamente, el comportamiento del deudor, la prestación de la *res debita* es incoercible, no solamente en esta etapa, sino también en la anterior época primitiva[9], y aquello que permanece tras el incumplimiento del deudor es su garantía patrimonial, que es precisamente lo que la distingue de aquellas obligaciones de carácter ético-jurídico de derecho público o de familia[10]. La obligación, de esta manera considerada, no asegura una consecución directa de su característico objeto, sino una satisfacción patrimonial en caso de incumplimiento de la misma[11].

Desde este punto de vista patrimonial, la *obligatio* romana podría ser definida como aquella relación jurídica en virtud de la cual, de un lado, uno o más sujetos tienen derecho a exigir una determinada actividad de naturaleza patrimonial, y en caso de incumplimiento, tienen derecho a obtener una conveniente satisfacción patrimonial, y de otro lado, uno o más

---

[6]Vid. BONFANTE, op. cit. en nota 1, p. 41; IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 373; VOLTERRA, op. cit. en nota 2, p. 453; LONGO, *Esecuzione Forzata. Diritto Romano*, Novissimo Digesto Italiano, T. VI, Torino, 1968, p. 715 y notas 5, 6, 7; por otro lado, para VOCI esta Ley no abolió la ejecución personal contra el deudor sino que, ciertamente, la atenuó. La ejecución personal, sigue diciendo, subsiste todavía en la época clásica del derecho romano. Vid. *Esecuzione Forzata. Diritto Romano*, Enciclopedia del Diritto, T. XV, Milano, 1966, p. 423; No obstante, señala BORRÈ que la efectiva materialización de la exigencia contemplada en esta Ley (*bona debitoris non corpus obnoxium esse*) debió de haber sido introducida por el instituto pretorio de la *missio in bona*. Vid. *Esecuzione Forzata degli Obblighi di Fare e di Non Fare*, Napoli, 1966, p. 5 y nota 10;

[7]Vid. IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 373; ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 560; Apunta BONFANTE que la obligación, que era en origen una relación de verdadera sujeción personal con posibilidad de liberación del deudor, es decir, una relación en la que se podría decir que el individuo está *in obbligazione* y el pago de la suma es condición de la *solutio*, se convierte en una relación patrimonial, en la que la suma o cantidad está *in obbligazione* y el vínculo no afecta a la persona sino a su patrimonio. Vid. op. cit. en nota 1, p. 42.

[8]Cfr. BONFANTE, op. cit. en nota 1, p. 43.

[9]En este sentido, vid. ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 559; VOLTERRA, op. cit. en nota 2, p. 447; CUENA BOY, *La prestación y sus requisitos, Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 94; indica BONFANTE que los romanos insisten, a propósito de la imposibilidad de constreñir a realizar aquello que no se quiere hacer, en señalar que la obligación no constituye un disminución de la libertad de la persona. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 43-44.

[10]BONFANTE refiere que la prestación deducida de la obligación romana es en sí misma incoercible, pero al mismo tiempo se encuentra garantizada por la potencialidad patrimonial del deudor, y es este carácter el que la distingue de las otras obligaciones de contenido ético-jurídico. Vid. op. cit. en nota 1, p. 44; vid. también ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 558.

[11]Vid. BONFANTE, op. cit. en nota 1, p. 44; ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 559.

sujetos tienen el deber de cumplir la prestación misma, o sea, de responder con su propio patrimonio de su incumplimiento[12].

El objeto de la obligación romana era la prestación, que podía consistir en *dare*, *facere* o *praestare*, de este modo, fue entendida la *obligatio* como aquella vinculación personal que constreñía a una persona a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa[13]. La prestación era considerada como aquel comportamiento que el deudor debía realizar con el propósito de satisfacer el concreto interés del acreedor, conducta que venía determinada con arreglo al modelo y a la específica disposición del vínculo obligatorio que les unía[14]. Es, por tanto, en la particular relación obligatoria donde la prestación adquiere su preciso y definitivo significado[15]. Consecuencia de esta naturaleza, es el carácter personal o infungible de determinadas prestaciones, el cumplimiento de éstas ha de ser libre por parte del deudor, la prestación es en sí misma incoercible, y de ahí la ausencia en el Derecho Romano de la ejecución forzosa en forma específica[16]. Ante un incumplimiento del obligado no cabe la posibilidad de sustituir su actuación por la de un tercero, y tampoco puede el acreedor, a través de la *actio in personam*, lograr que se apremie al deudor a la ejecución de la misma conducta debida, sino que una vez estimado el valor de la prestación se condena al deudor

---

[12]BONFANTE además de esta definición, señala que la obligación patrimonial puede también ser definida como aquella en la que una persona se obliga frente a otra a garantizar con su potencialidad patrimonial el cumplimiento de un acto. Vid. op. cit. en nota 1, p. 44.

[13]POTHIER ya señaló que las obligaciones constituían «un lazo de derecho, que nos restringe a dar a otro alguna cosa, o bien, a hacer o no hacer tal o cual cosa». Vid. *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, pp. 7 y ss; BONFANTE refiere que el objeto de la obligación se distingue en las tres clásicas categorías: *dare*, *facere*, *praestare*. Vid. op cit. en nota 1, pp. 45 y ss; en el mismo sentido IGLESIAS, op. cit. en nota 2, pp. 377 y ss; ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 569; PEROZZI, op. cit. en nota 1, p. 113; igualmente vid. CUENA BOY que además indica que algún texto añade también el *restituere (Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, c. 22.) y en otros se menciona únicamente el *dare* y el *facere* (D.45.1.2 pr., D.44.7.25 pr., G.4.41, G.4.60). Vid. op. cit. en nota 9, p. 95; D'ORS, por otro lado, apunta que la obligación consiste en un *dare* o en un *facere*. El *praestare* consiste en un *dare* si se trata de una obligación de indemnizar y de *facere* si se trata de prometer una eventual indemnización. Vid. op. cit. en nota 3, pp. 403-404.

[14]Vid. CUENA BOY, op. cit. en nota 9, p. 94.

[15]Vid. CUENA BOY, op. cit. en nota 9, p. 94.

[16]Vid. VOLTERRA, op. cit. en nota 2, p. 447; CUENA BOY, op. cit. en nota 9, p. 94.

al pago del importe en dinero[17].

La prestación, además, ha de ser posible[18], lícita[19], determinada o determinable[20], y, por último, debe tener carácter patrimonial[21].

---

[17]Cfr. GAYO, Inst. 4, 48: «*Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat*». Vid. asimismo, VOLTERRA, op. cit. en nota 2, p. 447 y CUENA BOY, op. cit. en nota 9, p. 94.

[18]Cfr. CELSO, D. 50, 17, 185: «*Impossibilium nulla obligatio est*». Señala CUENA BOY, en este sentido, que: «La imposibilidad jurídicamente relevante es la que afecta a la prestación objetivamente considerada, es decir, prescindiendo de las circunstancias personales del deudor, aunque, por supuesto, dependiente del tipo de relación obligatoria de que se trate». Cfr. op. cit. en nota 9, pp. 101 y ss.; acerca de las diferentes clases de imposibilidad en el Derecho Romano Vid. BONFANTE, op. cit. en nota 1, pp. 49 y ss.; KASER, op. cit. en nota 3, p. 156; ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 569; PEROZZI, op. cit. en nota 1, p. 115; VOLTERRA, op. cit. en nota 2, p. 446; IGLESIAS, op. cit. en nota 2, pp. 377 y ss.; CUENA BOY, op. cit. pp. 100 y ss.

[19]Se exige que la prestación sea lícita, o sea, que no sea contraria ni a la ley, ni a la moral social. Vid. BONFANTE, op. cit. en nota 1, p. 53; PEROZZI, op. cit. en nota 1, p. 116; KASER, op. cit. en nota 3, p. 157; VOLTERRA, op. cit. en nota 2, p. 446; ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 569-570; IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 378; CUENA BOY, op. cit. en nota 9, pp. 108 y ss.

[20]Apunta, a este respecto, CUENA BOY: «Determinación quiere decir individualización y concreción inmediatas del contenido y las circunstancias relevantes de la prestación por obra de las partes. Determinabilidad significa individualización de los modos y criterios que servirán para su determinación en un momento posterior». Cfr. op. cit. en nota 9, pp. 111 y ss.; vid. también IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 378.; BONFANTE, op. cit. en nota 1, pp. 53 y ss; ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 570; VOLTERRA, op. cit. en nota 2, p. 446; KASER, op. cit. en nota 3, p. 157; PEROZZI, op. cit. en nota 1, p. 116.

[21]La cuestión de la patrimonialidad de la prestación ha sido ampliamente debatida y objeto de múltiples discusiones doctrinales, a este respecto vid. BONFANTE, op. cit. en nota 1, pp. 55 y ss.; indica IGLESIAS que la prestación ha de tener carácter patrimonial, es decir, que pueda ser valorada en dinero, «si tal no repugna a la conciencia del pueblo». Cfr. op. cit. en nota 2, p. 378; en similar sentido, ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 570; por su parte, KASER se expresa en los siguientes términos: «la sentencia que recaiga relativamente a la prestación ha de venir expresada en una cantidad de dinero (*condemnatio pecuniaria*) y, por tanto, la prestación debida ha de ser reductible a dinero». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 157; BONFANTE apunta que el carácter patrimonial de la prestación significa que ésta debe tener su precio en el mercado, la función del dinero debe ser aquella que Jhering llama equivalente a la prestación, y este equivalente se fija según la medida social y no según una medida individual. Vid. op. cit. en nota 1, p. 62; por otro lado, VOLTERRA apunta que la prestación romana debía ofrecer un beneficio económico para el acreedor. Vid. op. cit. en nota 2, p. 447; para CUENA BOY el requisito de la patrimonialidad de la prestación no puede ponerse en un plano de igualdad de importancia respecto al de la licitud y al de la posibilidad de la misma: «En último análisis, puesto que el problema de la patrimonialidad se reduce a la fijación de una cantidad de dinero de la que se dice representa el valor económico-patrimonial de la prestación debida, y teniendo en cuenta que este valor (tanto su cuantía como su existencia misma) depende de una convención y de la conveniencia y la apreciación social, el teórico requisito de la patrimonialidad vería sus perfiles confundirse con los límites de aquello que está permitido en el tráfico jurídico entre los hombres: tendencialmente al menos, cualquier prestación lícita cumpliría por añadidura el requisito de la patrimonialidad (aunque desde luego no rige igualmente la proposición inversa)». Cfr. op. cit. en nota 9, p. 118; de otro lado, son de destacar las conclusiones de PEROZZI que indica que no es necesario que la prestación tenga un valor pecuniario. Vid. op. cit. en nota 1, p. 115.

1.1.1.2 EL *FACERE* Y SUS CARACTERES

Según se ha dicho, desde el punto de vista de su objeto, para los juristas romanos, la prestación podía consistir en un *dare*, en un *facere* o en un *praestare*[22]. De aquí parece, por tanto, que es en el Derecho Romano donde surge la distinción entre los diferentes tipos de obligaciones que se recogen en el artículo 1.088 de nuestro Código Civil actual[23].

Con el vocablo *dare*, en sentido técnico, se hacía referencia a la transmisión de la propiedad o de algún derecho real sobre una cosa[24].

El término *facere* tenía dos acepciones, es decir, podía ser entendido de forma extensa o restringida. Así, desde el primer aspecto, implicaba toda conducta humana de naturaleza variada, y suponía, en este sentido, cualquier comportamiento entendido de forma tan amplia que incluso comprendía el *dare*[25]. Desde el segundo punto de vista, el *facere* se contrapone al *dare*[26], y viene a significar todo aquel acto del deudor que no consistiera en un dar, es decir, cualquier actividad que no supusiera la transmisión de la propiedad o de un derecho real sobre alguna cosa[27]. También se incluía en esta categoría el *non facere*, que no

---

[22]IGLESIAS a este respecto considera que las definiciones de la obligación que se contienen en el *Corpus Iuris Civilis*: «no llevan al típico *oportere* del texto de Gayo», en tanto que únicamente hacen referencia a un vínculo jurídico en cuya virtud somos constreñidos a *dare*, *facere* o a *praestare*. Cfr. op. cit. en nota 2, p. 375; vid. también VOLTERRA, op. cit. en nota 2, p. 446; KASER, op. cit. en nota 3, p. 156.

Cfr. GAYO, Inst. 4, 2: «*In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus Dare Facere Praestare Oportere*».

[23]Artículo 1.088 del Código Civil: «*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*».

[24]Cfr. GAYO, Inst. 4, 4; vid. igualmente, IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 377; BONFANTE, op. cit. en nota 1, p. 45; D'ORS, op. cit. en nota 3, p. 402; VOLTERRA, op. cit. en nota 2, p. 446; ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 569; PEROZZI, op. cit. en nota 1, p. 114; KASER, op. cit. en nota 3, p. 156; CUENA BOY, op. cit. en nota 9, p. 95.

[25]Vid. IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 377; BONFANTE, op. cit. en nota 1, p. 45; ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 569; CUENA BOY, op. cit. en nota 9, p. 96.

[26]A propósito de las estipulaciones, se señala que éstas pueden consistir en un dar o en un hacer, Cfr. D. 45, 1, 2, pr. (*Paul. 12 Sab*)

[27]Vid. IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 377; ARIAS RAMOS, op. cit. en nota 1, p. 569; BONFANTE, op. cit. en nota 1, p. 45; D'ORS, op. cit. en nota 3, p. 403; CUENA BOY, op. cit. en nota 9, p. 97.

se configuraba como un género distinto o independiente del *facere*[28].

De esta manera, las obligaciones de hacer se conformaban por su amplio y extenso contenido[29], y se incluían como prestaciones de *facere*, entre otras, las de *fossam fodiri, domum aedificari, insulam aedificari*[30], la entrega de la posesión -*vacuam possessionem tradi*[31]-, y análogamente, también se comprendía en este género, la prestación de servicios laborales[32].

Se han señalado como características propias del *facere* el que éstas eran siempre indivisibles, en el sentido de que no podían ser cumplidas por partes y, como resultado, no eran susceptibles de ser repartidas entre varios acreedores o deudores[33].

Por otro lado, las obligaciones de hacer tenían siempre un objeto indeterminado

---

[28]Se señala que el deber hacer también consiste en abstenerse de hacer algo en contra de lo convenido y en procurar que no se haga. Cfr. D. 50, 16, 189 (*Paul. 34 ed.*); asimismo vid. CUENA BOY, op. cit. en nota 9, p. 97; BONFANTE, op. cit. en nota 1, p. 45; D'ORS, op. cit. en nota 3, p. 403.

[29]El hacer comprende también la obligación de devolver la cosa, Cfr. D. 50, 16, 175 (*Pomp. 22 Sab.*). Paga quien hace lo que prometió hacer, Cfr. D. 50, 16, 176 (*Ulp. 45 Sab.*); El término hacer comprende toda clase de hacer: «*verbum facere omnem omnio faciendo causam complectitur dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi*», Cfr. D. 50, 16, 218 (*Pap. 27 quaest.*).

[30]Cfr. D. 45, 1, 72 pr. (*Ulp. 20 ed.*) propone como ejemplos de hacer el entregar un fundo, cavar una fosa, construir una casa para vivienda, de obras y otras semejantes; parecidos ejemplos también en D. 45, 1, 75, 7 (*Ulp. 22 ed.*).

[31]Cfr. D. 45, 1, 75, 7 (*Ulp. 22 ed.*)

[32]Vid. CUENA BOY, op. cit. en nota 9, p. 97.

[33]Cfr. D. 45, 1, 85, 2 (*Paul, 75 ed.*) y D. 45, 1, 54, 1 (*Iul. 22 dig.*). Por su parte, D'ORS señala que no debe equipararse la indivisibilidad de la obligación con la del pago, en las obligaciones indivisibles cada acreedor, cuando existan varios, puede exigir la obligación entera, y cada deudor, en caso de pluralidad de los mismos, habrá de pagar la deuda entera: «Así, pues, la solidaridad de la obligación, [...], se impone necesariamente por la indivisibilidad objetiva de la obligación misma». Cfr. op. cit. en nota 3, pp. 404 y 497; asimismo, IGLESIAS señala que, por regla general, son indivisibles las obligaciones de hacer: «No se considera susceptible de división la actividad de un hombre dirigida a un *opus*, porque la obra es el todo y no una parte. Sin embargo, son divisibles las obligaciones *faciendi* que tienen por objeto la prestación de obras *quae numero, pondere, mesura consistunt*». Cfr. op. cit. en nota 2, p. 379; por otro lado, ARIAS RAMOS observa que las obligaciones de hacer serán indivisibles cuando la actividad del deudor esté considerada como un resultado único (*obligatio operis*) y serán divisibles cuando se refieran a servicios determinados en una unidad de tiempo, o por la realización de cosas determinadas por su peso o medida, tales como tejer una cantidad de tela. Vid. op. cit. en nota 1, p. 571; para VOLTERRA las obligaciones de hacer son divisibles cuando tienen por objeto la prestación de *operae*, por el contrario, serán indivisibles aquellas que tengan por objeto la prestación de *operis faciendi*. Vid. op. cit. en nota 2, p. 622; PEROZZI indica que son indivisibles aquellas obligaciones de hacer cuyo objeto es un acto material, de otro modo, será divisible el hacer cuya prestación se determine por unidad de tiempo de trabajo, las obligaciones de hacer un acto jurídico serán divisibles o no según lo sea el derecho sobre el cual recae. Vid. op. cit. en nota 1, p. 120.

(*incertum*)[34], la actividad en que consistía la prestación era en sí misma indeterminable, aún cuando el resultado de la misma ejecución hubiera sido previsto de forma concreta[35].

El *facere* podía ser fungible o infungible, dependiendo de si la obligación había sido contraída o no en atención a las cualidades especiales de la persona del obligado[36].

Estas características de la prestación afectaban a la posibilidad de cumplimiento de la *obligatio*, de tal manera que si la misma era infungible no podía ser cumplida por un tercero, sino que precisamente se exigía la ejecución personal del deudor; por el contrario, cuando el hacer era fungible esta posibilidad se admitía con carácter general[37].

El cumplimiento de las obligaciones de hacer recibía su denominación dependiendo del contenido concreto de cada supuesto (*tradere*, *vehere*, *opus facere*, *pati*, etc.), no obstante, y de un modo general, era designado como *satisfactio*[38].

---

[34]Se señala que quien estipula que se haga o no se haga algo, se entiende que estipula un objeto indeterminado. Cfr. D. 45, 1, 75, 7 (*Ulp. 22 ed.*).

[35]Cfr. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, p. 20; D'ORS señala como ejemplo de resultado concreto y *facere* indeterminado el de la casa ya construida. Vid. op. cit. en nota 3, p. 405.

[36]En las fuentes se hace constar esta diferencia en virtud de las cualidades personales del obligado en D. 46, 3, 31 (*Ulp. 7 disput.*). Vid. a este respecto, BRANCA, *Adempimento, Diritto Romano e Intermedio*, Enciclopedia del Diritto, T. I, Milano, 1958, p. 551; SARGENTI, *Pagamento. Diritto Romano*, Enciclopedia del Diritto, T.X XXI, Milano, 1981, p. 537; no obstante, TALAMANCA, señala que el carácter personal no acompaña necesariamente al *facere* visto *ex latere creditoris* (pero también visto *ex latere debitoris*). *Obbligazioni. Diritto Romano*, Enciclopedia del Diritto, T. XXIX, Milano, 1979, p. 31 y nota 208.

[37]Se recoge la inadmisión de cumplimiento por tercero en obligaciones de hacer infungibles en D. 46, 3, 31 (*Ulp. 7 disput.*) y D. 40, 7, 39, 5 (*Iav 4 post. Lab.*). Vid. igualmente SARGENTI, op. cit. en nota 36, p. 536; BRANCA, op. cit. en nota 36, p. 551; asimismo TALAMANCA señala que un aspecto discutido en torno a la distinción entre obligaciones *in dando* e *in faciendo* hace referencia a la posibilidad de transmisibilidad -activa o pasiva- de la obligación de *facere* y su conexión con la (in)fungibilidad. Apunta este autor que el problema parece haber sido resuelto con Justiniano en C. 8, 37, 13, únicamente respecto a las *stipulationes in faciendo*, en el sentido de estatuir la intransmisibilidad de la *obligatio* tanto desde el lado activo (*ad heredes*) como del pasivo (*contra heredes*). Vid.. op. cit. en nota 36, p. 31.

[38] Asimismo, D'ORS apunta que el cumplimiento de las obligaciones de *dare* se denominaba *solutio* que, a su vez, era un tipo de *datio* efectiva y definitiva, cuya causa inmediata era el acuerdo de pago y cuya causa remota era el *debitum*. Vid. op. cit. en nota 3, p. 404.

1.1.1.3. INCOERCIBILIDAD DEL *FACERE* EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano arcaico no existió la posibilidad de exigir en forma específica el cumplimiento en las obligaciones de hacer. El procedimiento de ejecución se desarrollaba dentro de las *legis actiones*[39] y, en el supuesto de que la condena tuviese un objeto distinto de una cantidad pecuniaria, era necesario acudir previamente a un *arbitrium litis aestimandae* mediante el cual se procedía, en definitiva, a la reducción a dinero de cualquier tipo de prestación[40]. Ante el incumplimiento del *facere* se desconoció la posibilidad de obligar al deudor a ejecutar la propia prestación incumplida[41].

En la época clásica, todo incumplimiento en las obligaciones de hacer se resolvía mediante una condena pecuniaria[42]. La sanción ante el incumplimiento de cualquier prestación, en el procedimiento formulario, no podía tener otro objeto que el de una suma de dinero[43].

Más tarde, dentro del Derecho pretorio, aparecen las primeras manifestaciones de ejecución, en caso de incumplimiento de sentencia condenatoria, sobre el patrimonio del

---

[39]El procedimiento de ejecución más común dentro de las *legis actiones*, en caso de incumplimiento por el deudor de la sentencia de condena, era el de la *legis actio per manus iniectionem*, considerado como un procedimiento de carácter personal, puesto que podía dirigirse contra el cuerpo del propio incumplidor. El acreedor, tras el desarrollo del proceso sin conseguir la satisfacción de su deuda, podía reducir a la esclavitud a su deudor o bien, venderlo *trans Tiberim*, o, incluso, darle muerte. En el supuesto de pluralidad de acreedores, éstos podían partir en pedazos el cuerpo del obligado y repartírselo entre ellos. Vid. VOCI, op. cit. en nota 6, pp. 422-423; IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 214; LONGO, op. cit. en nota 6, p. 714.

[40]Cfr. VOCI, op. cit. en nota 6, p. 422 y nota 5.

[41]Para MAZZAMUTO es característica del pensamiento jurídico romano el conocimiento de la imposibilidad, en términos naturalistas, de constreñir directamente a alguien a hacer o no hacer una determinada cosa. Vid. *L'attuazione degli Obblighi di Fare*, Napoli, 1978, p. 18.

[42]CELSO, en D. 42, 1, 13, 1, apunta ya esta posibilidad, al referirse a la condena en dinero, como ocurre en todas las obligaciones de hacer: «*Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum sipulator patiatur, et faciat ne quod ex ea re damnum ita habeatur facit quod promisit; si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*». En relación con lo anterior, vid. también D. 16, 3, 30 (*Ner. 1 resp.*), D. 25, 2, 22 pr. (*Iul. 19 dig.*) y GAYO en Inst. IV, 48.

[43]Vid. BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 3.

deudor, y no sobre la persona misma como en el derecho arcaico[44]. No obstante, es característico del Derecho Romano clásico, al igual que en la etapa arcaica, la inexistencia de un procedimiento específico de ejecución *in natura* de las obligaciones de hacer[45].

Estos particulares caracteres del Derecho Romano, reducción de la condena y de la ejecución forzada al plano de la prestación pecuniaria, revelan un escaso desarrollo en las técnicas procesales de ejecución, las cuales, a su vez, derivaban de una primitiva organización instrumental del proceso, a lo que hay que añadir la insuficiente evidencia de la función económico-social de la obligación, todavía vinculada a una visión cerrada e individualista del acto del cumplimiento de la obligación[46].

En el Derecho postclásico y justinianeo se generaliza el proceso de expropiación patrimonial de bienes particulares, necesarios y suficientes para atender a las exigencias del ejecutante, a través de la *pignus in causa iudicati captum*[47]. Parece, por tanto, posible la posibilidad de conseguir en vía forzada, mediante la propia intervención del órgano judicial, la prestación deducida en la relación obligatoria[48].

---

[44]Apunta BORRÈ que esta nueva forma de ejecución -*missio in bona*- no se desarrolla, como en la actualidad, con la aprehensión y liquidación de la cantidad de bienes necesaria y suficientes para satisfacer el crédito del ejecutante, sino que, independientemente del importe total de la deuda, afectaba al patrimonio del deudor en su totalidad, considerándolo como una proyección de la persona del incumplidor y, anulándolo en el mismo sentido en el que la primitiva y severa concepción del derecho más antiguo, venía anulando a la persona del deudor con la esclavitud o con la muerte. Vid. op. cit. en nota 6, p. 6; vid. también VOCI, op. cit. en nota 6, p. 426; LONGO, op. cit. en nota 6, pp. 717 y ss.; a este respecto señala IGLESIAS que posteriormente, a través de la *distractio bonorum*, se estableció un procedimiento más beneficioso para el deudor de ejecución patrimonial sobre bienes particulares, autorizándose a la venta de cosas singulares. Vid. op. cit. en nota 2, pp. 214 y ss.

[45]Vid. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, pp. 18-20; BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 8.

[46]BORRÈ señala que un indicio de tal característica negativa de la obligación romana (la falta de medios de ejecución específica de la obligación de hacer), puede entreverse en las expresiones literales empleadas para representar la prestación del deudor: mientras hoy se habla de cumplimiento, pago, que son expresiones positivas que revelan la satisfacción de una exigencia (de realizar la prestación), se hablaba en el derecho romano, por el contrario, de *solutio*, *liberatio*, es decir, se ponía de relieve el concepto negativo de eliminación de un vínculo (*obligatio*) antes que el momento positivo de la consecución del resultado económico de la obligación. Además, apunta como característica de la estructura del procedimiento de ejecución romano clásico, la irrelevancia del momento teleológico en la relación obligatoria y la consecuente incapacidad del resultado prometido por el deudor para suplir el modelo de sanción ejecutiva. Vid. op. cit. en nota 6, p. 4; vid. asimismo, MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, pp. 18-19.

[47]Vid. IGLESIAS, op. cit. en nota 2, p. 222; BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 9; LONGO, op. cit. en nota 6, p. 721.

[48]Cfr. BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 9.

Paralelamente al desarrollo del procedimiento, los órganos de justicia asumen, entre sus competencias, las funciones de ejecución de sus sentencias, en tanto que se les considera como funcionarios públicos con la misión de asegurar la finalidad de la justicia y de la paz social[49]. En este sentido, la autoridad judicial está capacitada, dentro de sus propias funciones, para desposeer al demandado de la cosa que tiene en su poder y que no tiene derecho a retener, y entregarla al actor[50].

Sin embargo, estas conclusiones alcanzadas para las obligaciones de dar, no son susceptibles de extenderse a las obligaciones de hacer. El Derecho Justinianeo no solamente no conoció la ejecución directa de las obligaciones de hacer, sino que tampoco introdujo mecanismos apropiados de ejecución procesal indirecta[51].

Puede concluirse que en el Derecho Romano, si bien experimentó una profunda evolución en los conceptos de obligación y de ejecución forzada, no introdujo, sin embargo, respecto a las obligaciones de hacer, ninguna novedad al principio de condena pecuniaria, ni siquiera sobre el terreno de la ejecución procesal indirecta[52].

1.1.2. DERECHO INTERMEDIO

1.1.2.1. EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN DE HACER ENTRE GLOSADORES Y COMENTARISTAS

Los Glosadores boloñeses procedieron a una reelaboración intrínsecamente leal al sistema justinianeo de las obligaciones, a través de un meticuloso examen de las fuentes

---

[49]Cfr. BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 9.

[50]Vid. VOCI, op. cit. en nota 6, p. 429; vid. LONGO que, además, señala que cuando la condena contenga la orden de entrega, restitución o exhibición de una cosa determinada, el actor podrá constreñir al incumplidor a la ejecución en forma específica, valiéndose, en caso de elusión del obligado, de la intervención de la fuerza pública. Op. cit. en nota 6, p. 722; BORRÈ, op. cit. en nota 6, pp. 9-10.

[51]Indica BORRÈ que Justiniano individualizó la sanción de las obligaciones de hacer en el resarcimiento del daño y únicamente se limitó a sugerir el recurso a la *stipulatio poenae*, excluyendo de forma implícita, con la referencia a este medio privado de coacción psicológica, la posibilidad de una coacción sobre el terreno procesal y público. Vid. op. cit. en nota 6, p. 10.

[52]Vid. BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 10.

romanas. Sobre la base de una metódica y exegética observación de los textos legales, pudieron reconstruir en su integridad el sistema normativo del derecho justinianeo, e interpretarlo y explicarlo como derecho vigente[53].

En el lenguaje de los Glosadores, aparece clara la distinción entre los posibles contenidos de la prestación -*dare*, *facere*, *praestare*[54]-. Sin embargo, comúnmente se individualizan solo las categorías de prestaciones de dar y de hacer -*obligationes quae in dando e in faciendo consistunt*- mientras que la obligación de *praestare* no asume relevancia como categoría distinta de las anteriores y, en tanto que el término tenía una significación poco clara, dejó de ser empleada[55].

La obligación de dar era considerada únicamente como aquella que suponía la transmisión de la propiedad, en tanto que en las de hacer se incluían el resto de los modelos obligacionales[56]. Asimismo, dentro del *facere* se distinguían las obligaciones de puro hacer y las de mixto hacer, estas últimas venían referidas a cosas y, además, comprendía las obligaciones de *tradere* y de *restituere*[57].

Se señalaba que aquello que diferenciaba a las obligaciones de dar de las de hacer era la certidumbre de las mismas. La obligación de dar es cierta, mientras que la obligación de hacer es incierta, puesto que, se advierte, no es posible saber desde un principio si ésta

---

[53]Apunta ASTUTI que los glosadores lograron comprender los valores esenciales y los principios contenidos en los textos de la antigua jurisprudencia romana. Vid. op. cit. en nota 2, p. 100; señala RASI que el nuevo Derecho italiano que se forma en la Edad Media, los Glosadores lo elaboraron estudiando la obra de Justiniano, fuente inagotable e insuperable de ciencia jurídica. Vid. *Esecuzione Forzata. Diritto Intermedio*, Enciclopedia del Diritto, T. XV, Milano, 1966, p. 434.

[54]Indica ASTUTI que esta distinción aparece clara tanto haga referencia al contenido técnico de la prestación como a su acepción genérica a la que recurren las fuentes. Vid. op. cit. en nota 2, p. 101.

[55]Vid. ASTUTI, op. cit. en nota 2, p. 101; MARTÍN PÉREZ, *Comentario al artículo 1.088 del Código civil*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. 1°*, Madrid, 1989, p. 74 y ss.; SCAEVOLA, *Código Civil. Comentado y Concordado Extensamente*, Tomo XIX, Madrid, 1902, p. 369.

[56]BADOSA señala que la dualidad *dare-facere* aparece de forma relativamente tardía, asignándose a *Dynus Muxellamus* la distinción entre ambas categorías. Vid. op. cit. en nota 35, p. 16; en el mismo sentido, GRAMUNT, *La Mora del Deudor en el Código Civil*, Barcelona, 1993, p. 158.

[57]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 35, pp. 16-19; GRAMUNT, op. cit. en nota 56, p. 158.

logrará o no materializarse de forma eficaz[58].

Es el paso de Celso comprendido en el Digesto 42, 1, 13, 1 el que constituye el punto de partida en la elaboración por los Glosadores y Comentaristas de la materia relativa a las obligaciones de hacer[59]. Las reflexiones de estos autores sobre los textos romanos constituirán la base del conocimiento del que emergerá, en la etapa iusnaturalista, la canonización del principio *nemo ad factum praecise cogi potest*[60].

En cuanto a las relaciones entre el incumplimiento de las obligaciones y la prestación del *id quod interest*, se distinguía según se tratara de obligaciones de dar o de hacer. En el supuesto de obligaciones de dar, siempre debía ser pedida en juicio la entrega de la cosa, y únicamente cuando no fuera factible conseguirla, por perecimiento de la misma o por imposibilidad de entregarla, se introducía en sede de condena la prestación del *id quod interest*[61]. Tratándose de obligaciones de hacer, se admitía, de forma general, la posibilidad de solicitar en la demanda (libelo) el *id quod interest*, puesto que, se entendía, que venía comprendido en la *actio* correspondiente del *facere*. De este modo, se lograba, por tanto, la certidumbre de las citadas obligaciones[62].

---

[58]Señala BADOSA que en la relación jurídica obligatoria, el *dare* es cierto porque desde el primer momento existe el dominio sobre la cosa. El *facere* es incierto porque hace referencia a un evento futuro: «Esta es la razón por la que los textos legales se esfuerzan en convertir en cierta tal obligación (*facere*), incluyendo como objeto suyo el *id quod interest*». Cfr. op. cit. en nota 35, p. 20; vid. también ASTUTI, op. cit. en nota 2, p. 101; GRAMUNT, op. cit. en nota 56, p. 160.

[59]Cfr. D. 42, 1, 13, 1: *«Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiatur, et faciat ne quod ex ea re damnum ita habeatur facit quod promisit; si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus».* Vid. asimismo MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 17 y nota 1.

[60] MAZZAMUTO recalca que la construcción del axioma de la incoercibilidad directa de la obligación de hacer surge de los juristas de inspiración iusnaturalista. Hasta la época de Bártolo, la doctrina jurídica se caracterizaba por el contraste entre el florecimiento de formas ejecutivas de tipo compulsorio y una tradición doctrinal ligada a la regla romana de la incoercibilidad del *facere*. Vid. op. cit. en nota 41, p. 21.

[61]BADOSA advierte que en las obligaciones de dar, el *id quod interest* no podía ser objeto de demanda, en tanto que a lo único que el deudor estaba obligado era a la realización de la prestación que, en este caso, consistía en la transmisión de la propiedad, de tal manera que el *id quod interest* solo aparecía como consecuencia de una condena y por intervención judicial, exceptuándose aquellas obligaciones engendradas en virtud de contratos innominados. Vid. op. cit. en nota 35, pp. 17-18; vid. también ASTUTI, op. cit. en nota 53, p. 101; GRAMUNT, op. cit. en nota 56, p. 159.

[62] Respecto a las relaciones entre el *id quod interest* y el objeto originario del *facere*, BADOSA pone de manifiesto los dos interrogantes que al respecto se hacía Bártolo. Uno, hacía referencia al modo en el que se incurría en la obligación del *id quod interest*, es decir, si se anulaba la originaria obligación de hacer, o, si por el contrario,

La inserción en el proceso judicial, ante obligaciones de hacer, del *id quod interest*, supuso que el deudor, que hubiese recaído en mora, pudiera purgarla y liberarse de esta manera del pago de la indemnización, por cuanto que podía cumplir con su obligación, antes de la *litiscontestatio*, o bien previamente a la sentencia si la demanda se orientaba hacia el *factum* de forma específica, a pesar de que el acreedor hubiera pedido la indemnización en la demanda[63]. En las obligaciones de mixto hacer (*tradere* y *restituere*), y ya que las mismas se vinculaban a cosas concretas, el deudor podía purgar la mora mediante el ofrecimiento de la cosa o, en su caso, la consignación de la misma[64].

---

ambas prestaciones (*factum- interest*) se mantenían; el otro, era el relativo a si el deudor podía ser apremiado explícitamente al *facere* o únicamente al interés: «La respuesta de Bártolo a la primera pregunta (que será aceptada mayoritariamente por la doctrina) es la incompatibilidad entre la obligación originaria y la nueva al *id quod interest*, porque de existir conjuntamente podrían pedirse ambas, *facere* e indemnización, lo que sería contrario a la buena fe. Su tesis es que se deben alternativamente, entendiéndolos no como una sola obligación con dos objetos, porque la elección recaería en el deudor (lo que no es en el presente caso) sino como dos obligaciones, la del *facere* introducida por su correspondiente fuente y la del *id quod interest*, introducida por la ley. Si el actor opta por el *factum*, la obligación del interés se halla *in facultate solvendi*; si elige la indemnización, el demandado puede liberarse hasta el momento de la *litis contestatio*, realizando el *factum*. Respecto a la segunda pregunta, Bártolo distingue entre mero hacer y mixto hacer. Respecto del primero enumera hasta seis respuestas diferentes. La suya opera con una nueva serie de divisiones. Concretándose a las obligaciones convencionales de hacer no subrogadas en el lugar de una obligación legal y que deben realizarse fuera de juicio (que constituye el grupo principal), no admite la compulsión, por el contrario el deudor se libera pagando la indemnización ya que si quien estipula un hecho estipula su propio interés, recibiéndola se consigue que no reciba más que éste. Distinta regulación corresponde a las obligaciones de mixto hacer (*tradere* y *restituere*). En la de *restituere* porque debido a su carácter complejo de hacer y dar, la compulsión sólo se excluye cuando el deudor no tiene la cosa en su poder. En la de *tradere*, expone la polémica entre Búlgaro y Bossiano, de una parte, que mantenían que el vendedor se liberaba siempre de su obligación pagando el interés y Martino, de la otra, quien distinguía según el deudor tuviera la posibilidad de entregar la cosa, no admitiendo entonces la liberación por el interés o no la tuviera, admitiéndola. Bártolo se suma en principio, a esta última opinión, subdistinguiendo a su vez según si el *tradere* nacía de una compraventa o una estipulación, siguiendo a Martino en el primer caso y a Búlgaro en el segundo, porque la compraventa participa del dar y como tal se le aplican sus reglas, lo que no ocurre en la estipulación». Cfr. op. cit. en nota 35, pp. 21-24; en similar sentido GRAMUNT, op. cit. en nota 56, p. 160.

[63]GRAMUNT señala que la cuestión era determinar si el deudor podía liberarse de la prestación del *id quod interest* realizando el *factum*. Esta posibilidad de liberación, mediante la ejecución del hecho objeto de la obligación, fue admitida tanto para las obligaciones de puro hacer como para las de mixto hacer. Vid. op. cit. en nota 56, p. 161; BADOSA apunta que para Baron y Donelo desde la mora del deudor, únicamente se debía la indemnización que se convertía en objeto exclusivo del libelo y de la obligación, no obstante, el deudor podía purgar la mora ejecutando el hecho hasta la *litiscontestatio*. Se admitía que cuando el deudor se comprometía a la realización de un *factum* hacia su acreedor, se obligaba también al *id quod interest* en tanto que en el *facere* estaba contenida la utilidad que el mismo pudiera proveer. Vid. op. cit. en nota 35, pp. 25 y ss.

[64]GRAMUNT señala que en las obligaciones de mixto hacer, dada la posibilidad de purgación de la mora mediante consignación u ofrecimiento de la cosa debida, adquiría pleno significado la atención del ofrecimiento como causa de *purgatio morae*, pudiendo el mismo ser suficiente para trasladar de nuevo los riesgos de los fortuitos al acreedor. Vid. op. cit. en nota 56, p. 161.

1.1.2.2. LA COERCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE HACER EN EL DERECHO MEDIEVAL

En los países germánicos de la Edad Media, a partir del siglo XII, el Derecho sufre un importante desarrollo, especialmente en las ciudades, como consecuencia del crecimiento del comercio y de la industria. El Derecho de obligaciones se desliga del Derecho sancionador[65], y la ejecución de la deuda no presupone ya un delito de carácter penal[66]. No obstante, en esta época, se mantiene todavía la ejecución sobre la persona del deudor[67], lo cual suponía que el acreedor tenía la posibilidad de elegir, en el supuesto de contravención de la obligación, entre la ejecución personal y la intervención patrimonial sobre los bienes del deudor[68]. Sin embargo, la evolución posterior del concepto de responsabilidad, determinó que la ejecución patrimonial adquiriese un especial desarrollo, lo cual motivó, por su parte, la asunción de una significación autónoma cada vez mayor, y supuso que la ejecución personal ocupara un plano secundario respecto a la de carácter patrimonial. Esta evolución y desarrollo de la responsabilidad culmina con la aparición de los primeros fundamentos de una responsabilidad patrimonial limitada únicamente a los bienes precisos

---

[65]Señala PLANITZ que a la acción penal, al reconocerse que la responsabilidad derivaba directamente de la deuda, se subroga una acción obligatoria y a ésta sigue pronto, en los supuestos de incumplimiento del deudor, un embargo judicial tendente a la satisfacción del acreedor. Vid. *Principios de Derecho Privado Germánico*, Barcelona, 1957, p. 202.

[66]Explica PLANITZ como en el derecho germánico primitivo, el deudor de un hacer, en los contratos formales (voto o promesa de fidelidad y *contrato vadiado*), podía ser conminado para llevar a cabo la prestación, y el no cumplimiento de la obligación, se consideraba delito y traía consigo la responsabilidad penal del deudor. Sin embargo, en los antiguos contratos de responsabilidad, se procuraba al acreedor, en garantía del cumplimiento de la obligación, lo que se llamaba «*objeto afectado de responsabilidad*» (*Haftungsobjekt*), éste suponía la entrega en prenda del citado objeto, en tanto que el sistema de ejecución vigente no otorgaba al acreedor la posibilidad de realizar por la fuerza una promesa destinada a constituir responsabilidad. Si el deudor no se atenía a su promesa, el Ordenamiento Jurídico tan sólo ponía a disposición del acreedor la coacción penal contra el deudor incumplidor. Vid. op. cit. en nota 65, pp. 206, 207, 213.

[67]El acreedor tenía a su disposición los siguientes medios de ejecución sobre la persona del deudor: 1. La entrega del deudor a la posesión del acreedor para una servidumbre por deudas. 2. La prisión pública por deudas. 3. La expulsión de la ciudad o del territorio. Vid. LONGO, op. cit. en nota 6, pp. 722-723; RASI, op. cit. en nota 53, pp. 431-433; PLANITZ, op. cit. en nota 65, p. 202.

[68]Cfr. PLANITZ, op. cit. en nota 65, p. 202.

para satisfacer la cuantía del importe de la deuda del acreedor[69].

Por otro lado, en la Italia de la Edad Media, el Estado Político va progresivamente asumiendo la íntegra función jurisdiccional y, de aquí, el deber de asegurar la regularidad del tráfico jurídico-económico en las relaciones privadas[70]. La exigencia de certeza en el tráfico jurídico y la necesidad, por parte del poder político, de tutelar el prestigio de la jurisdicción[71], provocan que el Derecho medieval italiano, al contrario que el romano, se caracterizara, respecto a las obligaciones de hacer, por el uso bastante difundido de instrumentos de coacción indirecta en la praxis judicial[72]. Se ha señalado, asimismo, que tales medidas de coerción surgen de una amplia noción de contumacia, percibida no solamente como incomparecencia del demandado en el procedimiento judicial, sino también como inobservancia, por parte del condenado, del concreto pronunciamiento judicial[73]. No obstante, parece incuestionable, que la amenaza de imponer al deudor incumplidor estas sanciones tan rigurosas como, entre otras, la *bannitio* y la *excommunicatio*, debió considerarse, dentro de la propia percepción colectiva de aquel tiempo, muchísimo más

---

[69]Vid. PLANITZ, op. cit. en nota 65, pp. 202 y ss.; LONGO, op. cit. en nota 67, p. 723.

[70]MAZZAMUTO opina que la sociedad medieval conoce un proceso de desarrollo jurídico que es continuación de la evolución sufrida por el Derecho Romano tardío, en el cual se produce un progresivo abandono de la sanción como venganza. Como caracteres de este proceso se señalan los siguientes: la emersión de la relevancia peculiar del objeto en la obligación, la correlativa reconciliación entre débito y responsabilidad, la progresiva adquisición por parte del Estado de la función jurisdiccional y la necesidad de garantizar la estabilidad del tráfico jurídico sobre el terreno de las relaciones interprivadas. Vid. op. cit. en nota 41, pp. 26-27.

[71]Señala BORRÈ que uno de los elementos que inciden en el desarrollo, en el derecho intermedio, de mecanismos de ejecución indirecta en las obligaciones de hacer, es la finalidad de garantizar el prestigio de la jurisdicción, en tanto que una persistente inobservancia de los mandatos judiciales conllevaría a una escasa valoración de tales instituciones jurídicas. Vid. op. cit. en nota 6, p. 12; en el mismo sentido vid. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 27.

[72]BORRÈ menciona que algunos de los medios de ejecución indirecta incidían sobre el patrimonio del deudor como la *mulcta*, otros sobre su libertad personal como la *captura*, y otros sobre la esfera de sus prerrogativas político-sociales como la *bannitio*, que comportaba la expulsión de la sociedad civil, o religiosas como la excomunión. Vid. op. cit. en nota 6, p. 11; Vid. también MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, pp. 27-28.

[73]BORRÈ, además de esta noción de contumacia, señala que estas medidas son catalogadas y aplicadas en orden a la progresiva gravedad del incumplimiento, y con respecto al axioma, que asimismo ha perdurado en ordenamientos posteriores, *crescente contumacia poena quoque crescere debet*.Vid. op. cit. en nota 6, p. 12; igualmente vid. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 26.

grave que el singular recurso a la coacción física[74].

En lo que respecta a la coerción directa del *facere*, el debate comienza entre los juristas medievales italianos a propósito de la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida[75]. En un principio, el parecer de los autores consistió en considerar esta obligación como incoercible, criterio respaldado por opiniones como la de Accursio, según el cual, el vendedor se liberaba siempre pagando el interés, aun teniendo la cosa[76]. Por otro lado, Accursio recuerda la opinión de algunos autores según los cuales, serían exigibles en forma específica aquellas obligaciones de hacer que posibilitaran la subrogación del deudor[77]. Se trataría de opiniones construidas sobre la base de aquellos textos romanos que sugieren, en el instituto del cumplimiento del tercero, una distinción entre el hacer fungible o infungible[78]

El concepto de la coercibilidad *manu militari* de la *traditio*, se proclama de modo definitivo con Bártolo y con Baldo. De entre ellos, es Bártolo el que sostiene que la obligación de entregar la cosa vendida *participat de obligatione dandi*[79]. Esta misma

---

[74]Cfr. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 28.

[75] GIORGI indica que los intérpretes del derecho romano, refiriéndose a los Glosadores, tuvieron continuas discusiones acerca de los efectos de la *actio empti*, en tanto que, algunos autores estimaban que el vendedor fuese obligado a la entrega de las cosa vendida y, otros, por el contrario, pretendían que tuviese la facultad de liberarse de la entrega de la cosa, aún siendo posible, prestando en su lugar una indemnización pecuniaria. Vid. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Madrid, 1928, pp. 130 y ss; BORRÈ señala que al no estar vigente en la época de tales autores el principio de la idoneidad del consentimiento para producir los efectos reales del contrato, la señalada obligación del vendedor era asumida como *obligatio in faciendo* o, al menos, como una situación en parte asimilable al esquema conceptual del *facere*. Vid. op. cit. en nota 6, p. 14.

[76]MAZZAMUTO se refiere a esta opinión de Accursio dimanante de la glossa *Agitur* al D. 19, 1, 1 (*Ulp. 28 Sab.*), y señala que este criterio era compartido por Búlgaro, Bossiano, Azzone y Hugo. Vid. op. cit. en nota 41, p. 23; en el mismo sentido BADOSA, que pone de manifiesto también la opinión de Martino que distinguía según el deudor tuviera o no la posibilidad de entregar la cosa, en el primer caso, el deudor no se liberaba pagando el interés, en el segundo, admitía esta liberación por el interés. Vid. op. cit. en nota 35, pp. 23-24; vid. igualmente GIORGI, op. cit. en nota 75, p. 131 y nota 1.

[77]Cfr. MAZZAMUTO que señala la Glosa de Accursio *Obligationibus* al D. 42, 1, 13, 1 (*Cels. 6 dig.*). Op. cit. en nota 41 p. 25 y nota 26.

[78]MAZZAMUTO cita los siguientes textos: C. 6, 51, 9, *Cost. Justiniano, De caducis tollendis* y D. 46, 3, 31 (*Ulp. 7 disput.*). Vid. op. cit. en nota 41, p. 25 y nota 27.

[79]Cfr. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 23; BADOSA, no obstante, apunta que Bártolo distinguía en el *tradere* según hubiera emanado de una compraventa o de una estipulación, en el primer supuesto el autor seguía a la ya señalada tesis de Martino, en el segundo, admitía la referida solución de Búlgaro, en tanto que, entendía que la compraventa participa del dar y como tal se le aplican sus reglas, lo cual no sucedía en la estipulación. Vid. op. cit. en nota 35, p. 24; vid. también GIORGI, op. cit. en nota 75, p. 130 y nota 2.

solución, fue dada por Vinnio mucho más tarde[80], el cual diferencia, en las obligaciones de hacer, entre *nuda facta*, no coercibles explícitamente, y prestaciones de hacer susceptibles de ejecución *manu militari*, en las que incluye la del vendedor de entregar la cosa vendida[81].

De todo lo anterior, resulta clara la inquietud de los juristas medievales, que aumenta con el acercamiento del iusnaturalismo, por distinguir el *facere* del vendedor a entregar la cosa vendida, del resto de las obligaciones de hacer en las que existe una mayor relevancia de la persona y de la libertad del deudor[82].

En conclusión, tanto Bártolo como Vinnio, segregaron del conjunto de las obligaciones de hacer, una concreta categoría, la obligación del vendedor de entrega de la cosa vendida[83], y únicamente dentro de ésta admitieron la coercibilidad del *facere*, para el resto, excluyeron la posibilidad de coerción del deudor, y afirmaron, por tanto, y con carácter general, el principio de la incoercibilidad de las mismas[84].

En el pensamiento de Bártolo incide de forma trascendental la consideración del respeto a la libertad individual de la persona, y se constituirá en uno de los fundamentos preliminares en la elaboración del mencionado principio[85].

Sin embargo, es con Vinnio con el que el dogma de la incoercibilidad del *facere* adquiere un carácter universal, y se deja a un lado toda posible vacilación acerca de la

---

[80]BORRÈ señala, además, que tanto Bártolo como Vinnio dieron al problema de la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida soluciones en gran parte análogas. Vid. op. cit. en nota 6, pp. 13 y 14.

[81]BORRÈ concluye, al estudiar el pensamiento jurídico medieval señalado, que no fue característico del derecho intermedio un principio general de incoercibilidad específica de las obligaciones de hacer. Vid. op. cit. en nota 6, p. 12.

[82]MAZZAMUTO apunta además que el *facere* del vendedor no puede ser asimilable ni mucho menos al *dare* debido a la importancia de la *traditio* como hecho traslativo de derechos. Asimismo señala que al dirigirse una medida coactiva hacia la aprehensión de una cosa concreta, si bien comprime la autonomía del deudor, en tanto que no puede elegir entre cumplimiento *in natura* y resarcimiento del daño y también se viola su esfera posesoria, no implica, sin embargo, que se atente ni contra su persona ni contra su libertad. Vid. op. cit. en nota 41, p. 23.

[83]A este respecto señala BORRÈ que la naturaleza de esta particular obligación de *obligationes in faciendo* es meramente histórica. Vid. op. cit. en nota 6, p. 16.

[84]Cfr. BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 16.

[85]MAZZAMUTO indica que la construcción de Bártolo pasará a la historia como una de las tentativas de fundación del dogma de la incoercibilidad del *facere*, el cual quedará en la máxima: «*Quando est in obligatione rem dare, quis praecise compellitur, in obligationibus autem facti, quis non praecise compellitur, sed liberatur solvendo interesse*». Cfr. op. cit. en nota 41, pp. 31-32; vid. también BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 15.

generalidad del principio *nemo ad factum praecise cogi potest*[86], pues éste viene expresado en un intento exclusivo por proclamar el principio inderogable del respeto por la persona y por su libertad, así como la prohibición de emplear sobre el ser humano medios de coacción física de clase alguna[87].

Así pues, en el Derecho intermedio es donde la evolución de la doctrina de la incoercibilidad, hasta adquirir ese peculiar carácter absoluto que la ha distinguido en esta época, alcanza su culminación. Este resultado, tras el empuje de las modificaciones estructurales del proceso económico y de las nuevas doctrinas iusnaturalistas, constituye uno de los cimientos de la ideología individualista y burguesa que estarán en la base de la Codificación[88].

1.1.2.3. LAS LEYES DE LAS SIETE PARTIDAS

Se incluye la Teoría General de las obligaciones en el Título XI de la Partida 5ª, bajo la rúbrica de las «*Promissiones, e pleytos que fazen los omes unos con otros en razon de fazer, o de guardar, o de complir algunas cosas*». En la Ley 1ª del Título XI, Partida 5ª se describe lo que debe entenderse por *promission*, ésta hace referencia a la concreta estipulación en virtud de la cual surge una obligación entre varias personas, que tiene por objeto una cosa cierta que las partes deben dar o hacer[89]. Parece, por tanto, que en las Partidas, en relación al contenido de la obligación, se acoge la bipartición iniciada por los Glosadores, en tanto que únicamente se hace referencia a que la misma puede consistir en

---

[86]MAZZAMUTO señala que la formulación de tal brocardo se le atribuye a Favre de Peroges, autor del *Codex Fabrianus*, al final del siglo XVI. Vid. op. cit. en nota 41, pp. 32-33 en nota 43; en contra JEANDIDIER, que señala que el autor de tal axioma es Antoine Fabre, *le president du Sénat de Savoie*, en el siglo XVI. Vid. *L'exécution Forcée des Obligations Contractuelles de Faire*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1976, T. LXXIV, p. 702; en el mismo sentido VINEY, *Traité de Droit Civil, T. V. Les Obligations. La Responsabilité: effects*, París, 1988, p. 46.

[87]Cfr. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 33.

[88]Cfr. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 34.

[89]Cfr. Partida 5ª, Título XI, Ley 1ª: «*Promission es otorgamiento q fazen los omes unos con otros: por palabras: e con entencion de obligarse, auiniendose sobre alguna cosa cierta, que deuen dar, o fazer unos a otros*».

un dar o en un hacer[90].

En España, en la Baja Edad Media, ya entrado el siglo XIII, las relaciones jurídico-económicas entre los particulares se basaban, fundamentalmente, en vínculos del tipo de intercambio de género y de especies y, entre éstas, especialmente destacaba la prestación pecuniaria. Aparecen mercaderes que comercian por mar o por tierra, en un comercio que comunica Oriente con Occidente, así como también se manifiestan las actividades artesanales que se agrupan mediante los consorcios gremiales. Surgen, en definitiva, los primeros fundamentos de una incipiente economía precapitalista[91].

De esta manera, la obligación de dar, se constituye en uno de los pilares fundamentales de las fuentes de las obligaciones y de las relaciones jurídico obligatorias, por ello, en las Partidas, la obligación de hacer es tratada en un plano secundario con respecto a la de dar, y gran parte de la regulación jurídica que se hace de las mismas se encuentra ligada a la elaborada para las prestaciones de dar, en tanto que, las más extensas referencias que se contienen de ellas surgen a propósito de las obligaciones de hacer cosas determinadas.

Se indica que puede ser objeto de la obligación *-promission-* el realizar cualquier cosa que esté en poder de los hombres y se encuentre dentro del comercio lícito de los mismos, también se incluyen las cosas futuras[92]. De otro modo, la promesa de dar o de hacer una cosa imposible no se considera válida[93].

En la Ley 1, Título VIII, Partida 5ª, se hace referencia a lo que debe ser entendido

---

[90]Vid. también la Ley 12, Título XI, Partida 5ª, donde se hace referencia a las obligaciones puras, a plazo y bajo condición.

[91]Vid. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1983, pp. 172 y ss.

[92]Cfr. Ley 20, Título XI, Partida 5ª: «*De que cosas se puede fazer el prometimiento. Qualquier cosa que sea en poder de los omes, e acostumbrada de enagenar se entre ellos puede ser prometida. E esso mismo seria de las cosas que aun no son nascidas: assi como de los frutos de alguna viña, o huerta, o de campo, o el parto, de alguna sierua: o el fruto de algunos ganados: o de otra cosa semejante destas. Ca maguer non sea nascida, aun qualquier destas cosas sobre dichas, quando fazen la promission sobre ella, porque puede ser que nascera, vale la promission, e es tenudo de la complir el que la faze*».

[93]Cfr. Ley 21, Título XI, Partida 5ª: «*Promissiones fazen los omes entre si que non son valederas. E esto seria como si un ome prometiesse a otro de dar, o de fazer tal cosa, que nunca fue nin es, nin sera. Otrosi dezimos, que si un ome prometiesse a otro de dar, o de fazer tal cosa: que no pudiesse ser, segund natura, nin segund fecho de ome: como si dixesse dar te he el sol, o la luna, o fazer te he un monte de oro, tal promission, nin otra semejante della non valdria*».

por arrendamiento de obra, al indicar que consiste en convenir con una persona para que realice un trabajo determinado por precio cierto[94]. Pueden ser objeto de este tipo contractual todas las obras que el hombre pueda ejecutar con sus manos o con sus animales[95].El precio convenido por la obra será el que sea conforme a los usos y costumbres de lugar, y en el caso de que no existiera costumbre en el lugar ni tampoco las partes hubieran convenido los plazos para efectuar el pago, éste se efectuará a final del año en que se realice la obra[96].

Con carácter general, se señala que la obligación de hacer debe ser cumplida con arreglo a los conocimientos y a la pericia propias del arte, oficio o ciencia en la que el deudor preste sus servicios[97]. Si, como consecuencia de la impericia o por culpa del deudor, se produce algún daño o perjuicio para el acreedor, aquel será responsable de los mismos y deberá asumir las consecuencias de tales actos[98]. No obstante, el deudor estará exento de

---

[94]Cfr. Ley 1, Título VIII, Partida 5ª. «*Aloguero es propiamente quando un ome loga a otro, obras que ha de fazer con su persona, o con su bestia o otorgar un ome a otro poder de usar de su cosa, o de seruir se della, por cierto precio, que ha de pagar, en dineros contados*».

[95]Cfr. Ley 3, Título VIII, Partida 5ª. «*Que cosas pueden ser logadas: e arrendadas, e por quanto tiempo: Obras que ome faga, con sus manos, o bestias, o nauios, para traer mercadurias o para aprouechase del uso dellas: e todas las cosas, que ome suele alogar, pueden ser alogadas, o arrendadas*».

[96]Cfr. Ley 4, Título VIII, Partida 5ª: «*Pagar deuen los arrendadores, e los alogadores, el precio delas cosas que arrendaren, o alogaren: segund la costumbre que fuere usada, en cada logar, o al tiempo en que se auinieren quando se fiziere el arrendamiento, o el alogamiento. E si en algun logar, non ouiesse costumbre usada: o non ouiessen puesto ellos plazos entresi, aque pagaren, estonce deuen pagar al fin del año*».

[97]Así puede deducirse, *a contrario sensu*, de la Ley 10, Título VIII, Partida 5ª: «*Quieren se los omes alas vegadas mostrar sabidores, de cosas, que lo non son, de manera que se siguen daños a los que los non conoscen, e los creen: por ende dezimos, que si algun orebze, rescibiere piedra preciosa de alguno, para engastonarla ensortija, o en otra cosa por precio cierto: e la quebrantasse engastonandola, por non ser sabidor de lo fazer, o por otra su culpa, que deue pechar la estimación della a bien vista de omes buenos, e conoscedores destas cosas [...] E esto que diximos de los orebzes, se entiende tan bien de los otros maestros, e de los fisicos, de los cirujanos, e de los albeytares, e de todos los otros que resciben precio, para fazer alguna obra: o melezinar alguna cosa, si errare enella, por su culpa, o por mengua de su saber*».

[98]De este modo se señala para la prestación de los orfebres, maestros, médicos, cirujanos y todos aquellos que reciban precio por realizar alguna obra, en la Ley 10, Título VIII, Partida 5ª. La Ley 8, Título VIII, Partida 5ª, para el transporte de mercancías, recoge la responsabilidad del deudor por los daños ocasionados, por su culpa, en las cosas transportadas. También, la Ley 12, Título VIII, Partida 5ª: «*Seda, o cendales, o paños de lino o otra cosa semejante, rescibiendo un ome de otro, para teñir, o para lauar, o para coser: si despues que lo ouiere rescebido, lo cambiasse a sabiendas, o por errança, dandolo a otro en logar de lo suyo, o se perdiesse, o se empeorasse, rompiendolo, o dañandolo ratones, o por otra su culpa tenudo es de le pechar otro tanto, e tal, e tan bueno, como aquello que auia recebido, o la estimacion dello, a bien vista del judgador, e de omes buenos, que saben destas cosas atales*». La Ley 13, Título VIII, Partida 5ª: «*Afletada auiendo algun ome naue, o otro leño, para nauegar, si despues, que ouiesse metido, en ella sus mercadurias, o las cosas para que la logo el señor de la naue la mouiesse ante, que viniesse el maestro, que la tenia de guiar, non seyendo el sabidor de lo fazer, o estando y el*

responsabilidad por los daños ocasionados como consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor[99].

Con carácter particular, se regulan algunas obligaciones específicas de hacer, como el transporte de mercancías por mar en el Título IX de la Partida 5ª, y el contrato de mandato, del que se contemplan cinco tipos distintos, en las Leyes 20 a 34 del Título XII, Partida 5ª.

Para el transporte de mercancías por tierra, se señala la responsabilidad del deudor por los daños sufridos en las cosas transportadas, en el supuesto de retraso en la entrega de las mismas[100].

Para la obligación que consista en la ejecución de una obra a destajo, o por precio cierto, se ordena que en caso de desacuerdo entre acreedor y deudor acerca de la calidad o sobre los defectos de la misma una vez haya sido terminada, sean designados varios expertos que, previo examen de la obra, juzguen si la construcción adolece de algún vicio y, en su caso, determinen si éstos son debidos a la mala ejecución del deudor o, si por el contrario, su origen es el caso fortuito. En el primer supuesto, será el deudor el que deberá rehacer lo mal hecho, o devolver el precio que recibió con ocasión de su trabajo, además de satisfacer los daños y perjuicios que se le ocasionaron al acreedor. En el segundo, se exime al deudor de cualquier responsabilidad por los perjuicios que hubieran podido ocasionarse

---

maestro, non quisiesse obedecer su mandamiento, nin seguirse por su consejo: si la naue peligrasse, o se quebrantasse, estonce el daño, e la perdida, que acaesciesse, en aquellas mercaderias pertenescen al señor de la naue: porque auino por su culpa, porque se trabajo de fazer, lo que non sabe: porende es tenudo de la pechar, a aquel que la auia afletada». Ley 15, Título VIII, Partida 5ª: «*Pastores o otros omes que guardan los ganados, si reciben soldada, de los señores dellos, por guardallos, dezimos que deuen ser acuciosos, e se deuen trabajar, quanto pudieren en guardarlos, bien: e lealmente, de guisa: que non se pierdan: nin reciban daño de ninguna cosa, por mengua de lo que deuen ellos fazer*». Ley 16, Título VIII, Partida 5ª: «*Destajos toman alas vegadas, los maestros, e los obreros, lauores, o obras, por precio cierto. E por cobdicia delas acabar ayna, acuytanse tanto que falsan las lauores, o non las fazen tan buenas como deuian. E por ende dezimos, que si alguno recibiere a destajo lauor de algund castillo, o de torre, o de casa, o de otra cosa semejante: e la fiziere cuytadamente, o la falsare de otra guisa, de manera que se derribe ante que sea acabada, que es tenudo de la refazer de cabo, o de tornar al señor el precio, con los daños e os menoscabos, que le vinieron por esta razon*».

[99]Vid. Leyes 8, 10, 15 y 16, Título VIII, Partida 5ª.

[100]Cfr. Ley 8, Título VIII, Partida 5ª: «*...El segundo es si fiziesse tardança de tornar la cosa al señor mas que non deuia: e despues de aquel tiempo, que gela deuiera auer tornada se perdiesse, o se empeorasse...*».

al acreedor[101]. Cuando la obra se ejecute según el criterio *-aluedrio-* del acreedor y se remunere a su finalización, el deudor asumirá los riesgos de pérdida o destrucción de la obra hasta que la finalice y comunique esta circunstancia al acreedor. Si el acreedor se negara a pagar el precio de la misma, una vez haya finalizado, se nombrarán, igualmente, expertos que decidirán acerca de la calidad de la obra y, en caso de que carezca de defectos, el acreedor deberá abonar su importe, así como también asumirá los riesgos de su pérdida o destrucción fortuita[102].

La Ley 11, del Título XI, de la Partida 5ª, señala la prohibición de comprometer un hecho ajeno, apunta que no es válida la promesa, no realizada en juicio, de que otra persona entregará una suma de dinero o realizará un obra determinada, a excepción de la posibilidad de obligarse por los hechos de los herederos. Por el contrario, la promesa del hecho ajeno otorgada dentro de un juicio está completamente permitida. En caso de incumplimiento por la tercera persona de aquello que el deudor prometió, éste deberá cumplirlo por sí o

---

[101]Cfr. Ley 16, Título VIII, Partida 5ª: «*...E si por auentura non cayere la lauor ante que sea acabada, e entendiere el señor della que es falsa: o que non es estable: estonce deue llamar a omes buenos e sabidores, e mostrar les la lauor, e si aquellos omes sabidores entendieren, que la lauor es fecha falsamente, e conoscieren que el yerro auino por culpa del maestro, deue la refazer de cabo, o tornar el precio con los daños e los menoscabos al señor della segund es sobre dicho. Mas si los omes sabidores que llamassen para esto, entendiessen que la lauor non era falsa, nin era en culpa el maestro: mas que se empeorara despues que la fizo, o entre tanto que la fazia, por alguna ocasion que acaesciesse assi como por grandes lluuias, o por auenidas de aguas, o por terremotos, o por otra cosa semejante: estonce non seria tenudo el maestro dela refazer: nin de tornar el precio que ouiesse recebido*».

[102]Cfr. Ley 17, Título VIII, Partida 5ª: «*Pleytean a las vegadas los maestros de fazer algunas lauores, a aluedrio de los señores dellas diziendo assi, que farian tal lauor que se pagaran della, quando la vieren acabada. E por ende dezimos, que el maestro que desta guisa destajare la obra, si la fiziere bien e lealmente, e el señor quando la viere acabada, dixere maliciosamente, que se non paga della: por retener le el precio que auia de auer: o por embargar le de otra guisa, que lo non puede fazer. Ca el pleyto de tal aluedrio como es sobre dicho, se deue entender desta guisa, que el señor dela obra se deue pagar della, si bien fecha fuere, segund se pagarian della otros omes buenos e sabidores. E porende si los omes sabidores, aque fuere mostrada la obra dixeren que es buena, non puede el señor por tal pleyto embargar al maestro, ni retener le el precio que le auia de dar, ante dezimos que el juez del lugar le deue apremiar que gelo de maguer non quiera. Otrosi dezimos que destajando algund ome alguna lauor, so tal pleyto, que fara la lauor en tal guisa, que por qual maneraquer que se pierda, o se derribe, fasta que el señor otrogue que se paga della, sea a su peligro, si quando la obra fuesse acabada, dixesse el maestro al señor, que viesse si se paga della, si el lo metiesse por alongamiento, que la non quisiesse ver, o la viesse, e non quisiesse dezir, que se pagaua ende, seyendo la obra buena, si de aquella sazon adelante se perdiesse, o se derribasse por alguna ocasion, que non auiniesse por culpa del maestro, ni por maldad dela obra, estonce el peligro seria del señor, e non del maestro. Otrosi dezimos, que si el señor se pagasse dela lauor, e despues que otorgasse, que se pagaua della: se derribasse, o se menoscabasse, que dende en adelante, seria el peligro del, e non del maestro*».

soportar los daños y perjuicios por el citado incumplimiento[103].

Las Leyes 12, 14, 15 y 17, Título XI, Partida 5ª, regulan las obligaciones de dar o de hacer cosas determinadas, puras, sometidas a plazo y bajo condición[104].

De forma extensiva, para las obligaciones puras de dar o de hacer cosas determinadas, se señala la obligación del deudor de cumplir lo pactado. En caso de incumplimiento, el acreedor puede demandar al obligado para que ejecute su prestación, y si éste no quisiese o no pudiese cumplirla, estará sujeto al cumplimiento de la pena convencional, en el supuesto de que la misma se hubiese pactado. En caso contrario, es decir, faltando estipulación de cláusula penal, el acreedor puede demandar aquello que fue prometido, así como los daños y los menoscabos que el incumplimiento del deudor le hubiese ocasionado. Para las obligaciones a plazo, el deudor habrá de ejecutar la prestación

---

[103]Cfr. Ley 11, Título XI, Partida 5ª: «*Fecho ageno: no puede ninguno prometer a otro esto seria, como si alguno dixesse: prometo que fulan vos dara tanto marauedies, o vos fara tal obra, o otras cosas semejantes destas. Ca por tal promission como esta, si fuese fecha fuera de juyzio, non es valedera. Fueras ende, si prometiesse, que sus herederos, farian o darian alguna cosa, ca entonce valdria. [...] E porende, si el otro non lo cumpliere tenudo seria el de lo cumplir, o de lo pechar, con los daños, e los menoscabos, que le viniessen por esta razon. Ma quando el prometimiento de fecho ageno, fuesse otorgado en juyzio, assi como si dixesse, prometo vos que fare a fulan estar a derecho, o que aura por firme, lo que vos judgardes sobre este pleyto, o que guardara bien, o terna bien en faluo las cosas de fulan huerfano: entonce la promission que fuesse assi fecha, sobre qualquier destas razones, o otras semejantes dellas, sera valedera contra aquel que la fizo: maguer sea otorgada, en razon de fecho ageno*».

[104]Cfr. Ley 12, Título XI, Partida 5ª: «*Valederas promissiones pueden ser en tres maneras. La primera es, quando alguno promete a otro, de dar o de fazer alguna cosa, non poniendo y condicion, nin señalando dia, para complir aquello que promete: e esta promission es llamada en latin pura. E la segunda es quando la promission es fecha a dia señalado: e esta es llamada en latin promissio in diem. [...] La tercera manera de promission valedera: es como quando promete un ome a otro, de dar o de fazer alguna cosa so condicion, e esta es llamada en latin promission condicional*».

Cfr. Ley 14, Título XI, Partida 5ª: «*A dia cierto, o so condicion prometiendo un ome a otro de dar o de fazer alguna cosa: no es tenudo de complir la promission, fasta que venga aquel dia, o que se cumpla aquella condicion, sobre que fue fecha*».

Cfr. La Ley 15, Título XI, Partida 5ª se titula: «*Como deue ser complida la promission que es fecha en razon de dar o de pagar en kalendas cada año cosa cierta*».

Cfr. Ley 17, Título XI, Partida 5ª: «*A dia cierto, so condicion prometiendo un ome a otro de dar, o de fazer alguna cosa, maguer se cumpla la condicion no es tenudo por esso, el que fizo la promission dela cumplir si non quisiesse, fasta que venga el dia, que señalo aquela cumpliesse, o la deue complir. Otrosi dezimos, que si alguno pusiere condicion, con prometimiento, que fiziesse a otro, de dar o de fazer alguna cosa, que si la condicion es de tal manera, que conuiene en todas guisas, que segund curso de natura, que non vega, que luego que es fecha la promission desta guisa, finca por ello obligado el que la faze. E esto seria como si dixesse: si no tanxeres, con el dedo al cielo, prometo te de dar, o de fazer tal cosa. Ca pues cierta cosa es, que ningun ome segund curso de natura, podria esto fazer finca, porende obligado, el que faze la promission. Esso mismo dezimos que seria de las promissiones, que los omes fazen, so otra condicion, qualquier que fuesse semejante destas*».

en el plazo convenido para ello, y en caso de incumplimiento, deberá, a elección del acreedor, realizar aquello a lo que se obligó o bien, soportar la pena convencional, en caso de que se hubiese pactado. No obstante, el deudor una vez haya sido demandado en juicio, podrá iniciar el cumplimiento de su obligación, antes de la contestación a la demanda, en cuyo caso, no será responsable de los daños y perjuicios que el retraso hubiese originado[105].

Las Leyes 15 y 34, Título XI, Partida 5ª, regulan la estipulación de cláusula penal para el caso de incumplimiento de una obligación de dar o de hacer cosa determinada[106].

La Ley 18, Título XI, Partida 5ª preceptúa un supuesto de mora en obligaciones de dar o de hacer cosas determinadas. Se indica que si la cosa se destruye, en las obligaciones a plazo, antes del vencimiento del mismo y sin culpa del deudor, éste no será responsable de los menoscabos ocasionados por tal evento. Pero si la cosa perece después del vencimiento del plazo señalado para cumplir, el deudor deberá pagar la estimación de la misma. En las obligaciones puras, si la cosa perece sin culpa del deudor, después de haber

---

[105]Cfr. Ley 35, Título XI, Partida 5ª: «*So cierta pena, e a dia señalado, prometiendo, un ome a otro de dar, o de fazer alguna cosa. Si aquel dia no ouiere dado o fecho lo que prometyo tenudo es de pechar la pena, o de dar, o de fazer lo que prometio qual mas quisiere, aquel que rescibio la promission. E non se puede escusar que lo non faga, maguer el otro nunca gelo ouiesse demandado. Otrosi dezimos que si aquel que fizo lo promission non señalado dia cierto, en que la deuiesse cumplir: e despues desto, el otro le demandasse, en tiempo conuenible, e en logar guisado que le cumpliesse aquello, que le auia prometido. E non lo quisiesse cumplir, podiendolo fazer, o seyendo tanto tiempo passado, en que lo pudiera fazer, si quisiesse que de alli en adelante, seria tenudo de le pechar la pena. Otrosi dezimos, que faziendo algun ome promission de dar o de fazer, a otro alguna cosa, non señalando dia, cierto, a que lo deuiesse cumplir, nin obligandose a pena ninguna: que si tanto tiempo dexasse passar, el que fizo tal prometimiento, como este, en que lo pudiera cumplir: si quisiesse: e finco por su negligencia, que lo non quiso fazer, que dalli adelante, quel puede demandar, lo que le fue prometido, con todos los daños, e los menoscabos, que rescebio por razon que non cumplio aquello que prometio. Pero si el que fizo la promission, quisiere luego commençar a cumplir, lo que auia prometido, en ante que respondiesse, al otro, en juyzio, deue le ser cabido. E si lo cumpliere, entonce non seria tenudo de pechar los daños nin los menoscabos que de suso diximos*».

[106]Cfr. Ley 15, Título XI, Partida 5ª: «*E aun dezimos, que quando algund ome promete a otro de dar, o de fazer tal cosa, non señalando sason, nin en qual dia, obligandose, que si esto non diesse, o non fiziesse, que pecharia por pena tantos marauedis, o tal cosa, entonce se deue entender que se puede demandar la pena quando aquel que fizo la promission, pudiera dar, o fazer lo que prometio, e non quiso seyendole demandado en juyzio*».

Cfr. Ley 34, Título XI, Partida 5ª: «*Pena ponen los omes a las vegadas en las promissiones que fazen, porque sean mas firmes e mejor guardadas. E esta pena atal, es dicha en latin conuentionalis, que quiere tanto dezir como pena, que es puesta a plazer de amas las partes, E porende dezimos, que maguer la pena sea puesta en la promission, que non es tenudo el que la faze, de pechar la, e de fazer lo que prometio: mas lo uno tan solamente. Fueras ende, si quando fizo la promission: se obligo: diziendo que fuesse tenudo: a todo: a pechar la pena: e a cumplir la promission, en todas guisas quantas vegadas viniesse contra el pleyto Ca entonce bien se puede demandar la pena, e la cosa prometida*».

sido requerido para entregarla, éste será responsable del perjuicio ocasionado[107].

Finalmente, en torno a la coercibilidad del deudor en la obligación de hacer, cierto sector de la doctrina[108] ha señalado que esta posibilidad estaba completamente admitida en Las Partidas y así, se aceptaba que, con carácter general, el obligado pudiera ser compelido para ejecutar aquella prestación que se había comprometido a realizar. Para tales autores, esta posibilidad se deducía de las Leyes 13, Título XI, Partida 5ª; Ley 5, Título XXVII, Partida 3ª y Ley 5, Título VI, Partida 5ª[109], en tanto que, de las mismas, se podía

---

[107]Cfr. Ley 18, Título XI, Partida 5ª: «*Cosa señalada, prometiendo un ome a otro de dar, o de fazer a dia cierto, si la cosa se muriesse en ante del dia, de su muerte natural, sin culpa, del que faze la promission, non es tenudo dela pechar, nin de dar ninguna cosa, por razon della, mas si muriesse despues, del dia que deuiera ser dada, entonce, seria tenudo del pechar, la estimacion dela cosa. E si quando la cosa señalada prometiesse alguno a dar: non dixesse ciertamente, en qual dia gela daria, si despues desso gela pidiesse, el otro, a quien fue prometida, pidiendo gela, e non gela quisiesse dar, pudiendo lo fazer, dezimos, que si muriese la cosa despues de su muerte natural, que es tenudo de la pechar. Pero si se muriese en ante que el otro gela demandasse, entonce non seria tenudo el que la prometio de dar le ninguna cosa por ella*».

[108]Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pp. 541 y ss; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tratado de las Obligaciones, T. IV*, Madrid, 1869, pp. 56 y ss.

[109]Cfr. Ley 13, Título XI, Partida 5ª: «*Obligandose un ome a otro de dar o de fazer alguna cosa, en la primera de las tres maneras, que diximos en la ley ante desta, que es llamada promission pura: maguer non sea puesto enella dia cierto o logar, vale tal promission. E el juez del logar, deue asmar, segun su aluedrio, fasta quanto tiempo, seria cosa aguisada, para poder complir lo que prometio, aquel que se obligo. E si entendiere, que tanto tiempo es y a passado de que fizo la promission, que la pudiera auer complida, si quisiesse, deue le apremiar, que la cumpla luego, fasta tiempo cierto, señalando un dia cierto, que el touiere por guisado, aque faga lo que assi prometio. E si por auentura prometiesse un ome a otro, de dar o de fazer alguna cosa, en logar cierto, non señalando dia a que lo compliesse, si este que fiziesse la promission andouiesse refuyendo, maliciosamente por non complir lo que auia prometido: dezimos que si tanto tiempo fuesse ya passado, que pudiera ya ser ydo, a quel logar a cumplirlo, si quisiesse, deue le apremiar el juez del logar que lo cumpla alli: maguer non sea fallado en aquel logar, que auia prometido de lo cumplir, e no tan solamente es tenudo de cumplir lo que prometio de dar, o de fazer. Mas aun dezimos, que deue pechar de mas desto, todos los daños, e los menoscabos que rescibio el otro, por razon que le non cumplio en aquel logar, lo que le prometio. Pero si aquel a quien fue fecha la promission, rescebiesse de su voluntad del otro lo que auia prometido de dar, o de fazer, e entonce non le demandassen los daños nin los menoscabos: nin la pena que fuesse puesta: nin fiziesse enmiente de ninguna destas cosas: dende adelante, non gelas podria demandar: maguer la paga non fuesse fecha en el logar do era prometida de fazer*».

Cfr. Ley 5, Título XXVII, Partida 3ª: «*Seyendo el juyzio valedero, de manera que se deue cumplir, porque alçada non tomaron del, o si fue tomada que confirmaron la sentencia, assi que non ay mas alçada: si el juyzio fue dado en razon de debda que el demandado conosciesse, o fuesse vencido della delante el judgador, deuen lo cumplir en sus bienes fasta diez dias. E si por auentura fuesse dado sobre alguna cosa cierta que ome demandasse por suya: entonce deue se cumplir luego en quella cosa sobre que fue dado el juyzio: e si el condenado dixesse que non podria fazer luego entrega della, porque es en otra parte, si esto non dixesse maliciosamente, deue dar buenos fiadores, que aquel plazo que el judgador tuuiere por guisado, que de aquella cosa, o aquello en que fuere apreciado, si non la pudiesse auer. E si la sentencia fuesse dada contra el demandado, en razon de alguna cosa que deuiesse fazer, deue lo apremiar que la faga assi como fue puesto, o lo prometio: e si el juyzio fuesse dado sobre algund pleyto de escarmiento de justicia de muerte, o de perdimiento*

perfectamente interpretar que en el incumplimiento de la prestación de hacer, el acreedor podía elegir entre compeler al deudor para que ejecutara la prestación o reclamar los daños y perjuicios que ese incumplimiento le hubiera irrogado[110].

---

de miembro, deue se luego cumplir de dia concejeramente ante los omes, e non de noche a furto. Ca la justicia non tan solamente deue ser cumplida en los omes por los yerros que fazen: mas aun porque los que la vieren tomen ende miedo, e escarmiento para guardarse de fazer cosa, porque merezcan recibir otro tal».

Cfr. Ley 5, Título VI, Partida 5ª: «*Contratos innominatos en latin, tanto quiere dezir en romance, como pleytos e posturas, que los omes ponen entre si: e que non han omes señalados: e son quatro manera dellos. La primera es quando alguno da su cosa por otra: este es cambio de que fablamos en las leyes ante desta. La segunda es, quando alguno da su cosa a otro solo que non le den dineros contados por que le faga otra por ella. Ca entonce dezimos, que si aquel non cumpliesse lo que prometio, en su escogencia es del otro, de demandar le la cosa que le dio por esta razon: o quel peche los daños, e los menoscabos, que porende rescibio, lo que les deuen ser creydos: con su jura, e con estimacion del judgador. La tercera es quando algun ome faze a otro: alguna cosa señalada porque le de otra, ca si despues que la ouiesse fecha non le diesse aquella que la auia prometido, puede la demandar, como en razon de engaño: e deue le ser pechada con los daños e los menoscabos, assi como de suso diximos. La quarta es, quando algun ome faze alguna cosa a otro, por que le faga aquel a quien la faze otra por ella. En esta razon dezimos, que quando alguna de las partes fizo lo que deuia, que puede demandar a la otra, quel compla lo que le deuia fazer, o quel peche los daños, e menoscabos que recibio por esta razon, quales deuen ser estimados segund sobredicho es».*

[110]GREGORIO LÓPEZ apuntó, al glosar la expresión «*en razon de alguna cosa que deuiesse fazer*» de la Ley 5, Título XXVII, Partida 3ª: «*"Nam tunc praecise compelletur ut faciat"*, que sea obligado, constreñido tajantemente a hacer aquello». Para GARCÍA GOYENA de estas leyes de Partidas citadas, se llegaba a la conclusión de que el acreedor, en las obligaciones de hacer, tenía la opción de elegir entre compeler al deudor al cumplimiento de la prestación o proceder a la reclamación de los daños y perjuicios, nuestras leyes, refiriéndose a Las Partidas, están más claras: «*Develo apremiar el Juez que lo faga assi como fué puesto, é lo prometió*». Cfr. op. cit. en nota 108, p. 541; en el mismo sentido, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ que señala que el acreedor tenía y debía tener la posibilidad de elegir entre el cumplimiento de la obligación por el deudor o el resarcimiento de los daños y perjuicios. Sin embargo, observa que para que la obligación de hacer se convirtiera en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios era necesario presuponer engaño, a esta conclusión llegó al interpretar la tercera regla señalada en la Partida 5ª, Título VI, Ley 5 (*como en razon de engaño* Vid. op. cit. en nota 108, p. 56; en contra de este criterio SÁNCHEZ ROMÁN indica que en la Ley 5, Título VI, Partida 5ª, solamente la tercera de sus cuatro reglas hace referencia al engaño, pero apunta una hipótesis de obligación de hacer a cambio de otra de dar y exclusivamente contempla el supuesto de incumplimiento de la obligación de dar: «Unicamente dice la ley que examinamos, *"como en razon de engaño"*, en la tercera hipótesis de obligación de hacer a cambio de otra de dar, refiriéndose al caso de que, hecho por una parte aquello a que se obligó, no quiera el otro cumplir la recíproca prestación de entregarle la cosa que le prometió; y aun en este supuesto, que es, en verdad, de mero incumplimiento de obligación de dar, la ley no hace derivar el derecho a la indemnización de que haya intervenido y se pruebe el engaño, sino que califica la conducta observada por el obligado de engañosa, al decir *"puedela demandar, como en razon de engaño, e deuele ser pechada, con los daños e los menoscabos, etc"*; esto es, no la indemnización como forma supletoria del cumplimiento de lo pactado, que es el caso de la doctrina que procuramos fijar con estas reflexiones, sino como una responsabilidad distinta, adicionada y punitoria». Respecto al deudor en la obligación de hacer, señala este último autor, que no puede ser compelido a la fuerza a realizar la prestación, en tanto que el mismo no puede ser violentado a obrar en contra de su voluntad, siendo superior, en estos casos, el principio natural de la libertad individual. Vid. *Estudios de Derecho Civil, Tomo IV, Derechos de Obligaciones, Derechos de la Contratación*, Madrid, 1889, pp. 90-91.

1.1.3. LA OBLIGACIÓN DE HACER EN LA ETAPA PRECODIFICADORA

Para la doctrina científica anterior a la Codificación francesa de 1.804, la obligación podía ser entendida, desde un punto de vista amplio, como todo vínculo jurídico que supusiera la realización, por parte del deudor, de una concreta conducta. Desde este aspecto, toda obligación consistía en hacer, de modo que, cualquier acto que pudiera ser objeto de las mismas, se incluiría dentro de la categoría extensa del comportamiento humano[111].

Desde un punto de vista estricto, se distinguen las obligaciones de hacer de las de dar según consistan o no en el traspaso de la propiedad o de algún derecho real sobre una cosa[112]. La obligación de hacer supone que el deudor se compromete a realizar los concretos y particulares actos en que la misma consiste y la utilidad para el acreedor, en estos casos, se alcanza directamente de la actuación en que la obligación radica[113].

El hecho que el deudor se obliga a realizar, para que pueda ser objeto de la

---

[111]Para SÁNCHEZ ROMÁN el hacer del deudor puede consistir tanto en la entrega de una cosa determinada como en la prestación contraria de no entregarla, así como también se incluye la realización de una concreta conducta como su abstención. La diferencia que existe entre las obligaciones de dar o no dar y en las de hacer o no hacer es la misma que existe entre la especie y el género: género es la idea extensa o lata de hacer, siendo la especie tanto la obligación de entregar una cosa determinada como la realización de un hecho particular y concreto que constituya la prestación. Vid. op. cit. en nota 110, p. 81. PLANITZ a este respecto señala que de toda relación obligatoria surge para el deudor el deber de ejecutar la prestación, ésta puede consistir en un hacer o en un no hacer y, en ningún caso, se precisa que la misma tenga carácter patrimonial. Vid. op. cit. en nota 65, p. 217.

[112] SÁNCHEZ ROMÁN señala que en la prestación de dar el provecho que para el acreedor supone la misma, surge, entre otros, del compromiso por parte del deudor de traspasar la propiedad de una cosa, o el usufructo, o su uso, o su mera tenencia. La utilidad para el acreedor se obtiene, principalmente, de la misma cosa y, secundariamente, del hecho de entregarla. Vid. op. cit. en nota 110, pp. 81 y 82; por su parte, POTHIER observa que objeto de la obligación puede ser una cosa que el deudor se compromete a dar o un hecho que el deudor se obliga a hacer. Apunta que la diferencia entre las obligaciones de dar y las de hacer supone que en las obligaciones de dar el deudor puede ser compelido a entregar la cosa, cuando ésta se encuentra en la posesión del deudor, el acreedor puede entrar en posesión de la cosa en virtud de un mandato judicial, por el contrario, en las obligaciones de hacer, el deudor no podrá ser obligado a hacer aquello que se obligó y, en caso de incumplimiento de la misma, la obligación primitiva se convertirá en una de daños y perjuicios, que consistirá, a su vez, en una determinada suma de dinero. Vid. op. cit. en nota 13, pp. 77 y 107; Vid. asimismo, BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 18.

[113]Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. en nota 110, pp. 81 y 82; por otro lado, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ al referirse a la naturaleza de la obligación de hacer, afirma que esta conducta, a la que califica como *actos aislados de la persona*, es susceptible de ser considerada como materia u objeto de los contratos. Vid. op. cit. en nota 108, p. 55.

obligación, habrá de ser posible[114]. Tampoco podrán ser los actos del deudor contrarios a las leyes ni a las buenas costumbres[115]. Asimismo, el hacer del deudor ha de ser determinado o determinable así como habrá de tener un interés apreciable, además de serlo a precio de dinero[116].

Desde el punto de vista del deudor, la obligación de hacer habrá de ser ejecutada en sus propios términos, lo contrario implica un incumplimiento de la obligación[117].

En el supuesto de incumplimiento de la obligación de hacer, la doctrina no era pacífica en torno a las consecuencias del mismo. Según POTHIER el deudor habrá de ser requerido mediante demanda judicial a los efectos de que cumpla lo convenido, para lo cual, el Juez concederá un plazo dentro del que habrá de cumplir su obligación; solo si en este plazo el deudor no cumple será condenado al pago de los daños y perjuicios ocasionados por su negativa a cumplir, y cuya cuantía corresponde a lo que estimen en una suma de dinero los peritos designados por las partes[118]. Para POTHIER, por tanto, el acreedor no puede constreñir al deudor a ejecutar aquello que se obligó a hacer, únicamente puede demandar los daños y los intereses que el incumplimiento le haya causado. De esta manera, toda obligación de hacer, en efecto, se resuelve en la obligación de indemnizar los daños y

---

[114]Señala POTHIER que un hecho imposible no puede ser objeto de una obligación, para lo cual se basa en el ya famoso adagio de Celso (D. 50, 17, 185) *Impossibilum nulla obligatio est*. No obstante, esta posibilidad es considerada desde un punto de vista objetivo, ya que para este autor, la imposibilidad subjetiva de la prestación no implica nulidad de la misma, y en este caso, será el deudor el que asuma las consecuencias negativas de su incumplimiento. Vid. op. cit. en nota 13, p. 80.

[115]POTHIER equipara los supuestos de imposibilidad de la prestación a aquellos en los que los actos del deudor son contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, ambos no pueden ser objeto de obligación alguna. Vid. op. cit. en nota 13, p. 80.

[116]Vid. POTHIER, op. cit. en nota 13, pp. 80 y 81.

[117]Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. en nota 110, p. 90; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 108, p. 55; POTHIER, op. cit. en nota 13, p. 86.

[118]Así se señala por POTHIER que: «El efecto de la obligación que una persona ha contratado de hacer alguna cosa, es que ella debe hacer lo que ella se ha obligado a hacer; y que, si no lo hace, después de haber sido requerida para que lo haga, debe ser condenada al pago de daños y perjuicios a aquel con quien ha sido contratada; es decir, *in id quanti creditoris intersit factum fuisse id quod promissum est*: lo que debe ser estimado en una suma de dinero por peritos convenidos entre las partes». Igualmente, el deudor estará obligado a la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento, sin necesidad de requerimiento judicial, en los supuestos de plazo esencial, en cuyo caso, pasado el plazo sin que el deudor haya realizado su conducta, ésta deja de ser útil para el acreedor. Cfr. op. cit. en nota 13, p. 86;

perjuicios, en virtud del principio *nemo ad factum praecise cogi potest*[119].

Únicamente, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, constituyen causas de exención de la responsabilidad del deudor ante su incumplimiento, si bien, éste se encuentra obligado a advertir a su acreedor de la concurrencia de tal causa, so pena de que de no notificarle, deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, salvo que esa fuerza mayor o caso fortuito hubieran también impedido al obligado realizar la citada notificación[120].

Desde el punto de vista del acreedor, en el supuesto de incumplimiento de la prestación, para estos autores, el efecto preferente de la obligación de hacer, suponía que la misma se convertía en una prestación dineraria. El acreedor únicamente podía obtener, mediante condena judicial, el resarcimiento del daño producido por la inejecución de la prestación, sin que fuera posible imponer al deudor la obligación de cumplir lo prometido[121].

Para otro sector de la doctrina, sin embargo, ante la no realización de la conducta que constituye el objeto de la prestación, el deudor podía ser compelido a ejecutar aquellos actos a los que se comprometió. El acreedor, por ello, tenía la posibilidad de escoger entre la compulsión al obligado para que procediera al cumplimiento de la prestación, o reclamar los daños y perjuicios en virtud de la indemnización correspondiente[122]. Por otro lado, se

---

[119]Cfr. POTHIER, op. cit. en nota 13, pp. 86, 91 y 107; en el mismo sentido SÁNCHEZ ROMÁN, que entiende que el deudor de la obligación de hacer, no podrá ser compelido, en caso de incumplimiento, a ejecutar la prestación, en tanto que, entiende que el superior principio natural de la libertad individual lo impide, a su vez, señala que en la vida civil, nadie puede ser obligado a actuar en contra de su voluntad, en estos casos, el acreedor podrá obtener el cumplimiento a costa del propio obligado, cuando la obligación permita la práctica de este medio supletorio, que, sin embargo de serlo, no constituye novación en la obligación, sino forma indirecta y única posible de su cumplimiento. Vid. op. cit. en nota 110, pp. 90-91.

[120]Vid. POTHIER, op. cit. en nota 13, p. 86.; vid. asimismo PLANITZ, op. cit. en nota 65, pp. 223-226.

[121] Señala POTHIER, en este sentido, lo siguiente: «Cuando alguien se ha obligado a hacer alguna cosa, esta obligación no da al acreedor el derecho de obligar al deudor precisamente a hacer lo que se ha obligado a hacer, sino tan sólo el de hacerle condenar al pago de daños y perjuicios, falto de haber satisfecho a su obligación. Es en esta obligación de daños y perjuicios que se resuelven todas las obligaciones de hacer alguna cosa». Cfr. op. cit. en nota 13, p. 91; vid. asimismo SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. en nota 110, pp. 90 y ss.

[122] En este sentido GARCÍA GOYENA argumenta en contra de lo establecido en el *Code* francés -art. 1142-, al señalar que de las leyes de Partida (ya citadas en nota 109), y especialmente del siguiente texto: «*Develo apremiar* [el Juez] *que lo faga assi como fue puesto, e lo prometio*», solo puede inferirse que en caso de incumplimiento por el deudor de su prestación, el acreedor es libre de compelerle para ejecutar el hecho prometido o para reclamarle los daños y perjuicios. Vid. op. cit. en nota 108, p. 541; en el mismo sentido, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, que, además, indica que los autores que admitían la imposibilidad de compeler al deudor para

señaló que para que la obligación de hacer se convirtiera en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios, es decir, en una prestación pecuniaria, era necesario presuponer engaño[123].

Se distingue en las obligaciones de hacer, en función de si éstas han sido contraídas o no en atención a las circunstancias personales del deudor. En caso de que la prestación no posea carácter personal, ante un incumplimiento del deudor principal, cabe la posibilidad de que pueda satisfacerse el interés del acreedor mediante el cumplimiento de la prestación por un tercero y a costa del propio obligado[124]. En el supuesto de que las cualidades personales del deudor hayan sido relevantes a la hora de contraer la obligación, se afirma que éstas tienen carácter personalísimo, y su incumplimiento se resuelve siempre en la indemnización de daños y perjuicios, ya que no es posible el cumplimiento supletorio por otra persona[125].

---

ejecutar la prestación, se basaban en el supuesto de pérdida de utilidad para el acreedor de la prestación incumplida, en cuyo caso, era preferible indemnizarle por los daños y perjuicios sufridos. No obstante, para este autor, esta posibilidad ante el incumplimiento del deudor, no suponía en modo alguno obligatoriedad, sino que por el contrario, el acreedor tenía y debía tener la posibilidad de elegir entre el cumplimiento de la obligación y el resarcimiento de los daños y perjuicios. Vid. op. cit. en nota 108, pp. 55-56.

[123] El Tribunal Supremo en su Sentencia número 283, de 30 de junio de 1865, interpretó la Ley 5, Título VI, Partida 5ª, en el siguiente sentido: «*para que la obligación de hacer no cumplida, se convierta en la de abonar los daños y perjuicios, es necesario presuponer engaño*»; en el mismo sentido, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 108, p. 56; en contra SÁNCHEZ ROMÁN señala que ni en la segunda ni en la cuarta regla de la citada ley de las Partidas, que son las que se refieren al incumplimiento de las obligaciones de hacer, de las cuatro que contiene esta ley, se alude a la necesidad de que intervenga engaño ni, por consiguiente, sea precisa la prueba de esta circunstancia, para que proceda la indemnización pecuniaria. Vid. op. cit. en nota 110, pp. 91-92.

[124] GARCÍA GOYENA señala que en las obligaciones de dar, el interés del acreedor consiste en que se de o se pague por el deudor o por un tercero la cosa objeto de la prestación, posibilidad que también se admite en las obligaciones de hacer cuando no se han elegido, de forma expresa o tácita, las cualidades personales del deudor. Vid. op. cit. en nota 108, pp. 551-553; en esta dirección, PLANITZ señala que en el supuesto de prestaciones consistentes en la entrega de una cosa o de pago de una suma de dinero, lo decisivo es que el acreedor reciba aquello que ha sido objeto de la obligación, y se admite que la prestación pueda ser realizada por un tercero, ya que en ellas «*pierde significación la personalidad del que realiza la prestación*». Cfr. op. cit. en nota 65, pp. 217 y 218; vid. asimismo SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. en nota 110, p. 91.

[125] Apunta SÁNCHEZ ROMÁN, a este respecto, lo siguiente: «En el caso que, según ésta, bien por tratarse de un hecho personalísimo, o sin serlo que ofrezca invencibles dificultades o enormes diferencias que desnaturalizan la obligación, para obtener el cumplimiento supletorio en la forma indicada a expensas del deudor, el incumplimiento por parte de éste resolverá la obligación en la correspondiente indemnización pecuniaria, por título de daños y perjuicios según fueren probados y apreciados por los tribunales, a no ser que exista pactada cláusula penal especial para el supuesto de dicho incumplimiento, en cuyo caso habrá de estarse a lo pactado y aplicarse las reglas de las obligaciones de esta clase». Cfr. op. cit. en nota 110, p. 91; en el mismo sentido, GARCÍA GOYENA que hace referencia a la elección de la industria, conocimientos o cualidades personales del deudor como determinantes del carácter personalísimo de la prestación de hacer. Vid. op. cit. en nota 108, pp. 551-553; PLANITZ, por su parte, afirma que únicamente en las prestaciones personales, y señala como ejemplo los servicios, es decisiva la persona del que ejecuta la prestación, y no cabe la posibilidad de cumplimiento por un tercero. Vid.

Por último, el Proyecto de Código Civil de 1.851 se ocupa de las obligaciones de hacer en su artículo 1.008[126]. Por su parte, GARCÍA GOYENA, en sus comentarios, apunta que la primera parte de esta norma se toma de los artículos 1.144 francés, 1.253 Sardo, 846 de Vaud, 1.277 holandés y 1.098 napolitano. No obstante, indica que todos los Códigos señalados tomaron como referencia el artículo 1.142 del *Code* francés, el cual declara que toda obligación de hacer, cuando el deudor no cumple con su prestación, se resuelve en daños e intereses. Asimismo, observa que, según los discursos 59 y 60 franceses, el fundamento de esta regla supone que compeler al deudor de una obligación de hacer implicaría «*una especie de violencia que no puede ser un modo de ejecución de los contratos*», principio basado en el axioma «*nemo ad factum praecise cogi potest*». En este sentido, este jurista no se muestra de acuerdo con la anterior interpretación, en tanto que entiende que del citado principio más bien debe deducirse lo contrario, es decir, en caso de inejecución de una obligación de hacer, el acreedor podrá elegir entre compeler al deudor para que realice la prestación o proceder a la reclamación de daños y perjuicios[127]. También aclara que la Comisión de Codificación acogió el sentido del propio artículo 1.142 del *Code* francés, o sea, el deudor no podrá ser compelido a cumplir la obligación, sino que se «*mandará ejecutar a su costa*» y señala que, en este caso, el acreedor podrá reclamar la verificación de la prestación a costa del deudor o bien los daños e intereses[128]. Señala GARCÍA GOYENA, al comentar el segundo párrafo del citado artículo 1.008, que la contravención de la obligación supone que el contrato no queda cumplido, siendo la misma

---

op. cit. en nota 65, pp. 217-218.

[126]Artículo 1.008: «*Si el obligado a prestar algún servicio que consista en hacer alguna cosa, no lo hiciere, se mandará ejecutar a u costa.*

Esto mismo se observará, si lo hiciere contraviniendo en el modo a lo pactado; y podrá ademas decretarse la destrucción de lo mal hecho».

[127]GARCÍA GOYENA se basa en las siguientes Leyes de Partidas para alcanzar la citada interpretación: Ley 12, Título XI, Partida 5 y Ley 5, Título XXVII, Partida 3, cita asimismo a Justiniano en Instituciones párrafo 7, Título XVI, Libro 3, que señalaba que en las obligaciones de hacer, o de no hacer, se ponga cláusula penal. Cfr. op. cit. en nota 108, p. 541.

[128]Indica GARCÍA GOYENA que en la elaboración del artículo no quedó resuelta esta cuestión de la coercibilidad del deudor con la debida claridad. Finalmente, la Comisión de Codificación se decantó por el sentido del *Code* francés, y decidió que el deudor de la obligación de hacer no pudiera ser compelido para efectuar la prestación por sí mismo, acogiendo el texto de «*que se mandará ejecutar a su costa*». Cfr. op. cit. en nota 108, p. 541.

una forma de incumplimiento, por la que el incumplidor queda sujeto a la obligación de resarcir los daños y al abono de los intereses, lo que implica, además, que si el acreedor lo solicita, deberá decretarse la destrucción de lo mal hecho[129].

Igualmente, se ocupa en su artículo 1.100 de las obligaciones de hacer consistentes en prestar algún servicio, y distingue según tengan o no carácter personalísimo, es decir, se hayan contraído o no en atención a las cualidades personales del deudor o a su industria o conocimientos. En el supuesto de que las prestaciones no tengan este carácter personal, admite la posibilidad de que puedan ser ejecutadas por una tercera persona, lo que queda excluido en el caso contrario[130].

1.1.4. LA RECEPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE HACER EN EL PROCESO CODIFICADOR FRANCÉS E ITALIANO

1.1.4.1. LOS ARTÍCULOS 1.142 Y 1.144 DEL *CODE* NAPOLEÓNICO

El *Code* civil francés de 1.804 surge en un ambiente impregnado por las reflexiones políticas de la Revolución francesa, donde todavía se encuentran vigentes las nociones de

---

[129]Cfr. GARCÍA GOYENA, op. cit. en nota 108, p. 541.

[130]Artículo 1.100: «*La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo el caso en que se hubiere establecido por pacto espreso que la cumpla personalmente el mismo obligado, o se hubiere elegido su industria y conocimientos o calidades personales*». Señala GARCÍA GOYENA que cuando expresa o tácitamente se hubieran elegido la industria y conocimientos o calidades personales del deudor, se consulte lo señalado en los siguientes artículos:

Artículo 1.026: «*La obligación personal es la que solamente liga a la persona que la contrae y a sus herederos*».

Artículo 1.536: «*Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona, pero nunca por la muerte del que encargó la obra.*

Sin embargo, este debe abonar en el primer caso a los herederos, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algun beneficio.

Lo mismo se entenderá, si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad».

Artículo 1.595, 3°: «*La sociedad se estinge:*

3°. Por la muerte natural, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el artículo anterior».

Cfr. GARCÍA GOYENA, op. cit. en nota 108, pp. 551-553, 590, 803-804, 833-834.

libertad y de incoercibilidad de los hechos de la persona humana[131]. Estas ideas influyen en el legislador de 1.804 de tal manera que le inducen a regular de forma negativa la materia de la coacción directa de las obligaciones de hacer[132].

Aparece, como resultado de este nuevo pensamiento político de la época, el artículo 1.142[133] del *Code*, el cual regula de forma expresa la oposición a la ejecución forzosa de las obligaciones en cuestión.

Supone la citada norma, por ello, que, con carácter general, se regula la imposibilidad para el acreedor de realizar coerción de clase alguna sobre la persona del deudor. En las obligaciones de hacer el deudor únicamente podrá ser obligado a satisfacer el equivalente en dinero de su prestación mediante la indemnización de daños y perjuicios, lo que implica, por tanto, que toda obligación de hacer, en el supuesto de inejecución de la misma, se convierte en una obligación pecuniaria y, de esta forma, genéricamente, en una prestación de dar[134].

---

[131]BORRÈ señala que el concepto tradicional de incoercibilidad del hecho humano encontró un ambiente favorable en el *Code* francés. Vid. op. cit. en nota 6, p. 19; MAZZAMUTO apunta que el principio «*nemo ad factum praecise cogi potest*» alcanza su definitiva celebración en el *Code* Napoleónico. Vid. op. cit. en nota 41, p. 35.

[132]Apunta BORRÈ que las ideas de la libertad individual reivindicadas en las revolución, hacen que el legislador francés rechace todo aquello que sonase a ofensa o pudiera ponerlas en peligro, de tal manera que, también, dicta una disciplina esencialmente negativa en relación al problema de la coercibilidad específica de las obligaciones de hacer, problema que, desde una ya antigua tradición, venía planteado en términos de libertad del deudor y de imposibilidad de constreñimiento de la voluntad humana. Vid. op. cit. en nota 6, pp. 19-20; en el mismo sentido MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 35.

[133]Artículo 1.142 *Code* francés: «*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intèrêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur*».

«Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la parte del deudor».

[134]Se ha señalado que el acreedor, en las obligaciones de hacer, tiene el derecho a reclamar la ejecución *in natura* de la prestación y que, en principio, la ejecución forzosa no queda excluida en estas obligaciones sino cuando el empleo de la fuerza vaya en contra de la libertad del individuo. La obligación de hacer, por ello, únicamente se ejecuta por equivalente cuando la coacción directa sobre el deudor pueda resultar imposible tanto desde el punto de vista físico como moral. Se concluye de este modo que cada vez que se pueda obtener la ejecución *in natura*, sin hacer daño al deudor, se admite el recurso a la misma, y que la obligación de hacer, en este sentido, se resolverá en daños y perjuicios solamente cuando la ejecución de la misma precise la intervención personal del deudor. Vid. CARBONNIER, *Droit Civil, T. 4, Les Obligations*, París, 1956, pp. 662-663; PLANIOL et RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français, T. VII, Obligations*, París, 1954, pp. 88 y ss; WEILL et TERRÉ, *Droit Civil. Les Obligations*, París, 1975, pp. 893-895; DUPONT DELESTRAINT, *Droit Civil. Les Obligations*, París, 1981, p. 95; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, *Droit Civil. Les Obligations, T. 2. Le Régime*, París, 1989, pp. 7 y 251-252.

No obstante, se ha señalado que esta norma se aplica únicamente a las prestaciones de hacer de caracter personal, es decir, aquellas que solo pueden ser cumplidas por el deudor, en tanto que sus cualidades personales han sido consideradas esenciales en el momento de constituir la obligación[135].

La mencionada regulación de las obligaciones de hacer se complementa en el *Code* civil francés con el artículo 1.144[136], que se aplica en los supuestos de obligaciones desprovistas de carácter personal, es decir, a aquellas prestaciones en las que la consideración de la persona del deudor no es esencial[137]. Esto supone la posibilidad de sustituir los actos del deudor por los de un tercero, y la consecución para el acreedor del resultado económico de la obligación a pesar de la inejecución por parte del deudor, en tanto que no recibe la prestación mediante su equivalente pecuniario, sino el cumplimiento *in natura*.

Asimismo, el acreedor, en este caso, no puede ejecutar por sí mismo la prestación, ya que, salvo urgencia justificada, necesita de la autorización del Tribunal[138].

Parece que con la regulación anteriormente expuesta, el *Code* retoma una posibilidad que ya había sido vislumbrada en la época de los Glosadores, cual es la de proceder, en caso de incumplimiento de la obligación de hacer, a la subrogación forzada del deudor[139].

Es evidente, por tanto, que el *Code* francés procede a un tratamiento diferenciado de las obligaciones de hacer. Por un lado, se aplica el principio general de la incoercibilidad

---

[135]Vid. WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, pp. 894-895; asimismo, CARBONNIER señala que también debe considerarse obligación de carácter personal aquella que implique acciones prolongadas en el tiempo, como por ejemplo la obligación de trabajador, ya que el deudor, en estos casos, no puede ser obligado por la fuerza, pues lo contrario supondría una verdadera situación de cautividad en la persona del obligado. Vid. op. cit. en nota 134, p. 663; vid. también DUPONT DELESTRAINT, op. cit. en nota 134, p. 95.

[136]Artículo 1.144 *Code* francés: «*Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui même l'obligation aux dèpens du débiteur*».

«El acreedor puede también, en caso de incumplimiento, ser autorizado a ejecutar el mismo la obligación a expensas del deudor».

[137]PLANIOL et RIPERT señalan que el acreedor puede ser autorizado para ejecutar la prestación por medio de un tercero, a expensas del deudor, si la consideración de la persona de aquel no es esencial. El acreedor obtiene la ejecución *in natura* de la prestación y para el deudor supone la transformación de la deuda original en una suma de dinero. Vid. op. cit. en nota 134, pp. 91-94; vid. igualmente CARBONNIER, op. cit. en nota 134, p. 242.

[138]Vid. en este sentido CARBONNIER, op. cit. en nota 134, p. 664.

[139]Cfr. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 46.

a aquellas prestaciones que solo pueden ser ejecutadas dentro del ámbito de la autonomía privada del deudor, el cumplimiento presupone el ejercicio, por parte del deudor, de poderes estrictamente personales y propios y como tales insubrogables. Por otro, cuando la obligación de hacer consista en una actividad que puede ser, de otro modo, hallada en el mercado, en este caso, el acreedor puede proceder, previa autorización del Tribunal, a la subrogación del deudor[140].

Paralelamente a la regulación normativa señalada, cuyo carácter principal es la ausencia de medios de ejecución directa en las obligaciones de hacer, surge en Francia una corriente jurisprudencial que crea, sin que parezca tener en cuenta el Derecho positivo, una línea de desarrollo de mecanismos de ejecución indirecta en las citadas prestaciones, que ha sido denominada *Astreinte*[141].

Se refiere la *Astreinte* a una condena judicial de carácter pecuniario pronunciada a razón de una concreta cantidad por día de retardo, (o mediante otra unidad de medida del tiempo), que está destinada a obtener del deudor la ejecución de una obligación de hacer, a través de la amenaza de una pena considerable, capaz de agravarse de forma indefinida[142]

Finalmente, cierto sector doctrinal admite que, de forma excepcional, el acreedor pueda obtener la ejecución directa, *manu militari*, del deudor de una obligación de hacer susceptible de ser cumplida en cierto espacio de tiempo. En este caso, el obligado puede ser compelido directamente a ejecutar la prestación mediante el auxilio de la fuerza pública[143].

---

[140]Vid. PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 134, pp. 86 y 87; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, op. cit. en nota 134, p. 251; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, pp. 893 y 894.

[141]Vid. PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 134, p. 97; BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 27; MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, pp. 52 y ss.

[142]Cfr. ESMEIN, M.A., *L'origine et la Logique de la Jurisprudence en Matière D'astreintes*, Revue Trimestrielle de Droit Civil II, 1903, pp. 5 y ss; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, pp. 898 y ss; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 134, p. 98-99 y 101 y ss.

[143]CARBONNIER señala que este procedimiento excepcional de ejecución directa en la obligación de hacer puede ser utilizado, por ejemplo, para hacer abandonar al deudor unas dependencias ocupadas indebidamente. Vid. op. cit. en nota 134, p. 664; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ se refieren a la utilización de este recurso a la fuerza pública para supuestos de expulsión de inquilinos o para tomar posesión de una cosa que debería haberse devuelto. Vid. op. cit. en nota 134, pp. 251-252.

1.1.4.2. LOS ARTÍCULOS 1.218 Y 1.220 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1865

La disciplina de las obligaciones de hacer en el Código Civil italiano de 1.865 aparece claramente influenciada por el *Code* francés[144]. Paralelamente al artículo 1.142 del *Code* Napoleónico, que señala que toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en una prestación indemnizatoria en caso de incumplimiento, aparece el artículo 1.218[145] en Italia.

La fórmula utilizada por el legislador italiano no es idéntica a la empleada en Francia en el artículo 1.142[146], y se ha comentado de la misma que estamos ante una variante resarcitoria para los supuestos de incumplimiento[147], en tanto que lo que se impone al deudor no es el mismo bien debido, sino uno distinto que consiste en el desembolso de una concreta suma de dinero[148].

---

[144]MAZZAMUTO señala que las novedades introducidas por el Código italiano con respecto al francés son de escaso relieve. Vid. op. cit. en nota 41, p. 65; vid. asimismo BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 25.

[145]Artículo 1.218 del Código Civil italiano de 1.865: «*Chi ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente e, in mancanza, al risarcimento del danno*».

«Quien ha contraído una obligación está obligado a cumplirla exactamente y, en su ausencia, al resarcimiento del daño».

[146]Apunta GIORGI que la redacción del artículo 1.218 italiano mejoró la disposición imperfecta del Código francés (refiriéndose al artículo 1.142). Consecuencia de la norma francesa, ya que cabría que el deudor eligiese entre el cumplimiento de la prestación o el resarcimiento del daño, es la posibilidad para el obligado de conversión de todas las obligaciones en facultativas: «consecuencia verdaderamente tan extraña y enorme que cambia completamente los principios más inconcusos de la teoría de las obligaciones. Sería tan paradójica y absurda que ni siquiera sus mantenedores la aceptarían si comprendieran todo su valor y la vieran en toda su desnudez». Señala asimismo que el argumento en virtud del cual toda obligación incumplida se resuelve en el resarcimiento del daño, debe ser tenido en cuenta para beneficiar al acreedor, y compensarle de la pérdida del cumplimiento específico de la obligación, y no debe ser entendido en provecho del deudor, y permitirle, en este sentido, cuando le sea más cómodo, entregar una cantidad de dinero en lugar de realizar el comportamiento pactado. Cfr. op. cit. en nota 75, p. 131; indica BORRÈ que el abandono de la fórmula del art. 1.142 del *Code* es consecuencia del intento, por parte del legislador italiano, de evitar la perplejidad y los equívocos que aquella normativa había provocado en la doctrina francesa. Vid. op. cit. en nota 6, p. 26.

[147]Indica GIORGI que se considera como Ley natural la obligación que se impone al autor de un incumplimiento de indemnizar los daños y perjuicios que el mismo ocasione. Esta ley natural encuentra su primer fundamento en lo establecido por el artículo 1.218 del Código italiano, en el sentido de la obligación del deudor incumplidor de resarcir el daño que haya causado al acreedor. Vid. op. cit. en nota 75, p. 133.

[148]En este sentido señala CHIOVENDA que la obligación de resarcimiento de daños, «consecuencia del incumplimiento de prestaciones no fungibles no es una medida particular de coacción puesto que sustituyendo una prestación por otra de aproximada equivalencia económica, la ley o la convención no se proponen asegurar al

También el acreedor tiene derecho a obtener el resarcimiento pecuniario, además de en aquellas hipótesis en las que se omitió el comportamiento debido, en los supuestos en los que, a pesar de haber logrado la prestación en forma específica, sufrió daños que no quedaron compensados con el mismo cumplimiento, y en aquellos otros en los que para conseguir dicha prestación, hubo de realizar gastos con carácter anticipado[149].

A pesar de que el artículo 1.218 italiano parezca elidir una reiterada proposición del principio «*nemo ad factum praecise cogi potest*» contenida en el artículo 1.142 del *Code*, no impide, sin embargo, que la disciplina contemplada en los artículos 1.220 y 1.222 del Código de 1.865, que regulan los supuestos de obligaciones de hacer y de no hacer, sea idéntica a la regulación que se hace, para los mismos tipos de obligaciones, en los artículos 1.143 y 1.144 del *Code* francés[150].

Del mismo modo, la doctrina italiana de la época admitió, en base a los artículos 1.220 y 1.222, que ante un incumplimiento del deudor, el acreedor pudiese, a pesar de que expresamente no estaba previsto en la normativa citada, obtener por sí mismo y sin necesidad de solicitar la intervención de una tercera persona, el cumplimiento en forma específica de la prestación[151].

No obstante, existe entre las disciplinas francesa e italiana una característica común, que supone la ausencia de medios procesales de ejecución coactiva del obligado al *facere*

---

acreedor el bien que le es debido, sino, en su lugar asegurarle otro bien». Vid. *Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I*, Madrid, 1922, p. 276; vid. asimismo MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 65.

[149]Cfr. GIORGI, op. cit. en nota 75, pp. 156-157.

[150]Señala GIORGI que los artículos 1.220 y 1.222 del Código italiano corresponden a los artículos 1.143 y 1.144 del *Code* Napoleónico, y conceden al acreedor la facultad de ejecutar por sí mismo, o por medio de un tercero, la prestación no realizada por el deudor, también, en el supuesto de prestaciones de no hacer, se otorga al mismo el poder destruir lo que el obligado ejecutó contraviniendo el tenor de la obligación. «He aquí, por tanto, otras nuevas especies en que el acreedor tiene la facultad de no contentarse con la equivalencia en dinero, y puede pedir en acción de resarcimiento la prestación en forma específica». Cfr. op. cit. en nota 75, p, 154; vid. también MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 65; BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 25.

[151]GIORGI indica que el art. 1.220 únicamente señala que el acreedor puede hacer ejecutar, a través de otras personas, la prestación que el deudor se negó a realizar. Pero el artículo 1.222 permite al acreedor destruir por sí mismo aquello que se efectuó contraviniendo la obligación. Ambos artículos consienten que el acreedor obtenga la prestación en forma específica, sin imponerle, en ningún caso, que se conforme con el equivalente pecuniario. Por ello, este autor señala que el espíritu de la Ley faculta para llegar a la conclusión según la cual el acreedor puede, por sí mismo o a través de un tercero, cumplir la obligación que el deudor omitió, puesto que, mediante ambas, se alcanza el mismo fin, que es el cumplimiento de lo pactado y la obtención del concreto resultado debido. Vid. op. cit. en nota 75, p. 156.

y, por esto, el resarcimiento del daño se constituye en la única sanción posible en caso de inejecución de la prestación de hacer[152].

Pero, al contrario de lo que sucedió en Francia, donde a pesar de la ausencia de mecanismos procesales de ejecución directa en las obligaciones de hacer, evolucionó una corriente jurisprudencial que desarrolló el uso y manejo de unos concretos medios de ejecución indirecta (*Astreintes*), en Italia no pudo verificarse la aparición de un dispositivo de efecto similar[153]. Aunque no faltaron, en aquel país, intentos de utilizar instrumentos propios de la jurisprudencia francesa, que consistieron en aplicar al incumplidor una sanción pecuniaria con la posibilidad de que la misma pudiera multiplicarse, de forma proporcional a la persistencia del deudor en la inejecución de la prestación[154].

La ejecución directa o *in natura*, para la doctrina mayoritaria de esta época, constituye la regla general en todas las especies de obligaciones. Esta fórmula carece de excepciones y únicamente se descarta su aplicación cuando existe algún impedimento para obtener el cumplimiento específico[155]. Esta imposibilidad es más frecuente en las

---

[152] Apunta BORRÈ que la característica fundamental, de la cual no puede prescindirse en la valoración de la disciplina de esta materia en la legislación de 1.865, está, en efecto, constituida por la ausencia de medios ejecutivos, de la completa falta, como en la legislación francesa, de una reglamentación procesal de tal instituto. Vid. op. cit. en nota 6, p. 26.

[153] Indica GIORGI que no existe fundamento legal ni legítimo que justifique la utilización, por parte de los Tribunales, de los mecanismos de las *Astreintes*. Tanto en el Código francés como en el italiano, sigue diciendo el autor, se habla de reparación de daños, y el fundamento de las *Astreintes* no es la reparación del daño sino que es la atención a la coacción del incumplidor contumaz. El fundamento de la citada práctica judicial para GIORGI no está, por tanto, ni en la Ley ni en la equidad, sino en el arbitrio, y afirma que, a lo sumo podría verse una manifestación de una necesidad *in iure condendo*. Por último, a la vez que niega la posibilidad de aplicación de penas judiciales, acepta que el Juez pueda liquidar los daños anticipadamente y señalar el tanto por día mientras dure el retraso, puesto que el Código, señala, admite la posibilidad de condenar al resarcimiento del daño y de liquidar la cifra de éste, que a su vez, se extiende al perjuicio futuro, «en cuanto sea cierta su existencia y posible determinar el *quantum*». Cfr. op. cit. en nota 75, pp. 212-217; vid. asimismo BORRÈ, op. cit. en nota 6, p. 27.

[154] BORRÈ advierte que estos intentos se produjeron sobre todo en el campo de las obligaciones de entrega de los hijos, así como también en las relaciones de vecindad y de la concurrencia comercial. Pero tales decisiones, sin embargo, quedaron en un estado de aisladas y esporádicas tentativas, inidóneas para dar lugar a aquel proceso de formación del *ius vivens*, que caracterizó, por el contrario, la práctica francesa de las *Astreintes*. Vid. op. cit. en nota 6, pp. 28 y 29; Vid. también MAZZAMUTO que sistematiza los intentos doctrinales que pretendieron demostrar la compatibilidad del sistema de ejecución indirecta francesa con la normativa italiana. Op. cit. en nota 41, pp. 72-75.

[155] GIORGI ha señalado que existen una serie de supuestos en los cuales está plenamente justificada la exoneración del deudor de la obligación de ejecutar la prestación en forma específica: cuando la misma es tan gravosa para el obligado que sería un evidente abuso imponérsela. Esta dificultad, para este autor, constituye una justa causa para autorizarle el cumplimiento por equivalente; también existe justa causa para el incumplimiento

obligaciones de hacer que en las de dar y, por ello, existe entre ambas una distinción que es más fáctica que jurídica. Sin embargo, se mantiene entre las mismas una diferencia de derecho que se refiere a la libertad humana. La libertad del hombre queda fuera de la relación obligatoria cuando se trata de una obligación de dar, puesto que la coacción se dirige hacia la cosa y no hacia el hombre. En las obligaciones de hacer entra en juego la libertad del hombre y, en este sentido, la prestación no puede ser ejecutada mediante violencia de clase alguna contra el deudor[156].

Por último, junto a estas posiciones va adquiriendo fuerza la distinción entre comportamientos fungibles e infungibles[157]. Cuando se trate de prestaciones no personales (fungibles), el acreedor podrá obtener la satisfacción específica de su crédito a través de su propia conducta o la de un tercero[158]. En este caso, el acreedor necesitará autorización judicial si, para obtener la prestación incumplida, es preciso que se introduzca en el patrimonio del deudor o de un tercero[159].

De otro modo, si nos encontramos ante un comportamiento infungible, la obligación se resuelve mediante indemnización de daños y perjuicios. Cuando la obligación consista

---

en forma específica cuando así se deduzca de los propios intereses de terceras personas o del interés público. Vid. op. cit. en nota 75, p. 132.

[156] GIORGI apunta que la voluntad del hombre no tolera apremio o coacción directa de clase alguna. Pero cabe la posibilidad de utilizar medios indirectos de coacción que dobleguen la voluntad del hombre hasta hacerle cumplir lo que debe. Estos medios indirectos pueden afectar a la persona del deudor, como el desaparecido arresto, o a su propio patrimonio, como las multas y las penas pecuniarias judiciales o convencionales. Vid. op. cit. en nota 75, pp. 213-214; vid. también MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 71 y esp. en nota 19.

[157] Vid. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 71.

[158] Señala GIORGI que el hecho de pedir, en los casos necesarios, la prestación específica, es una facultad, no una obligación del acreedor. Por otro lado, indica que el acreedor no puede negarse a recibir el cumplimiento *in natura* cuando el deudor esté en condiciones de efectuarlo, aunque se realice con retraso, en cuyo caso habrá de resarcir los daños moratorios. Se exceptúan las hipótesis en las que el cumplimiento retrasado haya disminuido o perdido toda la utilidad posible para el acreedor, que podrá, por ello, rechazarlo. Vid. op. cit. en nota 75, pp. 157-158.

[159] GIORGI apunta que solamente se requiere la autorización judicial cuando el acreedor deba poner las manos en el patrimonio del deudor o de un tercero, dando como ejemplos el de entrar en un jardín ajeno para cortar árboles o entrar en la casa de otro para reparar una pared medianera. Asimismo señala que el deudor no podrá ser obligado a soportar los gastos que el acreedor haya efectuado, para obtener la prestación, si el Juez los considera excesivos. El Juez, en su caso, no podrá conceder una forma distinta de resarcimiento de la pedida por el acreedor, es decir, no podrá conceder el resarcimiento de los daños cuando haya sido pedida la autorización para obtener el cumplimiento específico, o ésta en lugar de aquél. Vid. op. cit. en nota 75, pp. 156-157.

en la realización de un hecho estrictamente personal del deudor, de tal manera que, si el mismo no lo cumple no puede ser efectuado por otra persona, el acreedor tendrá que aceptar y, sin posibilidad de elección, conformarse con el equivalente pecuniario[160].

1.2. LA CONSIDERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE HACER EN LAS DOCTRINAS DEL PRESENTE SIGLO

1.2.1. CONCEPTO Y DIFERENCIAS CON LA OBLIGACIÓN DE DAR

Para cierto sector de la doctrina, el contenido de toda obligación puede consistir únicamente en un hacer o en un no hacer, es decir, éste puede ser positivo o negativo según consista en el desarrollo por parte del obligado de una concreta conducta o actividad, o en la verificación de una determinada abstención u omisión[161].

Dentro de las positivas, se distingue entre prestaciones personales que son aquellas que implican para el deudor la puesta en marcha de sus energías físicas o psíquicas, y prestaciones reales que comportan tanto la intervención del patrimonio del obligado como de las cosas que tiene en su posesión, así como la devolución de aquéllas que hubiera recibido para utilizarlas[162]. En este caso, el hacer supone la realización, por parte del deudor, de una actividad de muy diversa naturaleza en interés del acreedor, la cual incluye, además, a la prestación de dar[163]. Lo que, en definitiva, la caracteriza y, a su vez, la distingue de la

---

[160]Cfr. GIORGI, op. cit. en nota 75, p. 159.

[161]Vid. VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones, Tomo I*, Madrid, 1934, p. 33; DE CUPIS, *Istituzioni di Diritto Privato, II*, Milano, 1975, p. 86; BARASSI, *Instituciones de Derecho Civil, Volumen II*, Barcelona, 1955, p. 118.

[162]VON TUHR señala como ejemplos de prestaciones personales, la de servicios, la gestión de negocios, la custodia de un objeto, el suministro de informes, la rendición de cuentas, etc., y de prestaciones reales el traspaso de la propiedad, pagos de dinero, cesión de créditos u otros derechos o renuncia a los mismos, así como la cesión del uso de una cosa como en los arrendamientos. Vid. op. cit. en nota 161. p. 33 y 34; vid. asimismo MANRESA, *Comentario al artículo 1.088 del Código civil, Comentarios al Código civil español, Tomo VIII, Volumen I*, Madrid, 1950, p. 18.

[163]DE CUPIS señala que el hacer consiste en una actividad, de diversa naturaleza, que el deudor debe ejecutar en interés del acreedor, puede consistir en el dar, esto es en procurar una cosa al acreedor, poniéndola a su disposición o en su detentación mediante la entrega o también, haciendo adquirir la propiedad al mismo acreedor. Vid. op. cit. en nota 161, p. 86; para ENNECCERUS el hacer comprende también el dar, y el omitir

obligación de no hacer, es que la citada actividad supone la modificación o la mutación de una concreta situación predeterminada y anterior a la realización de la misma[164].

La ciencia jurídica del presente siglo, al estudiar el concepto de obligación de hacer, se divide en dos grandes grupos. El primero de ellos engloba a aquellos autores que hacen referencia a tal noción mediante una aproximación de carácter negativo, es decir, definen la obligación de hacer por exclusión de la de dar y, por ello, para estos autores supone toda aquella conducta del deudor que no implique dar o entregar una cosa[165]. Para estos autores, en definitiva, la obligación de hacer viene siendo entendida como una categoría residual dentro de las obligaciones de dar[166].

---

abarca igualmente el tolerar. Vid. *Derecho de obligaciones, Volumen 2, Doctrina Especial 2ª parte*, Barcelona, 1933, p. 18; vid. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español, Tomo III, Obligaciones y Contratos, Volumen I*, Barcelona, 1966, p. 104 y nota (6). Asimismo, PÉREZ GONZALEZ y ALGUER, en las notas a la obra de ENNECCERUS citada, apuntan: «Ya expusimos que el artículo 1.088 del C.c. dice que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer. Estas tres modalidades en que se resuelve la obligación, constituyen propiamente la prestación; en síntesis, una acción o una omisión. Mas no se entienda por ello que en nuestro derecho positivo se confundan las prestaciones de dar y de hacer, pues el C.c. las regula separadamente (arts. 1.094, 1.095, 1.096, 1.097, 1.098, 1.099, etc.)». *Anotaciones a la obra Derecho de Obligaciones de ENNECCERUS, Vol. 2, 2ª parte*, Barcelona, 1933, p. 8.

[164]Cfr. DE CUPIS, op. cit. en nota 161, p. 87.

[165]Para SCAEVOLA la obligación de hacer es aquella que no supone la entrega de una cosa, sino únicamente la realización de un hecho. No obstante, señala que estos actos, que constituyen el objeto de las obligaciones de hacer, suelen tener carácter material, o sea, tienen como resultado final una cosa o un objeto concreto. Pero también pueden ser actos plenamente inmateriales y, en este sentido, en tanto que las obligaciones de dar requieren en todo momento referirse a una cosa concreta, esta intangibilidad supone la principal diferencia entre ambos tipos de obligaciones. Vid. op. cit. en nota 55, pp. 370 y 425; vid. asimismo PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Volumen II, Derecho General de Obligaciones*, Barcelona, 1959, p. 212; COLIN y CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo 3, Teoría General de las Obligaciones*, Madrid, 1960, p. 21; PUIG PEÑA, op. cit. en nota 163, p. 104; BONET RAMÓN, *La Prestación y la Causa Debitoria, Revista de Derecho Privado*, 1968, p. 213; BRANCA, *Instituciones de Derecho Privado*, México, 1978, p. 267; CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo 3, Derecho de obligaciones*, Madrid, 1986, p. 165; MARTÍN PÉREZ, *Comentario al artículo 1.098 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Volumen 1*, Madrid, 1989, p. 328; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 244; ALBALADEJO, *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Volumen 1*, Barcelona, 1994, p. 37. En contra de estas posturas se pronuncia MORENO QUESADA, quien muestra su asombro ente el hecho de que habitualmente suela definirse la obligación de hacer de forma negativa, señala que esto es debido a que ni la doctrina ni el legislador han profundizado sobre el concepto de obligación de hacer. Indica, además, que en el Código Civil las obligaciones de hacer son una excepcionalidad. La importancia que se la ha dado a las obligaciones de dar, dentro de la categoría general de obligaciones positivas, tiene como consecuencia que hayan sido clasificadas como obligaciones de dar y no de dar y, por ello, estas últimas forman una categoría residual que provoca que sean definidas por exclusión. Vid. *Problemática de las Obligaciones de Hacer*, Revista de Derecho Privado, Tomo LX, 1976, p. 468.

[166]Vid. MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 165, p. 328; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 468.

El segundo grupo de autores, define la obligación de hacer sin vincularla de forma negativa a la de dar y, en este sentido, entienden que la misma compromete el desarrollo, por parte del deudor, de aquella conducta a la que se ha obligado en el momento de constitución del vínculo jurídico[167].

Lo que distingue a las obligaciones de hacer de las de dar es que en las segundas las cosas que constituyen su objeto, adquieren una mayor relevancia jurídica que el comportamiento del deudor, puesto que aquí la conducta del obligado es solo un medio para la consecución del resultado último al que ésta tiende, que es la cosa debida[168]. Por el contrario, en las obligaciones de hacer es la realización de la conducta debida lo que satisface el interés del acreedor en el cumplimiento y, por tanto, desde el punto de vista del objeto de la prestación, el comportamiento tiene una mayor relevancia sobre cualquier otra consideración en la obligación[169].

---

[167]Se destaca en estas doctrinas que el comportamiento del deudor es lo que las define y caracteriza. Vid. RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Volumen I*, Madrid, 1931, p. 35; SANTOS BRIZ, *Derecho Civil. Teoría y Práctica, Tomo III, Derecho de obligaciones*, Madrid, 1973, p. 71; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 261; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 469; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español, Volumen III, Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1983, p. 54; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983, p. 121 y *Obras Completas, Tomo III, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1988, p. 70; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, op. cit. en nota 134, p. 7; BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo I*, Buenos Aires, 1989, p. 18; MALAURIE et AYNÉS, *Cours de Droit Civil, Tome IV, Les Obligations*, París, 1993/1994, p. 12; LASARTE, *Principios de Derecho Civil, Tomo 2, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1994, p. 75.

[168]Sin embargo, apunta SCAEVOLA que, en muchas ocasiones, la distinción entre ambos tipos de obligaciones presenta grandes dificultades de orden práctico, en tanto que entiende que casi todas las obligaciones de hacer vienen referidas o están íntimamente relacionadas con cosas y, por ello, la mayoría de éstas son, en el fondo, obligaciones de dar. De esta manera, por ejemplo, la obligación de pintar un cuadro no se ejecuta exclusivamente con la realización de la conducta de pintarlo, sino que precisa la entrega del mismo al acreedor. Para el autor, en este supuesto podría afirmarse que el acto de pintar es un medio cuyo fin y, en definitiva, objeto de la prestación, es el traspaso posesorio de la pintura realizada. Se hace, de esta manera, continúa este autor, necesario, para identificar una concreta relación obligatoria, averiguar cual es la conducta principal que deberá desarrollar el deudor, cuestión que será resuelta de forma casuística, analizando caso por caso. Habrá que atender en cada supuesto concreto al género de cada obligación y a sus diferentes características para poder distinguir en hipótesis complejas de qué obligación se trata. Cuando concurran en el mismo contrato la realización de conductas referentes a cosas y a servicios o hechos «será preciso extraer todos los accidentes extraños al contrato y examinarlos en su natural sustantividad e independencia». Cfr. op. cit. en nota 55, pp. 372-374.

[169]MORENO QUESADA señala que en las obligaciones de hacer es la realización de la conducta: «lo que satisface el interés del acreedor o, por lo menos, es lo que el deudor debe llevar a cabo para que así sea». Cfr. op. cit. en nota 165, p. 469; FERRONI indica que es necesario verificar cuando el comportamiento del deudor asume un relieve tal, a los fines de satisfacción del interés creditorio, por representar el momento caracterizador de la entera relación obligatoria, que será, por ello, clasificada como obligación de hacer. En las obligaciones de hacer, el comportamiento jamás es accesorio o inútil, ni siquiera cuando éste se refiere a una cosa concreta. Obligación de hacer en sentido técnico, por tanto, es aquella obligación en la cual el comportamiento, deducido como objeto

También se ha señalado como fundamento diferenciador entre las obligaciones de dar y las de hacer, la necesidad de que en las segundas se exija siempre la actuación personal del deudor, mientras que en las primeras esta intervención puede faltar. En este caso, en las obligaciones de dar la (in)fungibilidad se plantea en relación al objeto de la prestación, siendo éstas fungibles desde el punto de vista del sujeto, mientras en las obligaciones de hacer este carácter se refiere a la conducta del obligado[170].

Se ha puesto igualmente de relieve que la diferencia entre ambos tipos de obligaciones recae sobre el plano del cumplimiento de la obligación. Ambas han de ser ejecutadas en los mismos términos en que fueron contraídas, sin embargo, el cumplimiento en las obligaciones de dar supone la obligación de entregar la cosa debida junto con la conservación de la misma hasta que sea entregada; en las de hacer, el deudor únicamente está obligado a ejecutar el hecho en que la prestación consista[171]. Igualmente, el cumplimiento de las obligaciones de hacer recae sobre la propia persona obligada, al contrario que en las de dar en las que el cumplimiento de las mismas está vinculado a la cosa

---

de la relación, es necesario y esencial para la producción del resultado útil para el acreedor, y esto tanto para las hipótesis en las cuales la utilidad se derive de una cosa, objeto de la prestación de hacer, como en aquellas en las que el comportamiento debitorio represente el mismo el resultado útil. Vid. *Obblighi di Fare ed Eseguibilità*, Camerino, 1983, pp. 145-146 y 147.

[170]BARASSI señala que en las obligaciones de hacer puede incluirse la actividad insustituible del deudor, como en las prestaciones de carácter artístico o de patentes, de otro modo, en las obligaciones de dar la actividad del deudor viene definida como medio posiblemente sustituible por otros, por lo que la cosa debida, en caso de incumplimiento puede ser alcanzada coercitivamente en forma específica en beneficio del acreedor. Cfr. *La Teoría Generalle delle Obbligazioni, Vol I, La Struttura*, Milano, 1946, p. 98; para ESPÍN CÁNOVAS la principal diferencia entre las obligaciones de dar y las de hacer consiste en que en las primeras la actividad del deudor es generalmente sustituible, y en las segundas, por el contrario, dicha actividad es con mayor frecuencia insustituible. Sin embargo, señala, que no cabe formular esta regla como categórica, en tanto que habrá que estar a la voluntad de las partes en cada caso. Vid. op. cit. en nota 167, p. 54; BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN apuntan que en las obligaciones de dar no es frecuente que existan circunstancias que justifiquen que el acreedor tenga un interés legítimo en aceptar la prestación exclusivamente del propio deudor. Lo que ocurre con gran frecuencia en las obligaciones de no hacer, donde es difícil imaginar supuestos en los que no tenga relevancia el carácter personalísimo de la prestación. Vid. *Comentario al Artículo 1.161 del Código Civil, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XVI, Volumen 1*, Madrid, 1991, p. 73; VERDERA SERVER al analizar el comentario de BERCOVITZ y VALLADARES indica que parece interpretarse del mismo que la obligación de hacer se encuentra en medio de la infungibilidad de las prestaciones de no hacer y la fungibilidad de las de dar, ésta calificación va a depender de las circunstancias particulares de la relación obligatoria. Vid. *El Cumplimiento Forzoso de las Obligaciones*, Bolonia, 1995, p. 248, nota (4); en contra se manifiesta SCAEVOLA en tanto que señala que no es necesaria la intervención personal del deudor en toda obligación de hacer, ya que existen múltiples ejemplos en los que desde un primer momento se confía a terceras personas el cumplimiento de la prestación. Vid. op. cit. en nota 55, p. 370.

[171]Vid. GIORGI, op. cit. en nota 75, pp. 17, 18, 27 y 28.

objeto de la prestación[172].

Por último, se ha destacado que, entre las pautas para distinguir estas dos especies de obligaciones, en las prestaciones de hacer adquiere una relevancia especial el proceso productivo, mientras que en las de dar se prescinde del mismo y se procura la cosa como resultado de la actividad del deudor[173]. Esta distinción influye en la consideración que se proponga del concepto prestación, si ésta se formula únicamente como entrega de la cosa, nos encontramos ante una obligación de dar en la que el proceso productivo se evalúa como diligencia en el cumplimiento de la prestación y, en este sentido, estamos ante una actividad preparatoria del mismo que tiene el valor jurídico de carga. De otro modo, si se considera en el concepto de prestación el proceso productivo, nos hallamos ante una obligación de hacer en la que la entrega de la cosa se considera como un acto posterior al cumplimiento y valorable como obligación complementaria[174].

1.2.2. CARACTERES DE LA OBLIGACIÓN DE HACER

Nota común a las obligaciones de hacer es el grado de discrecionalidad que tiene el deudor de las mismas para llevar a cabo la prestación y es que, como ha sido puesto de manifiesto, administrar los intereses de un menor, cuidar de un asunto ajeno o hacer una obra, hay muchas maneras de efectuarlo en la práctica, procedimientos cuya elección y ejecución quedan al arbitrio del deudor[175]. Este carácter adquiere una mayor relevancia

---

[172]MANRESA apunta que en las obligaciones de hacer y en las de no hacer es la persona del deudor sobre la que recae el cumplimiento de la prestación, en las de dar el cumplimiento se encuentra en estrecha conexión con la cosa, «cuya propiedad, tenencia, etc., ha de ser transferida». Cfr. op. cit. en nota 162, p. 18.

[173]Indica BADOSA que la propia terminología de los artículos 1.098 y 1.088 (hacer alguna cosa) propone la diferenciación entre la obligación de dar y la de hacer si la cosa de referencia se comprende desde el punto de vista material: «el criterio distintivo entre la obligación de hacer y la de dar, es que en la primera se prima el proceso productivo y en la segunda se prescinde del él y se atiende a la cosa como resultado». Cfr. *Comentario al Artículo 1.098, Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 28.

[174]Cfr. BADOSA, op. et loc. cit. en nota 173.

[175]FERRONI habla de la posibilidad de elección del deudor entre varios comportamientos alternativos y equivalentes entre sí, a los fines de satisfacer igualmente el interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación. Señala que existen supuestos en los cuales no existen comportamientos alternativos y equivalentes entre sí en el ámbito en el cual el deudor pueda ejercitar libremente su elección. Hace referencia a la actividad de transporte de cosas perecederas (productos alimentarios). El deudor no tendrá la posibilidad de elegir el medio de transporte, sino

cuando el cumplimiento de la obligación se realiza dentro de la propia esfera personal de actuación del deudor[176]. La discrecionalidad que tiene el deudor en el cumplimiento de la obligación se transmite al objeto de la misma, sin embargo, no afecta, en modo alguno, ni a la existencia de la obligación ni a la determinación de su objeto. Ésta no hace referencia al cumplimiento de la obligación, en tanto que únicamente afecta a la precisión o especificación de su objeto. Supone, por ello, la aptitud para escoger las actuaciones precisas que supondrán el cumplimiento de la obligación. Implica, asimismo, que el deudor tiene libertad para concretar, dentro de los mismos términos fijados por la propia prestación, cómo será el objeto de la obligación y no cuál es el mismo[177].

De otro lado, la obligación positiva de hacer consiste en el desarrollo, por parte del deudor o de sus auxiliares, de una actividad típicamente personal, actos que, por regla general, constituyen prestaciones de servicios de muy diversa y variada clase[178]. Implican, en este sentido, la realización de una determinada conducta, tendente a la satisfacción del interés del acreedor, donde el comportamiento del deudor es la característica más relevante

---

que deberá necesariamente escoger uno provisto de cámara frigorífica. Así como tampoco tendrá la opción de seleccionar varios trayectos, en tanto que habrá de tomar la ruta más corta. La elección de un medio de transporte inadecuado o de una ruta diferente o más larga, puede llevar a un deterioro en la calidad del producto transportado, lo cual será considerado como un cumplimiento inexacto de la prestación. Vid. op. cit. en nota 169, pp. 151-152, nota (309).

[176]Indica MORENO QUESADA que la discrecionalidad del deudor en la ejecución de la prestación, especialmente cuando ésta se desenvuelve en su esfera jurídica, puede dar lugar a considerar que el objeto del derecho del acreedor no esté constituido por la actividad del deudor sino por el *opus* o resultado que viene obligado a lograr. Vid. op. cit. en nota 165, p. 469.

[177]BADOSA apunta que la discrecionalidad no afecta a la existencia de la obligación, ni se refiere al cumplimiento de la misma, lo cual sería opuesto al concepto de necesidad jurídica, sino que únicamente alude a la concreción del objeto de la obligación. Tampoco afecta al requisito de la determinación, lo cual queda probado por la existencia en el Código Civil de otros supuestos en los que también se compatibilizan determinación de la prestación y margen de discrecionalidad del deudor. Se señalan como ejemplos, aquellas prestaciones cuyo objeto es una cosa designada sólo por el género o especie y su cantidad (arts. 1.273 y 1.445 C.c.). Vid. op. cit. en nota 35, pp. 494 y ss.

[178]Para HERNÁNDEZ GIL la prestación positiva de hacer se define por sí sola, en tanto que, consiste en una actividad que en sí misma agota el contenido posible de la prestación. Vid. *Derecho...*, cit. en nota 167, p. 121; para BADOSA el artículo 1.098 del Código Civil hace referencia a varias pautas de determinación del objeto de la obligación de hacer, este objeto recibe en nuestro Código diversas denominaciones, siendo la más extendida la de servicio (arts. 1.100 II.2, 1.135 II, 1.136 III, 1.150, 1.254, 1.271 III, 1272) Aunque, señala, otras veces se utiliza la palabra hecho (art. 1.166 II) y también la expresión prestación (arts. 1.147 I, 1.157, 1.161, 1.184). Vid. op. cit. en nota 173, pp. 28 y ss.

de las mismas[179]. En la prestación de hacer se compromete en un mayor grado la actividad individual del obligado que su propio patrimonio personal y, de esta manera, su concepto depende, en cierta medida, de las corrientes de pensamiento gestadas en una sociedad determinada y en un concreto Ordenamiento Jurídico, puesto que a la concepción de la obligación de hacer se vinculan siempre los criterios específicos que se tengan sobre la libertad de la persona, su voluntad y su iniciativa económica[180].

La conducta del deudor en estas obligaciones puede asimismo estar referida a cosas concretas[181]; en estos casos, el comportamiento del deudor se sitúa en un plano principal respecto a las cosas a las que se refiere[182]. El hacer del obligado, por ello, puede dirigirse hacia la fabricación o elaboración de una cosa concreta[183], o no tener la cosa como

---

[179]Vid. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 469 y HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit. en nota 167, p. 102.

[180]MAZZAMUTO indica que la obligaciones de hacer y de no hacer, por su naturaleza propia, implican mayormente la actividad personal del deudor que su propio patrimonio y tocan, por tanto, el substrato ideológico de los diversos ordenamientos, o sea, los principios de la libertad de la persona, de la libertad de su querer, de la libertad de su iniciativa económica. Vid. op. cit. en nota 41, p. 2.

[181]MORENO QUESADA señala que las prestaciones de hacer más numerosas se encuentran vinculadas a cosas concretas. Vid. op. cit. en nota 165, pp. 476-477; FERRONI indica que existen prestaciones de hacer que tienden a la producción de una cosa. Como por ejemplo, en el arrendamiento de obra, cuya prestación consista en la construcción de un edificio, en éste, el objeto de la obligación se identifica con el propio edificio. El edificio representa un *quid* distinto del *facere* del deudor. La cosa representa el punto de referencia objetivo de la actividad del deudor. Vid. op. cit. en nota 169, pp. 97-101; ZARRELLI apunta que en algunas hipótesis el *facere* tiende a la producción de una cosa, así que ésta constituye el resultado de la prestación, el hecho-*fatto*: en la prestación de construir un edificio, por ejemplo, el resultado de la actividad debida es una cosa, el edificio, que constituye el hecho-*fatto*, objeto de la prestación de hacer. Vid. *Fungibilità ed Infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969, p. 92; vid. también COLIN Y CAPITANT, op. cit. en nota 165, p. 21.

[182]MORENO QUESADA indica, en este sentido, que las cosas quedan en un plano secundario, como una simple referencia pasiva, con respecto al comportamiento que constituye el objeto de la prestación. Vid. op. cit. en nota 165, pp. 476 y 477.

[183]Cfr. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 477; Señala BADOSA, a propósito del resultado de la actividad del deudor, que el Código Civil los regula como supuestos en los que la prestación debida incluye no solamente la simple actividad del obligado sino también su resultado material al que designa como obra: «La obra, en esta figura jurídica (arrendamiento), se presenta siempre como un resultado material que puede ser una nueva cosa (especificación) o incorporada a una cosa cuya especie no cambia. En el primer caso (arts. 1.588, 1.589 y 1.590), es el efecto de aplicar un trabajo o industria por parte del arrendador a unos materiales, proporcionados por él mismo o por el arrendatario, dando lugar a la aparición de una cosa de nueva especie, que en virtud de las reglas de la especificación deviene propiedad del arrendador hasta que éste la transmite al arrendatario [...] Al lado de esta noción de obra como nueva especie, existe un segundo tipo: la obra como resultado de un trabajo que se incorpora a otra cosa preexistente afectando sólo a su estado o a su forma (art. 1.600). La dualidad jurídica trabajo-resultado ya no existe. Sólo existe el trabajo y una entidad que funciona como soporte material suyo. No hay una nueva entidad a la que buscar un titular. La obra se incorpora a la cosa en calidad de accesorio suyo y la propiedad

resultado, aunque su actuación se encuentre ligada a aquélla, en tanto que ya existía con anterioridad a la ejecución de la prestación, como ocurre con la actividad de transporte de mercancías[184], en este caso, el objeto de la obligación lo constituye la utilidad que de la actuación del deudor pueda desprenderse para la cosa[185].

Igualmente, la misma actuación del deudor puede constituir el resultado que conforma la finalidad a la que tiende la relación obligatoria, nos encontramos ante las obligaciones de puro o simple hacer en las que la actividad que constituye el objeto de la

---

de aquella pasa a medida que se realiza a la de ésta en virtud de la accesión. Este tratamiento jurídico se pone claramente de relieve en el art. 1.600 que presupone la ajenidad de cosa y obra, al atribuir como única garantía al deudor de la retribución, el derecho de retención (art. 453 y 1.922,1°)». Cfr. op. cit. en nota 35, pp. 533-534-535; por su parte, TRABUCCHI es partidario de considerar a la obligación de ejecución de obra con aportación de materiales por el deudor, como de contenido mixto entre la prestación de dar y la de hacer. Vid. *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1993, p. 486.

[184]MORENO QUESADA señala que en este supuesto la prestación de hacer no tiene por objeto una cosa, aunque ésta sea el punto de referencia objetivo de la conducta, la cosa no constituye el resultado de la prestación, y señala como ejemplos el transporte y la custodia. Vid. op. cit. en nota 165, p. 477; ZARRELLI observa asimismo que la preexistencia de la cosa al *facere* no tiene por qué ser cronológica, pudiendo los bienes futuros ser objeto de derechos. La cosa que debe ser transportada o custodiada existe independientemente de la actividad del deudor, la cual tiende a producir un hecho consistente en un modo de ser o estar de la cosa. Objeto de la prestación de custodiar es la conservación de la cosa en el mismo estado y lugar. Objeto de la prestación de transportar es el llevar una cosa a un determinado lugar. Vid. op. cit. en nota 181, pp. 92-93; en el mismo sentido FERRONI, op. cit. en nota 169, pp. 101 y 102.

[185]ZARRELLI hace referencia a este efecto señalado, al afirmar que la prestación no tiene por objeto la cosa sino la utilidad que atañe a la misma. Vid. op. cit. en nota 181, pp. 92 y 93; en el mismo sentido se pronuncia FERRONI, que afirma que en estos casos se puede notar una dificultad para individualizar un objeto de la obligación distinto de la prestación en sí misma. Se trata de señalar que siempre, en términos generales y absolutos, existe un objeto como resultado distinto de la misma prestación. Pero cuando se dice que objeto de la prestación de custodiar es "la conservación de la cosa", no se hace otra cosa que describir el contenido de la prestación en su momento dinámico; en otros términos, se considera el comportamiento del deudor como actividad en fase de desarrollo y no se puede afirmar que el interés del acreedor esté satisfecho por un evento distinto de la prestación a la que el deudor está obligado. Se ha exactamente afirmado, sigue diciendo el autor, que toda conducta humana puede ser considerada dinámicamente, en su desenvolvimiento (actividad), o estáticamente, en cuanto ya desarrollada (acto), pero esto constituye una duplicidad de visiones relativas a un mismo fenómeno. Así que, cuando la conducta del deudor no produce modificaciones (en sentido lato) del mundo natural o jurídico, ésta misma constituye, la mayoría de las veces, el resultado útil al cual tiende el acreedor. Análogas conclusiones pueden extraerse para la obligación de transporte. Se afirma que en esta hipótesis el objeto de la prestación consiste en un mero hecho útil para el acreedor, [hecho -resultado- que es distinto de la prestación (*facere*) -medio-]. Vid. op. cit. en nota 169, pp. 101-102-103; vid. también SCHLESINGER, *Riflessioni sulla Prestazione Dovuta nel Rapporto Obbligatorio*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1959, p. 1280; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 477; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV, Obligaciones y Contratos, Volumen I*, Madrid, s.f., p. 71; BARBERO, *Sistema del Derecho Privado III, Obligaciones*, Buenos Aires, 1967, p. 14.

prestación no incide en modo alguno sobre las cosas[186].

El mero comportamiento diligente puede integrar también el objeto de la obligación de hacer, en este caso, la diligencia forma parte de la actividad que constituye el mismo[187].

La diligencia puede entenderse en un doble sentido. En un sentido subjetivo, puede percibirse como propensión psíquica, tensión de la voluntad, esfuerzo, inclinación, empeño, atención, cuidado que ha de tener el deudor en el cumplimiento de la obligación, y dirigido hacia la salvaguarda o amparo de los intereses del acreedor[188]. Asimismo, en sentido

---

[186]SCAEVOLA apunta que la obligación de hacer puede también referirse a hechos concretos de carácter inmaterial, en este caso, éstas se diferencian, por su propia naturaleza, de la obligación de dar en tanto que éstas últimas requieren siempre la referencia a una cosa determinada. Concibe como obligaciones de hacer que no necesitan de medios materiales, la de pensar en un asunto, formar un juicio, etc. Vid. op. cit. en nota 55, p. 370; ZARRELLI señala que en estas hipótesis el *facere* y el hecho, aún siendo distinguibles, constituyen una misma realidad en el mundo de los fenómenos, en el sentido que la actividad debida (prestación) no produce una modificación del mundo exterior sino mediante la recepción por otros sujetos de la misma actividad. Tal ocurre, por ejemplo, con la prestación de tocar un instrumento musical. Vid. op. cit. en nota 181, p. 94; para MORENO QUESADA la actuación del deudor se manifiesta en un comportamiento totalmente desvinculado de cosa material de clase alguna: «el actuar debido se agota en una conducta desconectada por completo de cualquier cosa o ente objetivo», y señala como ejemplo la prestación que consiste en dar un recital de canto. Cfr. op. cit. en nota 165, pp. 476-477; FERRONI apunta que en la obligación de puro hacer, el interés del acreedor está dirigido a la prestación en sí misma considerada, y no hacia un evento distinto de la prestación, y esto ocurre porque se verifica una relación de coincidencia entre la actividad del deudor y el resultado que representa la finalidad de la relación. Se está en presencia de obligaciones en las cuales es la prestación en sí misma considerada la que realiza el interés creditorio y no un *quid* (objeto) distinto de la misma. Y señala como ejemplos de este tipo de obligaciones la del profesor de impartir clases, la del médico, la del abogado, la de un atleta y la de una bailarina. Vid. op. cit. en nota 169, pp. 108-109 y 157-158; vid. también SCHLESINGER, op. cit. en nota 185, pp. 1280-1281. Por otro lado, COLIN y CAPITANT señalan que los actos a los que el deudor se puede comprometer también podrán tener carácter jurídico, como por ejemplo los actos del arrendador de transmitir la posesión de la cosa arrendada.Vid. op. cit. en nota 165, p. 21; en el mismo sentido ENGEL, *Traité des Obligations en Droit Suisse*, Neuchatel, 1973, p. 69.

[187]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 35, p. 33; MENGONI, *Obbligazioni di Risultato e Obbligazioni di Mezzi*, Rivista del Diritto Commerciale, 1954, pp. 193 y ss.

[188]MENGONI, por su parte, formula un concepto subjetivo de la diligencia a la que atribuye una doble significación. Desde un punto de vista técnico jurídico, la diligencia es una cualidad subjetiva de una determinada actividad y, en este sentido, significa esfuerzo, celo, estudio, atención al fin. En este caso, la función técnica de la diligencia importa no tanto al cumplimiento cuanto a la conservación de la posibilidad de cumplir. En efecto, para este autor, esta es la principal función de la diligencia, es decir, la conservación de la posibilidad de cumplir. El segundo significado que atribuye a la diligencia es la consideración de la misma como pericia. En relación a las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad técnica, señala este jurista, la diligencia se utiliza para designar no solamente el esfuerzo, la aplicación de la tensión de la voluntad del deudor, sino también para la ejecución experta de la prestación y, por consiguiente, la precisión del resultado, en el grado requerido por la relación obligatoria. Se habla de trabajo diligente para señalar el quehacer bien hecho, con pericia, acorde a las reglas del arte, o sea, se habla de una evaluación acerca de la calidad del resultado conseguido, sobre la correspondencia de éste al objeto del derecho del acreedor. En los supuestos de obligaciones que tienen por objeto una prestación delimitada por la diligencia del buen padre de familia, observa MENGONI que el conceto técnico de la diligencia se reduce en los términos de un deber de esfuerzo a los fines de comportarse como tal. La observancia de este deber de esfuerzo es, para este jurista, habitualmente la medida del caso fortuito. Vid. op. cit. en nota 187, pp. 193 y ss.; BADOSA discrepa de esta visión de la diligencia de MENGONI y señala, a este propósito, tres insuficiencias en

objetivo puede interpretarse como conducta materialmente identificable, en este caso, se concibe como una mera expresión formal de una conducta determinada en relación a una actividad debida -artículo 1.094 del Código civil[189]- o legítima -artículo 1.555. 2° del Código civil[190]-, y cuyo contenido material deberá establecerse con arreglo a un específico patrón de comportamiento, como, *v. gr.*, el del buen padre de familia o el de la pericia[191].

En este sentido, cabría señalar dos concretas funciones materiales de la diligencia. Ésta puede incorporarse o participar de la actividad que constituye su objeto. Actividad que, como ya ha sido señalado, puede ser considerada como jurídicamente debida, en cuyo caso, conformaría el objeto de una obligación de hacer -prestación-[192]; o calificada como

---

la construcción teórica del mismo. La primera de ellas surge cuando se está ante las funciones de la diligencia. El conceto subjetivo de MENGONI únicamente es compatible con la función *promotora* de la diligencia, no con la función *integradora* de la misma y para la cual el concepto técnico de diligencia es inservible. Por este motivo, señala BADOSA que el autor a quien critica utiliza un significado ulterior de la diligencia que es el concepto de pericia «cuya cualidad de actividad es innegable». Y en esta cuestión se observa el segundo defecto de tal tesis: la diligencia objetiva, que no es un significado ulterior de la subjetiva, supone un alcance distinto y difícilmente conciliable con el técnico de la misma. La tercera incorrección de MENGONI aparece «cuando debe enfrentarse con el hecho de que la diligencia en sentido técnico (no la pericia cuya objetividad es indudable) constituye el objetivo de determinadas obligaciones [...] el concepto técnico aparecerá simultáneamente como esfuerzo y como comportamiento con lo que consigue a la vez, mantener la correspondiente diligencia-culpa y crear la nueva diligencia-cumplimiento. Con este desdoblamiento impuesto por la función *integradora* de la diligencia aparece la contradicción básica del meritorio razonamiento del Autor: la diligencia que como concepto técnico es subjetiva, se convierte (a través del citado desdoblamiento) en objetiva por exigencias de su función *integradora*. Es más, esta noción objetiva de diligencia carece propiamente de acomodo en la concepción global de MENGONI: no pertenece a la diligencia en sentido técnico porque no es subjetiva, tampoco en su sentido ulterior porque siendo objetivo no constituye pericia». Cfr. op. cit. en nota 35, pp. 169-170.

[189]Artículo 1.094 del Código civil «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia».

[190]Artículo 1.555.2° del Código civil. «El arrendatario está obligado: 2ª A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra».

[191]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 35, pp. 34 y ss.

[192]Se pueden citar como ejemplos el del tutor que está obligado a administrar el caudal de su pupilo con la diligencia de un buen padre de familia *ex* artículo 270; el deudor de una obligación de dar alguna cosa está, asimismo, obligado a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia *ex* artículo 1.094; el mandatario que no recibe las instrucciones de su mandante ha de ejecutar el encargo como lo haría un buen padre de familia *ex* segundo párrafo del artículo 1.719; del mismo modo, el gestor oficioso habrá de desempeñar su cometido con toda la diligencia de un buen padre de familia según el artículo 1.889; lo mismo para el depositario de bienes secuestrados, que está obligado a cumplir, respecto de ellos, todas las obligaciones de un buen padre de familia *ex* artículo 1.788.

actividad jurídicamente legítima[193]. En estas hipótesis, a la función de la diligencia, que integra o forma parte de la actividad jurídicamente calificada a la que se refiere, se la califica como de *integradora*. En un segundo aspecto, la diligencia no forma parte de la actividad que constituye su objeto, sino que se mantiene ajeno a ella, y se ciñe, exclusivamente, a promover materialmente su existencia, su finalidad es meramente instrumental, o sea, dar lugar al cumplimiento de la obligación, a la realización de otra actividad de naturaleza distinta que es la prestación, se hace referencia aquí a la función *promotora* de la diligencia. El Código civil alude a esta función en su artículo 1.104[194].

Por otro lado, la realización de tal conducta diligente es considerada como cumplimiento de la obligación, mientras que su transgresión o falta se entiende como contravención o incumplimiento.

Cuando la actividad que constituye el objeto de tales obligaciones se caracteriza por la producción de un resultado, la diligencia se constituye en elemento que identifica jurídicamente a ese concreto resultado. En este caso, pudiera parecer que la diligencia queda fuera de la prestación, pues el indicador del cumplimiento de la misma es precisamente la efectiva producción de ese concreto resultado, pero, aunque el *opus* debido sea esencial como elemento que identifica a la prestación, no se descarta que esta función identificadora se infiera materialmente de la existencia de la diligencia en la actividad. El resultado adecuado y correctamente elaborado es la consecuencia o el efecto de la actuación diligente y experta del deudor, por ello, la diligencia sí que forma parte de la actividad debida, pero ésta no califica, de forma directa, a la actividad debida, sino que interviene sobre el

---

[193]Se trata del supuesto del arrendatario en el uso de la cosa arrendada *ex* artículo 1.555.2°.

[194]Cfr. BADOSA, que, además, señala que, desde un punto de vista jurídico, el Código civil asigna a la diligencia tres distintas funciones, si a esta última se la considera como punto de vista bajo el cual la contempla en relación con el sujeto. Las dos primeras funciones aprecian al sujeto como deudor, la tercera hace abstracción de tal calidad. La primera función es la exigibilidad, «Corresponde a la diligencia material promotora del cumplimiento de una obligación (art. 1104) y a la que materialmente integra la actividad de conservación de la cosa específica debida (art. 1094)»; la segunda es el deber de prestación, «Corresponde a la diligencia que integra materialmente una actividad que constituye el objeto de una obligación de hacer (arts. 270, 1719, 1889) de la que comparte la calificación jurídica: prestación debida»; y la tercera contempla al sujeto como mediador en asuntos ajenos, «Su función es la de legitimar la actividad intromisiva a la que materialmente integra». Cfr. op. cit. en nota 35, pp. 167-214.

resultado, que es el elemento que define a la prestación[195].

De otro modo, cuando en esta actividad falta el resultado, el criterio identificador del mismo es la propia diligencia. En estas hipótesis nos encontramos ante una de las manifestaciones de la *función integradora* de la diligencia, que se presenta cuando la misma se erige en fundamento para la identificación de la prestación en una obligación de hacer. La diligencia, en este caso, interviene como elemento calificador de la actividad debida, y aparece de forma más evidente la función de aquélla como objeto de la obligación, por lo que se considera incumplimiento de la misma cuando tal actividad debida no pueda equipararse a la diligencia señalada. Como ya se indicó, existen tres supuestos en el Código Civil de este tipo de obligaciones, la tutela, el mandato y la gestión de negocios ajenos, la nota común de estas tres obligaciones es que la actividad jurídicamente debida se aparta del dato de la obtención de un resultado, pero, sin embargo, se utiliza el criterio de la diligencia del buen padre de familia para su identificación.

De otro lado, en aquellas obligaciones en las que la prestación debida no solamente incluye la mera actividad sino además su resultado material, que el Código Civil denomina obra, se precisa de un modelo de conducta distinto al del buen padre de familia, es decir, requieren la *pericia o habilidad técnica* como modelo de conducta definitorio de su exacto cumplimiento[196]. La pericia, en estos casos, se constituye en elemento integrador de la prestación debida, configura, de esta manera, el contenido de la prestación cuando ésta se concibe como esquema de la actividad a realizar[197].

Finalmente, los servicios también pueden formar parte del objeto de la obligación de

---

[195]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 35, p. 512.

[196]La pericia es un modelo de conducta integrado por las reglas o técnicas propias de un oficio o arte concreto, indica un modo de conducta, un esquema de actuación que debe ser llenado por un modelo profesional. A su vez, implica siempre una determinada habilidad técnica y puede ser definido como la diligencia de un experto.

[197]BADOSA señala que la ejecución de la prestación conforme a las reglas de la pericia se considera cumplimiento de la obligación. En sede de cumplimiento, la pericia constituye el contenido de la prestación, cuando la misma se define como modelo de la actividad que debe ser efectuada. En estos casos, el autor indica que la pericia no puede desempeñar el elemental papel instrumental que regula el artículo 1.104. Vid. op. cit. en nota 35, p. 538.

hacer[198]; en este caso, lo que los caracteriza es su inmaterialidad en el momento de constitución del vínculo obligacional, éstos adquirirán su materialidad-tangibilidad cuando la prestación sea ejecutada[199], por ello su existencia, en la obligación de hacer, se encuentra vinculada al cumplimiento de la prestación.

En los servicios esta existencia espiritual o ausencia de materialidad externa, al margen del cumplimiento, provoca que en la obligación no exista un período previo de conservación distinto del período de cumplimiento de la misma[200]. Sin embargo, cuando se trata de obligaciones de hacer personalísimas, son las cualidades y las circunstancias individuales del deudor las que atribuyen al servicio la nota de infungibilidad, lo que permite que en las mismas pueda hablarse de un período previo de conservación[201].

---

[198]SCAEVOLA expone que la utilización de la expresión *servicio* puede llevar a algún error si se la valora únicamente desde el plano de la posible utilidad que el mismo pueda tener para el acreedor, puesto que no es necesario que el acto le resulte útil para que la obligación sea válida y exigible. La utilidad que el servicio tenga para el acreedor, solamente se valorará a los efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios en los casos en que proceda. Vid. op. cit. en nota 55, pp. 372 y 373.

[199]Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 170, p. 271; FERRONI, op. cit. en nota 169, pp. 97-104; BADOSA señala que el servicio en las obligaciones de hacer sólo existe si la prestación se realiza, en tanto que supone un factor puesto por el cumplimiento de la obligación. Vid. op. cit. en nota 35, p. 344.

[200]BADOSA señala que en los servicios no existe un período de conservación diverso al de cumplimiento, al contrario de lo que ocurre con las cosas ciertas y determinadas, en las que existe un período de conservación previo y diferente del período de cumplimiento de la obligación, porque las cosas tienen una existencia independiente del cumplimiento. En los servicios su existencia se encuentra vinculada al cumplimiento de la obligación y fuera de éste únicamente tienen una existencia intelectual. Se podría decir, apunta el autor, que la imposibilidad del servicio tiene como consecuencia el incumplimiento de la obligación. Así que, concluye, en los servicios no se puede considerar que se constituya un período de conservación. Vid. op. cit. en nota 35, p. 351; acerca de la distinción período de conservación-cumplimiento de la obligación, vid. OSTI, op. cit. en nota 1, pp. 418-419 y ss.; MENGONI, op. cit. en nota 187, pp. 193 y ss.

[201]El deudor debe conservar, cuidar y proteger las habilidades o aptitudes técnicas imprescindibles para el cumplimiento de la obligación. Las cualidades personales del obligado no constituyen el objeto de la prestación, que sigue siendo el servicio debido, sino que son una proyección de su propia personalidad. A este respecto BADOSA indica que nos encontramos ante un elemento que cualifica el servicio y lo individualiza: «es el que atribuye al servicio la nota de infungibilidad indispensable para que pueda hablarse de período de conservación». Esto tiene como consecuencia la aplicación del artículo 1.094 del Código Civil a los servicios infungibles. Cfr. op. cit. en nota 35, p. 351-352.

2. FUNGIBILIDAD E INFUNGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE HACER

2.1. INDIVIDUALIZACIÓN Y AUTONOMÍA DEL CONCEPTO

El concepto de (in)fungibilidad, dentro de la Teoría general de las obligaciones, ha sido utilizado por la doctrina con referencia a múltiples y heterogéneas instituciones jurídicas[202], y no siempre se la ha reconocido un significado autónomo. En algunas ocasiones, a propósito de las cosas objeto de las obligaciones de dar, ha sido tratado en plano de igualdad, junto al de la genericidad de la relación obligatoria, afirmándose, por consiguiente, una estrecha coincidencia entre ambas categorías[203].

No obstante, y a pesar de lo anterior, ambas expresiones presentan contenidos diversos y, por ello, son completamente diferentes entre sí[204]. En efecto, se sostiene que la fungibilidad, con especial mención a la obligación de dar, es una cualidad de las cosas objeto de la prestación que permite que, siendo éstas igualmente idóneas para satisfacer el interés

---

[202]Señala ZARRELLI que el concepto de fungibilidad ha sido empleado, entre otros, con referencia al mutuo, al depósito irregular, al cuasi-usufructo, a la compensación, al cumplimiento del tercero, a la imposibilidad sobrevenida de la prestación y a los negocios traslativos de propiedad. Vid. op. cit. en nota 181, p. 13, nota 1.

[203]DÍEZ-PICAZO apunta que si entendemos el concepto de fungibilidad en un sentido más estricto, éste hace alusión a la idoneidad de las cosas para ser sustituidas unas por otras, el interés del acreedor, en este caso queda igualmente satisfecho con aquellas cosas que tienen la particularidad de ser intercambiables entre sí, en tanto que todas pertenecen al mismo conjunto o reúnen las mismas características señaladas, y es en este sentido en el que ambas categorías jurídicas, fungibilidad-genericidad, aparecen plenamente idénticas: «tiene razón BARASSI cuando señala que el carácter genérico de la obligación y la fungibilidad son ideas perfectamente sinónimas y que además esta sinonimia responde a la función económica del tipo de obligaciones que estudiamos». Cfr. op. cit. en nota 4, p. 293.

[204]Para CAFFARENA en nuestro Código civil existen artículos que demuestran que la fungibilidad y la genericidad son categorías distintas. Señala que la fungibilidad es una cualidad de las cosas que es independiente de la forma en que se integren en la concreta relación jurídica, y la genericidad y la especificidad están vinculadas a la manera en la que las cosas se encuentren determinadas en la concreta relación. Indica que el artículo 1.161, que diferencia entre las cosas pertenecientes a un género, no tendría sentido si la fungibilidad y la genericidad hicieran referencia al mismo criterio. Asimismo, continúa, el artículo 1.452 ofrece una clara pauta de diferenciación entre ambas categorías, en su apartado 2º se aplica la regla general del riesgo en la compraventa a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, la llamada venta en bloque, «y la razón no es otra sino la de que se trata de una compraventa específica en la que el objeto está determinado individual y específicamente. En la mente del legislador no se descarta, por tanto, que cosas fungibles sean *determinadas en la relación obligatoria específicamente*». Cfr. *El requisito de la identidad del pago en las obligaciones genéricas*, Anuario de Derecho Civil, 1985, p. 913, nota 15.

del acreedor, puedan intercambiarse unas por otras, sin que ello suponga modificación alguna en la relación jurídica original[205]. Mientras que el carácter genérico de la obligación es una forma de individualización de la cosa con referencia al género en el que se encuentra incluida[206].

En otros términos, la obligación fungible estaría caracterizada por la ausencia de aquella condición de rigidez objetiva, al facilitar, de esta forma, la sustitución de unas cosas por otras, en tanto que la obligación infungible, por el contrario, tendría como objeto de la prestación cosas no intercambiables entre sí, al no existir en sede de cumplimiento posibilidad de que el deudor pueda elegir entre ellas[207].

De esta manera, el elemento obligatorio sobre el que se formula el juicio de (in)fungibilidad estaría constituido por la cosa, objeto de la prestación de dar. No la cosa en sí misma considerada, en base a criterios objetivos, sino a ésta en la función que está destinada a desarrollar en la concreta relación obligatoria en la que se inserta[208].

La fungibilidad, en este sentido, sería una cualidad del objeto de la prestación que

---

[205]Indica ZARRELLI que la fungibilidad es la cualidad de las cosas objeto de la prestación que, sobre la base de un juicio de equivalencia funcional, formulado en una concreta relación obligatoria en términos jurídicos, sean igualmente idóneas para satisfacer el interés del acreedor, y por esto, intercambiables entre sí, cual referencia objetiva del cumplimiento de la obligación. Vid. op. cit. en nota 181, pp. 129 y ss.

[206]FENOY PICÓN señala que por género se entiende «la representación intelectual de un conjunto de cosas que tienen en común la posesión de una o varias características». Cfr. *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del Ordenamiento español)*, Madrid, 1996, p. 10; para DÍEZ-PICAZO el género «está formado por un conjunto de cosas, en el que todas presentan las características contempladas como decisivas de la obligación. Es nota distintiva del género en sentido jurídico la homogeneidad de los elementos que lo componen». Cfr. op. cit. en nota 4, pp. 291-292.

[207]FERRONI apunta que la fungibilidad supone una cualidad de las cosas que las hace intercambiables entre sí, por ser todas ellas igualmente idóneas para satisfacer el interés del acreedor. Las obligaciones infungibles, por el contrario, tendrían como objeto de la prestación cosas no sustituibles con otras, no existiendo posibilidad de elección en el cumplimiento. Vid. op. cit. en nota 169, p. 129.

[208]ZARRELLI señala que esto significa que la misma cosa puede ser fungible o infungible en relación a su sustituibilidad o insustituibilidad en la relación de la que es parte. Esta cualificación no afecta a la cosa como elemento genérico de la realidad, sino a la cosa en cuanto elemento de la relación obligatoria, esto es, a la cosa como objeto de la prestación. Solamente en relación al objeto de la prestación el concepto de (in)fungibilidad puede tener relevancia, y sobre todo, puede tener una función en términos de interpretación. No tiene sentido una (in)fungibilidad referida a elementos diversos. La calificación de (in)fungibilidad, no puede ser investigada en consideración de las cualidades naturales de los bienes, sino de la función que éstos tienen en la concreta relación obligatoria. Porque, continúa este jurista, el examen acerca de la (in)fungibilidad va dirigido directamente hacia el objeto de la prestación, en cuyo ámbito es siempre posible establecer la unidad o la pluralidad de las cosas que pueden satisfacer el interés del acreedor, prescindiendo de valoraciones extrañas al problema. Vid. op. cit. en nota 181, pp. 50-58; vid. también FERRONI, op. cit. en nota 169, pp. 129-130.

no tendría significado alguno fuera de una específica relación obligatoria[209]. Esto supone que una misma cosa puede ser fungible o infungible según su aptitud para ser sustituida o no en la concreta obligación de la que forma parte. De este modo, deberá establecerse, a los efectos de determinar la (in)fungibilidad de una concreta relación obligatoria, si en la misma su objeto está constituido por una sola cosa insustituible o si, por el contrario, éste comprende varios bienes que se caracterizarían por poseer una relación de equivalencia funcional, de tal modo que la prestación pueda ser ejecutada mediante la entrega indiferenciada de una cualquiera de ellas[210].

Si el objeto de la prestación está constituido por cosas entre las que el deudor no tiene posibilidad de elegir a efectos del cumplimiento, en el sentido de que solamente con una de ellas es posible la satisfacción del interés creditorio, nos encontramos ante prestaciones infungibles. Si, de otro modo, el objeto de la prestación comprende cosas en cantidad superior a la debida, de modo que se admite que el obligado pueda elegir una de entre ellas, todas igualmente idóneas para satisfacer al acreedor, estamos ante prestaciones fungibles. En estas últimas, el objeto se configura de forma elástica por cuanto existe para el deudor la posibilidad de elegir en la concreta prestación en la que se encuentra obligado. Por ello, también se ha afirmado que la fungibilidad y la infungibilidad de la obligación vienen determinadas mediante la observación de la amplitud del objeto de la prestación[211].

---

[209]MONTESANO observa que la infungibilidad del bien, objeto de la prestación no debe ser entendida en sentido absoluto, sino referida a la concreta estructura de la relación obligatoria, según haya sido configurada por las partes y especialmente a la utilidad que la misma tenga para ellas. Tal infungibilidad, continúa, subsistirá siempre cuando se trate, por ejemplo, de deberes inherentes a la vecindad de dos fundos, de pactos de no concurrencia en relación a ciertos productos especificados por las partes, de obligaciones que nacen de la lesión de derechos absolutos y, en general, cuando la cosa o la utilidad perseguida por el acreedor esté determinada, en el sentido que el interés que se quiere concretamente proteger, deba ser satisfecho con aquella cosa o utilidad y no con alguna otra. Vid. *Esecuzione specifica*, Enciclopedia del Diritto, T. XV, Milano, 1966, p. 541.

[210]ZARRELLI apunta que en la obligación fungible, varias cosas, no solamente una, constituyen todas el objeto de la prestación, aunque únicamente se entregue una de ellas. «Objeto de la prestación, en efecto, es el bien al cual tiende el interés del acreedor; en las obligaciones fungibles, existe un interés del acreedor que tiende a una pluralidad de cosas, cuyo número es mayor que la cantidad debida [...] todas las cosas fungibles se encuentran en el mismo plano, teniendo todas la misma aptitud para satisfacer el interés del acreedor». Cfr. op. cit. en nota 181, pp. 50-51y 57-61.

[211]ZARRELLI, a este respecto apunta lo siguiente: «Según la construcción propuesta, la sustituibilidad o la insustituibilidad del objeto de la prestación no está determinada en virtud de características objetivas de equivalencia, sino de la estructura de la relación; se deduce, por ello, que el interés del acreedor a una cosa particular, con exclusión también de otras absolutamente equivalentes, halla o no halla tutela en consideración a la amplitud del objeto de la prestación, que puede comprender una o más cosas, según los criterios descritos». Cfr.

Igualmente, a los efectos de la valoración de la (in)fungibilidad, el interés del acreedor, en la concreta relación jurídica, constituye un elemento de gran importancia. En este sentido, se ha señalado que la disciplina de las obligaciones tiende, ante todo, a asegurar al acreedor el exacto cumplimiento de la prestación y, por ello, únicamente se concibe una modificación de los elementos destinados al cumplimiento si se respetan tales intereses[212].

Asimismo, los valores sociales y económicos que determinados bienes posean, y en tanto éstos puedan tener características materiales similares, constituyen un importante elemento de juicio a los fines de determinar cuando un específico bien sea fungible o infungible, y de ahí, si existe o no la posibilidad de que uno o varios bienes puedan alcanzar el mismo resultado satisfactivo para los intereses del acreedor[213].

Por último, presupuesto esencial de esta posibilidad de sustitución es que no se produzca una modificación sustancial de la obligación original. Si la sustitución implica una novación, tanto subjetiva como objetiva de la relación obligatoria, o bien supone prestación de cosa diferente de aquella debida, nos encontramos fuera del concepto de (in)fungibilidad. Es imprescindible, por lo tanto, que la inicial relación obligatoria no sufra alteración alguna, y que la misma se extinga mediante la ejecución de la prestación debida[214].

De este modo, puede señalarse que el problema de la (in)fungibilidad se reconduce, en definitiva, a la averiguación de aquellas hipótesis que se caracterizan por la sustituibilidad o la insustituibilidad de un concreto elemento de la relación obligatoria.

---

op. cit. en nota 181, pp. 61 y ss.

[212]Cfr. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953, pp. 61 y ss.

[213]ZARRELLI señala que estos valores de los bienes constituyen un elemento de la actividad interpretativa acerca del carácter fungible o infungible de los bienes e, igualmente, esta actividad interpretativa «puede estar dirigida hacia las características de algunas cosas que pueden confundirse materialmente con otras similares, y hacia el carácter consumible de algunos bienes en relación al poder de satisfacción de los mismos: pero se trata de elementos mediatos, porque el examen va dirigido directamente al objeto de la prestación, en el ámbito del que es siempre posible establecer la unidad o la pluralidad de las cosas que puedan satisfacer el interés creditorio, prescindiendo de valoraciones extrañas al problema». Cfr. op. cit. en nota 181, p. 58.

[214]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, pp. 833-852.

2.2. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA (IN)FUNGIBILIDAD EN LA OBLIGACIÓN DE HACER

La anterior construcción, que ha sido elaborada para la obligación de dar, tiene el mérito de haber conducido el debate acerca de la (in)fungibilidad al plano de la relación obligatoria, así como centrar su estudio no en la cosa en sí misma considerada, sino en cuanto se encuentra dirigida hacia la satisfacción del interés del acreedor y se apoya, fundamentalmente, en la apreciación de que el interés del acreedor está encaminado hacia la consecución del bien objeto de la prestación[215].

No obstante, estas conclusiones alcanzadas en las obligaciones de dar, no pueden generalizarse para las de hacer, y es, dentro de estas últimas, en las obligaciones de puro hacer[216] donde esta Teoría encuentra sus principales dificultades de aplicación[217].

---

[215]Cfr. FERRONI, op. cit. en nota 169, pp. 129-130; ZARRELLI, op. cit. en nota 181, pp. 54-55 y 91 y ss.

[216]A propósito de la clasificación de las obligaciones de hacer, desde el punto de vista de su objeto, en «*de puro hacer* y *relativas a cosas*». Vid. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, pp. 476 y ss.

[217]Para FERRONI las conclusiones acerca de la (in)fungibilidad en la óptica interna de la obligación, y con referencia a las obligaciones de dar pueden compartirse, pero no cabe su generalización para toda clase de obligaciones. Critica este autor a la doctrina que examina, en tanto que indica que ésta se mueve desde el presupuesto según el cual siempre es posible distinguir entre prestación y objeto de la prestación. Pero se ha visto que esto no resulta veraz, o al menos demostrado, en algunas obligaciones de hacer y de no hacer. Y, precisamente, al aplicar las conclusiones, asumidas para las obligaciones de dar, a este tipo de obligaciones es donde la Teoría en cuestión encuentra sus mas profundas dificultades. En este sentido, este autor, apunta que no es absolutamente cierto que para las obligaciones de hacer, que tengan como referencia objetiva una cosa, como, *v. gr.*, el transporte o la custodia, puedan aplicarse las mismas conclusiones alcanzadas, en términos de (in)fungibilidad, para las obligaciones de dar. Habrá que analizar la variable relación de prevalencia, actividad del deudor-cosa objeto de la prestación-entrega de la misma, que pueda existir entre la prestación de hacer, en sentido propio, y la prestación de dar. Será, por tanto, necesario verificar caso por caso si la prestación de dar es meramente accesoria, representando por ello un aspecto no absorbente en el cumplimiento, así como también si constituye la fase final y conclusiva del mismo; o si, por el contrario, resulta prevalente la de hacer sobre aquélla, en la economía general de la relación obligatoria y con el propósito de la satisfacción del interés del acreedor. Vid. op. cit. en nota 169, pp. 130-132; por su parte ZARRELLI se manifiesta en contra, pues opina que las conclusiones alcanzadas en el plano de la (in)fungibilidad en las obligaciones de dar pueden extenderse también para las obligaciones de hacer que se refieran a cosas, como, *v. gr.*, el transporte de mercancías, realización de una obra o la actividad de custodia. En estas hipótesis, es la cosa la que constituye el punto de referencia objetivo de la obligación de hacer, la que es susceptible de una valoración en términos de (in)fungibilidad y, por ello, es posible que ésta pueda ser sustituida por otra u otras. La cosa, objeto de una prestación de dar, es siempre susceptible de una valoración en términos de fungibilidad o infungibilidad, también, por ello, en los supuestos de cosas producidas, transportadas o custodiadas (para las obligaciones de hacer tales como el arrendamiento de obras, el transporte o la custodia), no se revela, según este jurista, ninguna diferencia en la cualificación entre éstas y aquellas hipótesis examinadas a propósito de las obligaciones de dar. Vid. op. cit. en nota 181, pp. 95-96.

La obligación de hacer podría ser considerada como aquella en la cual el comportamiento objeto de la prestación es necesario y esencial a fin de alcanzar la producción del resultado útil para el acreedor[218].

Dentro del círculo de tales obligaciones, en determinados supuestos, el *facere* se desenvuelve hacia la producción de una cosa, de manera que ésta constituye el resultado de la prestación[219]. En otras hipótesis, la prestación de hacer no tiene como resultado una cosa, aunque ésta sea el punto de referencia objetivo de la actividad del deudor, sino que la misma tiende a la producción de una determinada utilidad que se refiere a la específica cosa y que, en este caso, define el objeto de la prestación[220]. Por último, en otros casos, es la prestación en sí misma considerada la que satisface el interés del acreedor, se suele hablar entonces de obligaciones de puro hacer, aquí, el *facere* y el hecho-objeto de la prestación constituyen una misma realidad, ambos están conformados por la actividad del deudor[221].

Para algún autor el concepto de (in)fungibilidad, dentro de las obligaciones de hacer, viene determinado según que el deudor de las mismas se encuentre obligado a ejecutar una prestación que suponga la realización de hechos materiales, o bien una actividad artística o cualificada. Las primeras serían fungibles, mientras que en las segundas nos encontraríamos ante prestaciones infungibles en tanto que éstas últimas supondrían la concurrencia de una preparación o una cualidad especial en el deudor[222].

De otro lado, se habla de (in)fungibilidad en el sentido de que este concepto hace

---

[218]Cfr. FERRONI, op. cit. en nota 169, p. 147.

[219]Vid. ZARRELLI, op. cit. en nota 181, pp. 92 y ss.; FERRONI, op. cit. en nota 169, pp. 98 y ss. Ambos autores coinciden en señalar, como ejemplo de este tipo de obligaciones, al contrato de arrendamiento de obra que consista en la construcción inmobiliaria, en este caso, el edificio-obra constituye el resultado del comportamiento del deudor y representa un *quid* distinto del *facere* del deudor. Vid. también MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, pp. 476 y ss.

[220]ZARRELLI señala que estos supuestos se presentan cuando la misma cosa preexiste a la relación obligatoria, como en el caso del transporte de mercancías. Vid. op. cit. en nota 181, pp. 92-93; FERRONI, se pronuncia en los mismos términos, pero, sin embargo, observa que en estos casos existe una cierta dificultad para individualizar un objeto de la prestación distinto de la propia prestación como comportamiento. Vid. op. cit. en nota 169, p. 102; vid. asimismo SCHLESINGER, op. cit. en nota 185, pp. 1280 y ss.

[221]Vid. FERRONI, op. cit. en nota 169, pp. 108 y 131; ZARRELLI, op. cit. en nota 181, p. 94; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, pp. 476-477.

[222]Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigaçoes*, Lisboa, 1968, p. 211.

referencia a la posibilidad de sustituir a un elemento concreto de la relación obligatoria, por lo tanto, parece que estaríamos en presencia de una equiparación entre los significados de sustituibilidad e (in)fungibilidad. El elemento al cual va referido el juicio de (in)fungibilidad sería, en este caso, el objeto de la prestación, cuya modificación no supusiera daño alguno para el interés del acreedor. Supone, en este sentido, que como presupuesto esencial de esta modificación se configura la no alteración de la original relación obligatoria a través de la señalada sustitución de su elemento objetivo[223]. De otro modo, si esta sustitución supone una modificación de la relación obligatoria original, sería necesario el consentimiento del acreedor, sin el cual toda alteración en estos elementos sería contraria a sus intereses[224].

Frente a estos criterios, un sector de la doctrina ha sostenido que debe ser el interés del acreedor el patrón determinante a la hora de configurar una singular prestación como

---

[223]Indica ZARRELLI que solamente en relación al objeto de la prestación el concepto de fungibilidad e infungibilidad puede tener relevancia y, sobre todo, puede tener una función en términos de interpretación. No tiene sentido una fungibilidad referida a elementos diversos. Hay que tener en cuenta, además, que, para este autor, el interés del acreedor, el mismo elemento teleológico de la relación obligatoria, se configura como imprescindible a los fines del juicio sobre la (in)fungibilidad -art. 1.173 C. civ. it.-. No puede prescindirse del interés del acreedor, que constituye el principal elemento de tutela del derecho de crédito. Para este jurista, la cosa constituye la entidad a la cual directamente tiende el interés del acreedor; por ello, toda indagación relativa a la cosa debe tener en cuenta la función de ésta. En las obligaciones de hacer, este autor, distingue según se trate de prestaciones de hacer relativas a cosas o de puro hacer. En el primer caso, se aplicarán las mismas conclusiones alcanzadas para las obligaciones de dar, en tanto que en ambos tipos de obligaciones el objeto de las mismas está constituido por una cosa; en las segundas, su objeto está conformado por la prestación, entendida como comportamiento debido, en éstas solamente cabría hablar de (in)fungibilidad en el sentido de sustitución de los sujetos obligados, toda vez que el comportamiento, en sí mismo considerado, no sería susceptible de calificarse en términos de (in)fungibilidad; para este civilista, un problema que no se refiera a la sustituibilidad del objeto o de los sujetos, en realidad no existe. «Puede ser sustituible esta o aquella cosa, este o aquel sujeto, pero no este o aquel comportamiento». Cfr. op. cit. en nota 181, pp. 54-55 y 97 y ss.; por su parte, MORENO QUESADA con apoyo en el párrafo segundo del artículo 1.161 de nuestro Código civil observa que no es posible, en las obligaciones de hacer, el cambio de un hecho por otro contra la voluntad del acreedor. La razón de esta concepción es, para este civilista, el que se estaría infringiendo la condición de identidad en el cumplimiento de la obligación, por lo que siempre podrá ser rehusado por el acreedor. Para este autor, no es posible modificar el *facere* del deudor en la concreta obligación, puesto que tal cambio no supondría simplemente la modificación de un elemento de la prestación, sino de la prestación misma. Vid. op. cit. en nota 165, p. 473; en contra de los dos criterios anteriores se manifiesta FERRONI que señala que si en la obligación de hacer la prestación es el bien al cual tiende y en el que se satisface el interés del acreedor, no se ve por qué en esta hipótesis no pueda referirse el juicio sobre la (in)fungibilidad al elemento prestación. «Si con relación a las obligaciones de dar la esencia del concepto de fungibilidad ha sido exactamente individualizada a través de la formulación de un juicio de "equivalencia entre cosas, en vista de la satisfacción de un cierto interés", y relacionado en el ámbito de una relación jurídica determinada, igualmente puede decirse, para las obligaciones de puro hacer, que la fungibilidad emerge de un juicio de "equivalencia entre comportamientos (prestaciones) en vista de la satisfacción de un cierto interés", deducido en un relación jurídica determinada. Esta conclusión no parece que pueda ser seriamente criticada, si se asume que la prestación, en las obligaciones en examen, representa ella misma el resultado, constituye el bien que satisface el interés del acreedor». Cfr. op. cit. en nota 169, pp. 156-162.

[224]Vid. NICOLÓ, *Adempimento. Diritto Civile*, Enciclopedia del Diritto, T. I, Milano, 1958, p. 562.

fungible o infungible. Si el acreedor permite el cumplimiento de la obligación por un tercero, ésta será fungible. Si, por el contrario, aquél tiene interés en que sea el propio obligado el que personalmente ejecute la prestación y, en caso de incumplimiento, únicamente cabría el resarcimiento del daño causado, tal obligación se considerará como infungible[225].

Se ha considerado que la anterior doctrina no debe ser aceptada, fundamentalmente, por dos motivos. De un lado, porque con su criterio se cambian los términos de la cuestión, pues, en cada caso, se califica la naturaleza, que hace referencia a la (in)fungibilidad, por los efectos, que aluden a la posibilidad de sustituir la prestación. En este supuesto, lo correcto sería que los efectos, posibilidad de sustitución, surjan con independencia de la voluntad de las partes y de acuerdo con la naturaleza que tenga la prestación. Y, de otro, el segundo motivo de rechazo supone que no existe motivo alguno para que se atribuya al acreedor tal elección, lo cual significaría tanto como negar la fungibilidad de las obligaciones de hacer y ello porque tal concepto supone la posibilidad de sustitución y la propia naturaleza de la obligación, de este modo considerada, impondría el cambio incluso en contra de la expresa voluntad del acreedor[226].

Por otro lado, para otros autores, es el propio artículo 1.161 del Código civil[227] el que especifica las pautas determinantes de la (in)fungibilidad[228]. Será necesario que, en estos

---

[225]Vid. por todos a ANDRIOLI que señala que el único parámetro, acerca de la (in)fungibilidad es ofrecido por el interés del acreedor. Si éste considera exacta la ejecución de la prestación por un tercero en lugar de la actividad personal del deudor, opta por la ejecución en forma específica, y no puede imputar a otra persona las desventajas que eventualmente pudieran derivársele; si, de otro modo, no estima exacta la prestación del tercero, escoge, por lo tanto, el resarcimiento del daño. *Comentario al artículo 612 del Codice di Procedura Civile. Commento al Codice di Procedura Civile, Vol. III*, Napoli, 1957, p. 325; vid. en el mismo sentido BORRÈ, op. cit. en nota 6, pp. 127 y 128; GALASSO, *Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1973, pp. 1357 y 1373; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 170, p. 276; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil II*, Barcelona, 1986, p. 1032.

[226]Cfr. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 472.

[227]Artículo 1.161 del Código civil. «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

[228]Cfr. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, pp. 473 y ss.; por su parte PINTÓ RUIZ observa cierto paralelismo en relación a la prestación que consiste en hacer con los criterios de infungibilidad-obligación de entregar cosa específica frente a la fungibilidad-obligación de entregar cosa genérica. Afirma, en este sentido, que aquélla puede ser fungible cuando pueda ser ejecutada por cualquier otra persona diferente del propio obligado. Asimismo, indica que la infungibilidad es manifiesta cuando la prestación únicamente puede ser realizada por el deudor. «Tal distinción, que obedece a elementales dictados de la lógica, puede observarse atendiendo a lo que dispone el artículo 1.098 del Código civil en relación a lo dispuesto en el artículo 1.161 del mismo cuerpo legal,

casos, la consideración a la persona del deudor haya sido sustancial al contraer la específica obligación[229], es decir, que se hayan tenido en cuenta las precisas aptitudes del obligado, tanto personales como profesionales[230].

Será, por tanto, la estimación de la identidad o de las cualidades de la persona la que, en relación a la voluntad de las partes, haya sido, en el supuesto concreto, la determinante del consentimiento contractual, de tal modo que tal apreciación haya inducido, de modo cierto e inequívoco, al acuerdo del concreto negocio[231].

Asimismo, estas cualidades personales del deudor no adquieren relieve como elementos aislados de la concreta relación obligatoria en la que se insertan, sino que, por el contrario, se aprecia su peculiar relevancia si, en el supuesto particular, fueron consideradas puntualmente al constituir la obligación[232].

---

y el 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil». Cfr. *Incumplimiento de las obligaciones civiles*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XII, Barcelona, 1965, p. 193; En esta misma orientación, señala VERDERA SERVER que en una primera aproximación, se ha indicado que el carácter personalísimo de la obligación de hacer debe ser analizado según el mismo criterio de interpretación utilizado para el artículo 1.161 del Código civil, que excluye que las mismas sean cumplidas por una persona distinta del deudor. Vid. op. cit. en nota 170, p. 275.

[229]Para SCHLESINGER el *intuitu personae* supone hablar de una infungibilidad subjetiva, en el sentido de que la misma deriva de la confianza del acreedor en la idoneidad de los instrumentos del deudor para alcanzar el resultado debido, aunque éste de por sí pueda ser también realizable por otras personas. Vid. op. cit. en nota 185, p. 1282, nota 18; vid. también MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 473; RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho civil, según el Tratado de Planiol, Tomo IV, Las obligaciones, Vol. I*, Buenos Aires, 1956, p. 117; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 245.

[230]Vid. GALASSO, op. cit. en nota 225, p. 1349.

[231]Cfr. GALASSO, op. cit. en nota 225, p. 1344; igualmente, a propósito del contrato de servicios profesionales, indica YZQUIERDO TOLSADA que éste, al ser un contrato generalmente *intuitu personae*, la prestación del deudor tiene siempre el carácter de infungible, «dado que la identidad, pericia y personalidad de éste son determinantes» en la elección que el cliente lleva a cabo. «La esencialidad de la persona del profesional es dato constante en la confianza que induce al cliente a confiar en él precisamente sus intereses». Cfr. *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, p. 247.

[232]ZARRELLI, en contra de las anteriores consideraciones, observa que los hombres, como titulares de obligaciones, no pueden ser objeto de divisiones cualitativas en términos positivos o negativos. «La crítica más directa que puede dirigirse hacia la fungibilidad subjetiva, en relación a las prestaciones de hacer, se refiere a la pretensión de clasificar los trabajos, y de ahí los sujetos, con la etiqueta de la fungibilidad o de la infungibilidad. El discurso ya desarrollado para la cosa, aparece más evidente en relación a los sujetos. Si arbitraria es la pretensión de considerar de escasa relevancia cualitativa alguna cosa, sin tener en cuenta su posición en la concreta relación obligatoria y en relación al interés del acreedor, directamente absurda aparece la convicción de que los hombres, como titulares de obligaciones, puedan ser objeto de divisiones cualitativas en términos positivos o negativos. En la práctica ocurre que muchas personas consideran preciosa la obra de un modesto obrero o de un artesano, mientras que otros consideran sustituibles sujetos que deben ejecutar trabajos de la máxima dificultad y del máximo cuidado». Cfr. op. cit. en nota 181, p. 102; vid. igualmente GALASSO, op. cit. en nota 225, pp. 1348-1349;

Lo anterior implica que no existen relaciones obligatorias que *a priori* puedan ser calificadas como fungibles o infungibles, sino que es necesario que las especiales cualidades del deudor vengan referidas a una concreta relación jurídica, verificándose si las mismas fueron motivo determinante de la manifestación del consentimiento de la otra parte en la obligación[233]. Por ello, será la voluntad de los contratantes la que, en cada caso concreto, fije los criterios de (in)fungibilidad[234].

Para otros autores, sin embargo, sería fungible el *facere* deducido de forma genérica en la obligación, por cuanto que comprendería tanto la actividad del deudor como la de un tercero[235]. Pero a esta hipótesis se le ha criticado el que la simple determinación genérica del *facere* no justifica la conclusión de que en el contenido de la obligación pueda también apreciarse la actividad de un tercero[236]. Asimismo, se le ha objetado que la indeterminación en la persona del deudor no está permitida por la propia estructura de la obligación, así como esta misma configuración obligatoria sí que admite la imprecisión acerca del objeto de la prestación, para que pueda existir el vínculo contractual es necesario que la persona

---

MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 473.

[233]Cfr. GALASSO, op. cit. en nota 225, pp. 1344 y ss.

[234]Vid. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 473; VATTIER FUENZALIDA, *Obligaciones positivas*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XVIII, Barcelona, 1986, p. 211; MANRESA, *Comentario a los artículos 1.159 a 1.161 del Código civil, Comentarios al Código civil español, Tomo VIII, Volumen I*, Madrid, 1950, pp. 521 y 522.

[235]Cfr. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni, Studi di Diritto Processuale Civile in Onore de G. Chiovenda*, Padova, 1927, p. 32.

[236]Cfr. FERRONI que, asimismo, censura la concepción de la doctrina según la cual la obligación de hacer es por su propia naturaleza genérica, mientras que la de dar es específica, y señala que declarar que la obligación de hacer sea genérica no significa que el *facere* no esté determinado o pueda ser determinable, al igual que ocurre con la de dar. «El *facere* es una actividad, un comportamiento, en sentido amplio un trabajo, y en cuanto tal es por su naturaleza genérico, difícilmente determinable anticipadamente en cada una de sus modalidades, y esto se refleja inevitablemente sobre el modo en el cual ésta pueda estar predeterminada, no ya una predeterminación a través de la *res*, como en el *dare*, sino una predeterminación a través del resultado. Y una predeterminación a través del resultado es, por su naturaleza, genérica, porque la tensión hacia el resultado ha necesitado de una determinación continua y constante, prorrateada en el tiempo (la actividad se despliega en el tiempo), mientras el *dare* tendencialmente no es genérico porque acaba por determinarse más o menos inmediatamente en una *res*. En este sentido solamente puede afirmarse que todas las obligaciones de hacer son genéricas». Cfr. op. cit. en nota 169, pp. 147-148.

obligada se encuentre individualizada[237].

De otro lado, se ha resaltado que el sentido que asume la (in)fungibilidad es el de sustituibilidad o insustituibilidad de la persona del sujeto obligado. Para esta postura doctrinal, dentro de las obligaciones de hacer pueden distinguirse dos modelos diferentes entre sí, según contemplen o no la posibilidad de que el deudor pueda ser sustituido en el cumplimiento de las mismas por un tercero[238].

También se ha señalado que para decidir, en un supuesto concreto, si la obligación es fungible o infungible y, por tanto, admitir si cabe o no la sustitución del deudor por un tercero, habrá que investigar la declaración de voluntad de las partes en la singular obligación, así como la naturaleza del negocio jurídico y las circunstancias que hayan incidido en el mismo, y las pautas que pudieran sostenerse, desde un punto de vista objetivo, en relación con negocios o asuntos similares[239].

Finalmente, según la concepción anterior acerca de la obligación de hacer fungible, cabría la posible intervención de un tercero en la ejecución de la prestación[240], así como

---

[237]Cfr. ZARRELLI, op. cit. en nota 181, p. 100; no obstante, con posterioridad CARNELUTTI se ha referido a las obligaciones de hacer fungibles, con apoyo en los artículos 612 y siguientes del *Codice di Procedura Civile*, en el sentido de que nos encontramos ante unas obligaciones de procurar que sea hecho, puesto que en estos supuestos resulta factible obtener el mismo resultado debido a través del cumplimiento de otro sujeto distinto del deudor, y siempre a costa del propio obligado, o sea, imponiéndole la obligación de resarcir el costo de la obra para obtener el resultado. Vid. *Derecho procesal civil y penal I. Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1971, pp. 369 y ss.

[238]Vid. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 470; RUGGIERO, op. cit. en nota 167, p. 35; SCHLESINGER, op. cit. en nota 185, p. 1282; PINTÓ RUIZ, op. cit. en nota 228, p. 193; TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho civil II*, Madrid, 1987, p. 17; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho ...*, cit. en nota 167, p. 121; VATTIER FUENZALIDA, op. cit. en nota 234, p. 211; CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, p. 50; BERCOVITZ, *Comentario al artículo 1.161 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, pp. 180 y ss.; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 245.

[239]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 245.

[240]En el Ordenamiento italiano apunta NICOLÒ que la norma del artículo 1.180 del *Codice* atribuye validez a la actividad solutoria del tercero subordinándola solamente a la ausencia de un interés contrario del acreedor y de una prohibición expresa del deudor. «...está claro que ésta no es la única forma en la que el deudor puede intervenir en una relación obligatoria, y que no solamente ésta viene definida como cumplimiento: solo en el caso en el que exista perfecta identidad económica entre el resultado de la actividad del tercero y el comportamiento originariamente debido por el deudor se habla de cumplimiento (directo) del tercero, hablándose de cumplimiento indirecto cuando el tercero desarrolle una actividad que conduzca a un resultado económicamente distinto, si bien, satisfactorio para el interés del acreedor». Cfr. op. cit. en nota 224, p. 565; vid. también TRABUCCHI, op. cit. en nota 238, p. 39.

también, que el deudor pudiera servirse de terceras personas o auxiliares en el cumplimiento de la obligación[241], en cuyo caso, responderá también de los actos de esas terceras personas que le han asistido en la ejecución de la prestación[242].

Del mismo modo, se ha observado que en las obligaciones de hacer infungibles, la imposibilidad que afecta a la persona del obligado, es decir, aquella que le atañe exclusivamente, se convierte en absoluta, pues, al no existir la posibilidad de que un tercero le sustituya en el cumplimiento, le ejecución de la prestación se torna irrealizable objetiva y definitivamente[243]. En estos casos, se puede afirmar que desaparece la diferencia entre imposibilidad absoluta y relativa, toda vez que si el deudor no es capaz de cumplir o de hacerlo exactamente, no existirá la ocasión de que otro sujeto pueda hacerlo por él[244].

---

[241]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 245.

[242]Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. en nota 231, pp. 249 y ss.; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 245; recoge TORRALBA SORIANO aquellos Ordenamientos europeos donde se acoge expresamente la responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, éstos son: § 278 del B. G. B. alemán; en Suiza apareció formulada ya en el artículo 115 del Código Federal de las Obligaciones de 1881 y, actualmente, se establece tal responsabilidad en el artículo 101 del Código de 1912; igualmente, se encuentra en el artículo 1228 del vigente *Codice* italiano; asimismo, el Código portugués de 1967 incluye esta responsabilidad debitoria, por los actos de sus representantes legales y auxiliares, en su artículo 800; por otro lado, en Francia no se regula expresamente, pero se acude a los artículos 1245 y 1147 del *Code* para señalar la responsabilidad por los auxiliares. Vid. *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, Anuario de Derecho Civil, 1971, pp. 1150-1151 y en pp. 1154-1155.

[243]Vid. BRANCA, op. cit. en nota 165, pp. 290 y 330; por su parte MOSCO observa como en las obligaciones infungibles, las hipótesis más claras de imposibilidad son aquellas en las que un obstáculo impide, temporal o definitivamente, al deudor desplegar una actividad técnica o artística, la ejecución de sus facultades físicas o intelectuales necesarias para el desarrollo de aquel comportamiento. El autor propone el ejemplo del pianista que por un infortunio pierde una mano. Por otro lado, señala que para las obligaciones fungibles los supuestos de imposibilidad son menos frecuentes, en cuanto que el deudor puede valerse de un sustituto o de un representante, tanto en los casos en los que falte un componente de confianza en el deudor, como en aquellos otros en los que exista tal elemento y el acreedor tenga interés en la prestación y autorice, por este motivo, el cambio de deudor. Tampoco faltan, para este jurista, supuestos en los que tales obligaciones de hacer devienen imposibles cuando el obstáculo no afecta a la persona del obligado, sino a la prestación misma, como, por ejemplo, en el caso de una excursión impedida por eventos meteorológicos adversos, o bien, también cabe que la imposibilidad importe a la cosa sobre la que la prestación de hacer deba desarrollarse. En este sentido indica que la Jurisprudencia ha exonerado al transportista de la obligación de entrega y custodia de la mercancía cuando él mismo hubiera sido desposeído de ella de forma violenta (Cass. 10 marzo 1949, n. 488 ined.; Trib. Génova 17 diciembre 1949, *in Temi gen.*, 1950, 67), o las mercancías se hubiesen extraviado después de la incautación de los locales de custodia de las mismas (App. Génova 31 maggio 1951, *in Temi gen.*, 1951, 487), o en el caso de que la autoridad militar hubiera impuesto el secuestro y posterior bloqueo de las mercancías (Cass. 25 febbraio 1950, n. 441, *in Giur. compl. cass. civ.*, 1950, XXIX, 70). Vid. *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, Enciclopedia del Diritto, T. XX, Milano, 1970, pp. 429-430.

[244]Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 170, p. 277; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 245.

2.3. LA (IN)FUNGIBILIDAD DEL COMPORTAMIENTO DEL DEUDOR EN LA PRESTACIÓN DE HACER

En lo que se refiere a la delimitación de la (in)fungibilidad, también se ha señalado que en las obligaciones de hacer cabe igualmente la posibilidad de referir el juicio sobre tales caracteres a la propia prestación, entendida como comportamiento debido por el deudor[245].

El *facere* en la prestación de hacer se encuentra orientado hacia la producción de un resultado útil para el acreedor, esta trayectoria se determina a través de la elección, entre varios comportamientos alternativos y equivalentes entre sí, de aquél que resulte el más idóneo para la consecución de tal interés[246].

La elección, entre los varios comportamientos, puede confiarse al deudor en algunos supuestos tales como en el caso del trabajo autónomo y en los contratos de servicios profesionales[247]. Sin embargo, también es posible que el acreedor, como titular del derecho de crédito, tenga la posibilidad de especificar los recursos necesarios para conseguir el resultado útil debido. Se hace referencia, en este último caso, a las hipótesis de trabajo por cuenta ajena, en las cuales el acreedor tiene el poder de determinación, no solamente de su

---

[245]Indica MANDRIOLI que la infungibilidad de la obligación de hacer significa la inidoneidad del comportamiento de una persona distinta del deudor para procurarle al acreedor la satisfacción inmediata y directa del interés tutelado. Igualmente apunta que el límite a la ejecución en forma específica de la prestación, en estas obligaciones, está determinado solamente por la posibilidad, natural y jurídica, de realizar, en sentido jurídico y no solamente económico, el resultado a través de un comportamiento ajeno, independientemente de la voluntad del sujeto que habría debido observar tal conducta. Cfr. *Esecuzione forzara degli obblighi di fare e di non fare*, Novissimo Digesto Italiano, T. VI, Torino, 1968, p. 766; MONTESANO, por su parte, observa que la infungibilidad no va referida al bien debido, sino a la imposibilidad de que este bien sea producido o conservado por una actividad o una abstención de persona diversa del deudor. «Tal imposibilidad es evidente, algunas veces por la misma naturaleza de la actividad o abstención (se piensa en obras artísticas, científicas, literarias, didácticas), o por las concretas circunstancias que la atañen (se piensa en la divulgación de noticias o en la conservación de secretos), o cuando el *intuitus personae* sea inherente a la obligación». Vid. op. cit. en nota 209, p. 533.

[246]Para FERRONI la dirección hacia el resultado útil se lleva a cabo a través de la gradual determinación de las actividades, del comportamiento del deudor, de los medios necesarios para la consecución del mismo. Puede ocurrir, según este autor, que existan varios comportamientos alternativos y equivalentes entre sí, igualmente idóneos para satisfacer el interés creditorio; en este supuesto, la elección se confía a la libre iniciativa del obligado. Cfr. op. cit. en nota 169, p. 149.

[247]En relaciones del tipo trabajo autónomo, aunque el titular del derecho de crédito sea la persona más capacitada para determinar cuáles son sus propios intereses, éste no tiene, habitualmente, una competencia técnica similar para establecer qué medios son los objetivamente más idóneos para la consecución del resultado prefijado. Es obvio que, desde el punto de vista técnico, la elección de tales mecanismos corresponde exclusivamente al deudor, como, *v. gr.*, en el contrato de servicios profesionales.

propio interés sino también del resultado de la prestación misma, así como de los medios técnicos necesarios para conseguirlo[248].

De este modo, el *facere*, en sí mismo considerado, sería fungible cuando la elección de las actividades, de los medios, en definitiva, cuando la determinación del comportamiento, entre varios alternativos e igualmente equivalentes entre sí, corresponda al deudor. Por el contrario, sería infungible cuando éste no tuviera tal posibilidad de elección entre aquellas conductas semejantes, o bien cuando la determinación de las actividades, incluso desde un punto de vista técnico, competan al acreedor[249].

Sin embargo, no se pretende que estas afirmaciones adquieran una validez absoluta, ni tampoco que se alcance con ellas una aplicación generalizada a cualquier tipo de supuesto que pudiera plantearse en la práctica. Como elemento modulador de los criterios anteriormente expuestos se configura el interés creditorio que puede, de este modo, transformar o modificar esta facultad del deudor o del propio acreedor para elegir los medios o las actividades más adecuadas, con el propósito de conseguir el resultado pactado.

Si este interés es amplio e indiferenciado, permitirá al obligado la adopción de uno entre varios comportamientos similares. En este caso, será tarea de éste la adopción de los medios técnicos de actuación tendentes a la consecución del resultado acordado. Si, por el contrario, el interés del acreedor es específico, es decir, está dirigido a la producción de un

---

[248]En las relaciones de trabajo subordinado, el deudor-trabajador deberá atenerse escrupulosamente a las órdenes impartidas por el acreedor-empresario. Por tanto, recae sobre aquél una obligación de ejecución diligente, al contrario que en el ya señalado contrato de trabajo autónomo, en el que corresponde al deudor un poder de iniciativa libre e inteligente, o, en el mismo sentido, una discrecionalidad de carácter técnico.

[249]FERRONI, indica que el *facere*, en sí mismo considerado, es fungible cuando la determinación de los comportamientos, en el ámbito de una serie indefinida de alternativas, todas ellas equivalentes entre sí, se encuentra referida al propio obligado. Asimismo, en las obligaciones infungibles señala como ejemplo de comportamiento en el que esta posibilidad de elección se encuentra claramente limitada, el del contrato de transporte de productos perecederos (alimenticios). Estos géneros deberán ser conservados a una cierta temperatura y, por ello, en este contrato, el deudor no tiene la posibilidad de escoger el medio de transporte, entre los muchos de los que pueda disponer, pues necesariamente habrá de auxiliarse de uno provisto de cámara frigorífica. Del mismo modo, el factor tiempo tiene una importancia esencial, ya que determinados artículos deben ser consumidos en un breve período de tiempo después de su fabricación o envasado; tampoco, en este caso, podrá el transportista seleccionar uno entre varios recorridos alternativos, en tanto que deberá, indispensablemente, tomar el más corto. Aquí, por las particulares características de las cosas a transportar, asume un notable relieve, a los fines del exacto cumplimiento, la actividad de custodia de la mercancía por el transportista que, en este caso, viene determinada por la infungibilidad de la prestación; por el contrario, ésta no subsistiría o no asumiría la misma intensidad, en el supuesto de transporte de cosas no deteriorables. Vid. op. cit. en nota 169, pp. 151-152.

bien concreto o hacia un resultado determinado[250], la elección del deudor se limitará a la adopción de aquel proceder que resulte más idóneo para satisfacer tal interés y, de este modo, no podrá considerarse equivalente a otras actividades o comportamientos alternativos. En este supuesto, la realización por el deudor de una conducta distinta de aquella que resulte objetivamente más adecuada a la satisfacción del interés del acreedor, conduciría a la producción de un resultado diverso, lo cual se traduciría en un cumplimiento inexacto o en un incumplimiento definitivo de la obligación[251].

Por otro lado, en las prestaciones de puro hacer, el interés del acreedor se encuentra dirigido hacia la prestación en sí misma considerada, y en ellas existe una relación de coincidencia entre la actividad del deudor y el resultado que supone la finalidad de la relación obligatoria[252].

En las anteriores obligaciones, la fungibilidad surge de la existencia de comportamientos equivalentes, dirigidos a la satisfacción de un concreto interés, inferido en una específica relación obligatoria. En conexión con el interés del acreedor, la obligación de puro hacer será, por ello, fungible o infungible, según que éste sea amplio o específico. De tal forma que, si el interés del acreedor es indiferenciado, el deudor podrá elegir, en fase de cumplimiento, de forma libre y discrecional, entre varios comportamientos, todos ellos aptos y apropiados para satisfacer tal interés. La prestación, en este caso, será fungible[253].

Si, de otro modo, el acreedor tiene un interés concreto o específico en una determinada prestación o resultado, el deudor no tendrá libertad de elección en la ejecución de la prestación. El comportamiento será infungible en tanto no existe la posibilidad para el

---

[250]Observa FERRONI que con el término especificidad del interés creditorio se hace referencia a su precisa predisposición hacia un bien individualizado o hacia un concreto resultado. Vid. op. cit. en nota 169, p. 153.

[251]Cfr. FERRONI, op. cit. en nota 169, pp. 153 y 154.

[252]Cfr. SCHLESINGER, op. cit. en nota 185, p. 1280.

[253]FERRONI propone el ejemplo de la prestación que consiste en tocar un instrumento musical. «Y así, si el acreedor de la prestación tiene un interés genérico en escuchar música, el concertista, deudor de la prestación, tendrá, con la libre elección de los fragmentos musicales, la posibilidad de liberarse ejecutando indiferentemente a Bach, Chopin o Mozart, o piezas de los tres autores. La prestación es fungible porque existe una relación de equivalencia entre varios comportamientos, todos, en igual medida, idóneos a la satisfacción del interés del acreedor, y por ello intercambiables, en base a una elección libre y discrecional del deudor, en fase de cumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 169, pp. 161 y 162.

obligado de escoger entre varios comportamientos semejantes[254].

2.4. ALCANCE PRÁCTICO DE LA DISTINCIÓN EN LA PRESTACIÓN DE HACER

La apreciación de una obligación de hacer como fungible o infungible, tiene una importancia que trasciende el mero plano teórico en tanto que su alcance práctico es notorio y manifiesto[255].

Esta división de las obligaciones de hacer determinará lo que el acreedor pueda obtener, a pesar de la voluntad del propio deudor. Si el hacer es fungible, el acreedor logrará la satisfacción de su interés, en forma específica, en tanto que conseguirá la misma prestación debida, ya que ésta podrá ser ejecutada por un tercero[256]. Si el *facere* es infungible, el incumplimiento del deudor se despacha en la indemnización de daños y

---

[254]En esta dirección observa FERRONI lo siguiente: «Si el acreedor de la prestación tiene un interés específico en escuchar fragmentos de Bach (por muchos y variados motivos: porque prefiera tal autor, o porque, por ejemplo, el concierto ha sido organizado en el ámbito de una manifestación conmemorativa del ilustre músico), es obvio que el deudor no tendrá libertad de elegir en la ejecución de la prestación. Si quiere cumplir exactamente deberá ejecutar solamente música de Bach. La prestación es por tanto infungible porque no hay posibilidad de elección entre varios comportamientos equivalentes en fase de cumplimiento». Asimismo, continúa este autor: «Puede dejarse al gusto y a la competencia específica del concertista la elección de algunos fragmentos antes que otros en el ámbito de la vasta producción del conocido músico. Pero esto no configura los extremos de la fungibilidad. Representa, antes bien, aquel margen mínimo de autonomía y libertad que debe siempre reconocerse al sujeto obligado en la ejecución de la prestación». Cfr. op. cit. en nota 169, pp. 161-162 y nota 323.

[255]Se señala por la doctrina italiana, como presupuesto ineludible de la ejecución forzosa en forma específica, que la prestación tenga naturaleza fungible, de tal forma que no se procederá a esta especial ejecución cuando resulte claramente que solamente el comportamiento del deudor es el idóneo para alcanzar la satisfacción plena del interés del que el acreedor es titular. Por el contrario, resultará aplicable la ejecución específica, cuando la prestación pueda ser ejecutada por un tercero, con iguales efectos satisfactorios para el acreedor. Vid. por todos, ANDRIOLI, op. cit. en nota 225, pp. 325 y ss.; MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 11; asimismo, vid. FERRONI con amplia cita de jurisprudencia en op. cit. en nota 169, pp. 180 y ss.

[256]Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 170, p. 277, nota 24; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 499; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil 2°*, Barcelona, 1994, p. 80; por su parte, CARBONNIER se refiere a las obligaciones de hacer fungibles como aquellas que están desprovistas de carácter personal, a las cuales no se aplican las reglas del artículo 1142 del *Code* (toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento del deudor), en estos supuestos el acreedor puede pedir autorización al Tribunal para cumplir él mismo la obligación, a costa del deudor. Éste no podrá actuar de oficio, salvo urgencia justificada, sino que necesita la autorización del Tribunal. Excepcionalmente, el deudor de una prestación de hacer susceptible de ser ejecutada en cierto espacio de tiempo, puede ser condenado a cumplir directamente y conminado *manu militari* si es preciso. Vid. op. cit. en nota 134, pp. 663 y ss.

perjuicios por la inejecución de la prestación[257].

Sin embargo, se han matizado las conclusiones expuestas para el incumplimiento de las prestaciones de hacer infungibles, en el sentido de que el acreedor podría optar, aún tratándose de comportamiento personalísimos, por la ejecución por parte de un tercero a costa del deudor, con la posibilidad de reivindicar con posterioridad ser indemnizado por la diferencia de calidad entre la prestación incumplida y la efectivamente ejecutada[258]. Esta opinión parece tener su respaldo en el propio interés del acreedor, que se erige, de esta forma, en el criterio rector de la calificación de las prestaciones de hacer como fungibles o infungibles[259].

---

[257]Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 170, p. 277; MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, pp. 11 y 12; RESCIGNO, *Esecuzione forzatta ed esecuzione specifica. Obbligazioni.* Diritto privato, Enciclopedia del Diritto, T. XXIX, Milano, 1979, p. 211; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 499; en contra, RAMOS MÉNDEZ indica que el incumplimiento por el deudor de una prestación infungible, no origina, sin otra consideración, la indemnización de daños y perjuicios, salvo que el acreedor-ejecutante opte por ésta de forma expresa. Lo contrario equivaldría a recortar la eficacia de la ejecución civil y desaprovechar las oportunidades que concede el Ordenamiento jurídico, entendido como un todo armónico. La eficacia de la ejecución, continua este autor, exige buscar medios de coerción que de alguna manera dobleguen la voluntad del deudor. La fuerza de estos medios de coacción se asentaría en el hecho de que fuera más beneficioso para el deudor ejecutar la prestación debida que atenerse a las consecuencias de su incumplimiento. Entre otros medios, resultará especialmente provechosa la tutela penal de la ejecución, a través del delito de desobediencia grave a la autoridad judicial. Cfr. op. cit. en nota 225, pp. 1032 y ss.; MONTERO AROCA se pronuncia en términos similares y apunta que no puede ser la voluntad del deudor la que determine, en las obligaciones infungibles, la forma de ejecución. En determinados casos la Ley permite la ejecución directa (lanzamiento por desahucio), y en otros la sustitución de la conducta por dinero carecería de sentido (lo cual sucede, de forma especial, en el derecho de familia). En estos últimos casos, a juicio del autor, hay que acudir a la coacción directa y al proceso penal. Vid. op. cit. en nota 256, p. 82; por otro lado, en el Ordenamiento francés, CARBONNIER indica que únicamente las obligaciones asistidas de carácter personal se sujetan a la regla del artículo 1142 del *Code*. Dichas obligaciones tienen carácter personal si la actividad objeto de las mismas ha de poner en juego «cualidades irreductiblemente individuales del deudor». También deben considerarse como personal aquellas obligaciones que supongan acciones o abstenciones prolongadas en el tiempo, como la prestación del trabajador. Para este autor, el artista que se compromete a ejecutar un retrato no puede ser condenado a terminarlo, sino a indemnizar los daños y perjuicios en tanto que el deudor no puede, en este caso, ser obligado por la fuerza. Vid. op. cit. en nota 134, p. 663; en el mismo sentido, vid. COLIN y CAPITANT, op. cit. en nota 165, pp. 38 y ss.; para RIPERT y BOULANGER en caso de obligaciones infungibles, el cumplimiento forzado es imposible. La razón de ello se encuentra en que el cumplimiento que se obtiene mediante la fuerza sería en todos los casos defectuoso y, asimismo, exigiría la utilización de medios violentos, que serían contrarios a la liberta individual. Es inútil, continúan estos juristas, intentar un apremio contra la persona del deudor, cuando es fácil conseguir una satisfacción equivalente mediante dinero, «por eso se dice que toda obligación de hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de incumplimiento. La expresión no es excelente, porque parece dispensar por adelantado al deudor del cumplimiento y no asignar como objeto de la obligación, sino el pago de daños y perjuicios». Cfr. op. cit. en nota 229, pp. 422 y 423.

[258]En apoyo de esta solución, vid. MONTERO AROCA, op. cit. en nota 256, p. 83.

[259]MORENO QUESADA opina que si el acreedor tiene interés en que el deudor sea el que ejecute la prestación, no es posible separar el cumplimiento de la obligación de este interés y, por ello, la realización por parte del obligado sería, en este supuesto, el único medio posible de satisfacción del interés creditorio, por lo que el

En este sentido, se ha señalado que la solución de determinar en primer lugar que, en cuanto sea posible, el acreedor obtenga la prestación debida, es la más ecuánime y conforme al concepto de obligación en tanto que con la misma lo que se pretende es el logro de la prestación y no la indemnización[260].

De todo ello, parece desprenderse que, desde el punto de vista del acreedor, la distinción entre un hacer fungible o infungible tiene una trascendencia primordial, pues determinará, en su caso, y en el supuesto de incumplimiento, si recibe la prestación en forma específica[261], o convertida en dinero[262].

Desde el punto de vista del deudor, el incumplimiento de la obligación de hacer convierte la prestación original en pecuniaria[263]. De un lado, por medio de la indemnización de daños y perjuicios en supuestos de prestaciones infungibles[264]. Y, de otro, al tener que

---

cumplimiento por un tercero quedaría, de este modo, descartado. La satisfacción del acreedor es un asunto que únicamente a él cabe juzgar y, en este sentido, existe la posibilidad de que el acreedor pueda renunciar al cumplimiento del deudor y solicitar la intervención de persona distinta. Esta renuncia no supondría perjuicio alguno para él, pues «si el resarcimiento de daños lo que persigue es situar el patrimonio del acreedor en la posición que tendría de haberse cumplido correctamente la obligación, el mínimo de su cuantía será el necesario para lograr que se satisfaga el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento, lo que se logrará de la forma más aproximada, y satisfactoria si es que así lo estima el acreedor, con la realización del tercero». Por último, este civilista señala, en favor de esta opción, lo que denomina un argumento de naturaleza lógica, puesto que al negar al acreedor esta alternativa, se la concedería, en los mismos términos, al deudor que, al insistir en su incumplimiento, habría elegido e impuesto por ello al acreedor, de forma unilateral y libre, la indemnización. Cfr. op. cit. en nota 165, p. 278.

[260]Cfr. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 500.

[261]Cfr. RAMOS MÉNDEZ, op. cit. en nota 225, p. 1037.

[262]En esta línea VATTIER FUENZALIDA apunta que el artículo 1.098 del Código civil otorga al acreedor, en caso de incumplimiento, tres posibles opciones. Según el apartado primero de la norma señalada, puede elegir que lo hecho por el deudor se deshaga a su costa, y que en base al artículo 1.101 se le indemnicen los daños y perjuicios cuando la prestación sea infungible, y en los términos señalados por el artículo 1.161. Para este jurista, esta normativa está influida por el axioma «*nemo ad factum praecise cogi potest*», que excluye la posibilidad de utilizar la coerción física sobre un sujeto para que se cumpla la obligación de hacer en sus propios términos. Sin embargo, para este autor, este precepto se aplica con exclusividad en las hipótesis de obligaciones infungibles o personalísimas y, asimismo, opina que cuando se trate de prestaciones fungibles el acreedor no debe contentarse con el equivalente pecuniario de lo debido. Vid. op. cit. en nota 234, p. 214; vid. también PINTÓ RUIZ, op. cit. en nota 228, p. 193.

[263]Cfr. RAMOS MÉNDEZ, op. cit. en nota 225, p. 1037.

[264]Vid., en este sentido, GARCÍA CANTERO que, al comentar la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1974, señala: «Si bien es cierto que los valores inmateriales, como la vida humana cuando se pierde, la producción literaria, la creación científica o artística, tiene un valor teóricamente incalculable, no lo es menos que en razón a las ineludibles interrelaciones humanas, tienen que ser evaluadas en ocasiones, y así la Ley y los Tribunales se ven forzados, o a concretar cifras de los invalorables, o a acatar aquéllas en que se cifró, por mutuo acuerdo, la valoración anticipada [...] El cumplimiento de una obligación de hacer se da en todo contrato de

sufragar la ejecución de la prestación por el tercero en hipótesis de obligaciones fungibles.

Ante esta situación, la prueba de la (in)fungibilidad adquiere una relevancia fundamental, pues, en este sentido, fija los criterios para definir la ejecución específica o por equivalente en el supuesto de incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Se sostiene, en esta dirección, que la regla general, que se deduce a partir del artículo 1.161 del Código civil, es la fungibilidad de la prestación y la no presunción de infungibilidad de la misma[265].

No obstante, se estima que la indicación de las pautas para aclarar cuando una prestación deba ser considerada como fungible o infungible, no debe determinarse en función del criterio del propio deudor. Si éste declara la infungibilidad del comportamiento debido, a él le corresponderá la prueba de tal condición[266].

Tampoco debe juzgarse adecuado que sea el acreedor el que establezca los criterios para la determinación de este carácter de la obligación[267].

Por todo ello, se ha considerado que debe ser el juez el que adopte la decisión oportuna acerca de este extremo, quien, además, deberá tener en cuenta la propia opinión del acreedor, debido a que es su interés el que se supedita al procedimiento de ejecución[268].

---

ejecución de obra o de prestación de servicio, y no repugna en el presente caso, ya que en el supuesto de incumplimiento voluntario de la entrega de las pinturas convenidas, solamente podría la otra parte ejercitar las acciones de resolución del contrato o de cumplimiento subsidiario mediante la indemnización de daños y perjuicios». Cfr. *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1974*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, diciembre, 1975, pp. 631 y 632.

[265]VERDERA SERVER, a este respecto, indica que este planteamiento en favor de la fungibilidad, influye en el incremento del cumplimiento de la prestación por medio de terceras personas distintas del deudor. Vid. op. cit. en nota 170, p. 279; vid. igualmente DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 245.

[266]Cfr. MONTERO AROCA, op. cit. en nota 256, p. 82.

[267]VERDERA SERVER indica, en esta dirección, que tampoco cree conveniente que estos principios se cedan al acreedor, porque así puede evitarse que el mismo se prevalga de su posición o se arrepienta del vínculo obligatorio, con daño para el deudor. Vid. op. cit. en nota 170, p. 279; vid. también MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 472.

[268]VERDERA SERVER, en este sentido, apunta lo siguiente: «si bien hay que tener en cuenta que, dado que es el interés específico del acreedor el que encuentra plasmación a través de esta ejecución, deberá dársele audiencia (como también al deudor), teniendo en cuenta sus indicaciones». Cfr. op. cit. en nota 170, p. 279.

3. INEXIGIBILIDAD DE LA CONDUCTA DEL DEUDOR EN LA OBLIGACIÓN DE HACER

3.1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y SU DOCTRINA

3.1.1. CRITERIOS GENERALES

El Ordenamiento Jurídico español, notablemente influenciado por el sistema normativo francés, acoge, en materia de ejecución forzosa de las obligaciones de hacer, el principio «*nemo ad factum praecise cogi potest*», según el cual, el deudor no puede ser compelido a ejecutar, en contra de su voluntad, la prestación que constituye el objeto de tales obligaciones[269]. Consecuencia de esta recepción normativa es el dogma de la incoercibilidad de la conducta del deudor en la prestación de hacer, de tal manera que si el obligado no quiere o no puede realizar el comportamiento en que la prestación consiste, no existe en nuestro Ordenamiento Jurídico medio alguno que le obligue a hacerlo por sí mismo[270].

---

[269]Así lo manifiesta GARCÍA GOYENA al realizar el comentario al artículo 1.008 del Proyecto de 1.851. Sin embargo, y a pesar de su posición contraria a la admisión de la incoercibilidad del deudor en las obligaciones de hacer, señala que la Comisión de Codificación aceptó el significado del propio artículo 1.142 del *Code* francés, en el sentido de que el obligado no podrá ser compelido para ejecutar la prestación, sino que se mandará ejecutar a su costa. Cfr. op. cit. en nota 108, p. 541; en este sentido, respecto de la incoercibilidad del *facere*, DORAL GARCÍA observa que la obligación de hacer: «lleva consigo la dificultad de su inherencia a la persona, a la libertad, que o no puede ser coaccionada ni sustituida, realizada a través de actividad sustitutiva, o es más difícil de sustituir que en otras prestaciones que tienen por contenido normal el dinero». Cfr. *Reparación y Sanción. El Cumplimiento de las obligaciones en Forma Específica*, Anuario de Derecho Civil, 1993, p. 595; vid. igualmente CASTÁN, op. cit. en nota 165, pp. 165 y ss.; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 170, pp. 280-283; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 680; VATTIER FUENZALIDA, op. cit. en nota 234, p. 214; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil, Volumen I, Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 1985, pp. 78-79.

[270] Señala ARAGONESES MARTÍNEZ que los medios que tiene el Ordenamiento Jurídico a los fines de restablecer el orden jurídico perturbado tras el incumplimiento del deudor, no tienden al cumplimiento *in natura* de las obligaciones, fin al que debería dirigirse todo procedimiento de ejecución, sino que la ley fija un sistema sustitutorio o indemnizatorio. Vid. *Las Astreintes (Su aplicación en el proceso español)*, Madrid, 1985 pp. 133-134; igualmente, TAPIA FERNÁNDEZ apunta que en nuestro Derecho el procedimiento de ejecución en forma específica no tiene como límite la imposibilidad natural o jurídica a los efectos de excluir el cumplimiento *in natura* de la prestación, sino que se ha preferido establecer que sea la voluntad del deudor en cumplir la obligación la que fije los criterios para acudir a un procedimiento de ejecución en forma específica o a un proceso de ejecución por expropiación, en tanto que el deudor puede optar entre ejecutar lo impuesto en sentencia o desobedecer el mandato judicial y resarcir económicamente al acreedor por los daños y perjuicios originados. Vid. *Las Condenas no Pecuniarias (Ejecución de Sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Palma de Mallorca, 1984, pp. 20 y ss.; vid.

El artículo 1.098 del Código Civil[271] constituye, en materia de Derecho sustantivo, la norma básica relativa a la regulación de la ejecución forzosa[272] en las obligaciones de hacer[273].

De acuerdo con el primer párrafo del artículo citado, la prescripción de que se haga a costa del deudor[274], implica que la actuación del mismo puede ser ejecutada por una

---

también LACRUZ, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, Barcelona, 1991, pp. 278 y ss.; SANTOS BRIZ, *Comentario al Artículo 1.098 del Código Civil. Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo IV*, Madrid, 1995, pp. 56-57; PUIG PEÑA, op. cit. en nota 163, p. 163; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 165, p. 333; ALBALADEJO, *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, Volumen 1*, Barcelona, 1989, pp. 204 y ss.

[271]Artículo 1.098 del Código Civil Español. «*Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa.*

Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho».

[272]Señala TAPIA FERNÁNDEZ que todo procedimiento de ejecución se desenvuelve hacia la eficaz reparación del orden jurídico infringido por el incumplimiento del deudor, «dando prácticamente al titular de un derecho todo aquello y precisamente aquello que tiene derecho a conseguir», para la autora, si la ejecución forzosa de las obligaciones se considera como «satisfacción coactiva» de la obligación infringida, el punto de partida será la obligación incumplida y la respuesta del Ordenamiento Jurídico a los efectos de satisfacer el interés lesionado del acreedor. Vid. op. cit. en nota 270, p. 35; Para HERNÁNDEZ GIL la ejecución forzosa tiene una significación judicial, en tanto que no solamente se refiere al procedimiento de ejecución sino también a la ejecución proveniente de una sentencia condenatoria. «Hay ejecución forzosa, pues, únicamente cuando la relación obligatoria penetra en el Juzgado para ser dotada de efectividad». Este autor señala que la ejecución forzosa puede ser definida, de forma genérica, «*como el modo de realizarse judicialmente la obligación y la responsabilidad*». Vid. *Derecho...*, cit. en nota 167, pp. 468 y ss.; vid. asimismo MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 494.

[273]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 173, pp. 28-30; SANTOS BRIZ, op. cit. en nota 270, pp. 56-59; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 165, pp. 326-341.

[274]Por la doctrina se ha cuestionado acerca de si la previsión del artículo 1.098 del Código civil, «*se mandará ejecutar a su costa*», implica en todo momento la necesidad de una autorización judicial para obtener el cumplimiento por un tercero de la prestación, o bien si cabe la posibilidad de que el acreedor pueda procurarse la prestación directamente y repercutir luego su costo en el deudor incumplidor. Para MARTÍN PÉREZ con la expresión que se contiene en el Código civil, se mandará, se hace referencia a una resolución judicial, por lo que el acreedor no puede disponer por sí que se cumpla la obligación por medio de otra persona, si además se tiene en cuenta lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el régimen general, afirma este autor, viene claramente establecido y con mayor rotundidad se debe entender que es necesaria una decisión judicial en virtud del ejercicio de la acción de cumplimiento por parte del deudor. Vid. op. cit. en nota 165, pp. 336-337; en el mismo sentido señala SANTOS BRIZ que no es admisible que el acreedor pueda actuar por sí mismo en caso de incumplimiento del deudor. Vid. op. cit. en nota 270, p. 57; en contra, MORENO QUESADA se pregunta si ese recurso a la autoridad judicial es siempre imprescindible. Señala este autor que el artículo 110.1 y 2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 admite la actuación del acreedor-arrendatario por sí mismo, así como también se permitió esta actuación por el arrendatario en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1964, de 12 de abril de 1955 y 20 de noviembre de 1959. Concluye este jurista que cabe la posibilidad de una ejecución directa por el acreedor, sin necesidad de intervención judicial, a expensas del deudor, cuando se cumplan las siguientes condiciones: que previamente el acreedor intime al deudor a los efectos de comunicarle las condiciones en que piensa actuar, en segundo lugar, que dicha actuación pueda llevarla a cabo el acreedor dentro del ámbito

tercera persona, que reemplaza al obligado. En este caso, la obligación deberá ser cumplida en los mismos términos por éste último y su comportamiento satisfacer en igualdad de condiciones el interés del acreedor[275]. Se trata, por tanto, de una conducta que sustituye y es equivalente a la del deudor, quien deberá asumir el coste económico o la retribución del trabajo del sustituto[276].

No obstante, estas conclusiones deberán ser atemperadas de acuerdo a lo señalado en los artículos 1.161 y 1.166-2° del Código Civil[277], y los artículos 923 y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[278].

---

de su propia esfera de actuación, sin invadir el círculo posesorio del deudor y, finalmente, que exista una verdadera necesidad o urgencia de que se actúe de esta manera. Cfr. op. cit. en nota 165, pp. 494-497.

[275]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 680; LACRUZ, op. cit. en nota 269, p. 79; PUIG BRUTAU, op. cit. en nota 165, pp. 453 y ss.; PUIG PEÑA, op. cit. en nota 163, p. 163; CASTÁN, op. cit. en nota 165, p. 239; BADOSA, op. cit. en nota 173, p. 30; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 499; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit. en nota 167, p. 471; por otro lado, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO apunta que, como regla general, la eficacia del pago efectuado por un tercero está sujeta a las mismas condiciones en que debía haberlo ejercitado el deudor, al tratarse éstas de condiciones objetivas donde no existe posibilidad de alteración. Sin embargo, continúa, el cumplimiento de la obligación por una tercera persona, sin la colaboración del deudor, debe considerarse como incompleto, toda vez que existe una diferencia entre los términos *satisfacción del interés del acreedor*, lo cual se puede conseguir con la conducta de una tercera persona, y *cumplimiento de la obligación* que únicamente se logra cuando de un modo total y completo se cumple lo que se debía. Cfr. *El Cumplimiento de las Obligaciones*, Madrid, 1956, pp. 131-132.

[276] Señala ALBALADEJO que ejecutar a costa del deudor significa obtener de su patrimonio bienes suficientes con los que costear el cumplimiento de la prestación por otra persona. Vid. op. cit en nota 270, p. 206; vid. asimismo, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit. en nota 167, pp. 470-471; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 680; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 499; SANTOS BRIZ, op. cit. en nota 270, pp. 56-57.

[277]Artículo 1.161 del Código Civil. «*En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación*»

Artículo 1.166, 2° párrafo. «*Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor*».

[278]Artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «*Si la sentencia contuviere condena de hacer, o de no hacer, o de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida, se procederá a darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto, y que se expresan en los artículos que siguen.*

En todos estos casos, si no puede tener inmediato cumplimiento la ejecutoria, cualquiera que sea la causa que lo impida, podrá decretarse el embargo de bienes a instancia del acreedor en cantidad suficiente, a juicio del Juez, para asegurar lo principal y las costas de la ejecución.

El deudor podrá librarse de este embargo dando fianza suficiente, a satisfacción del Juez».

Artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «*Si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliere con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el Juez al efecto le señale, se hará a su costa; y si por ser personalísimo el hecho no pudiera verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios.*

Si se hubiere fijado en la sentencia la importancia de éstos para el caso de inejecución, se procederá a lo que respecto del cumplimiento de la sentencia en que hay condena de cantidad líquida se previene en el

Estas normas ponen de relieve que en nuestro Derecho positivo se admite la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer, que se efectúa, cuando las cualidades personales del deudor no poseen una relevancia especial, al margen de su persona, es decir, actuando únicamente sobre su patrimonio[279].

Por ello, siempre que una Sentencia judicial condene a la realización de un *facere* de naturaleza fungible, se prescribe que se hará a costa del deudor, lo que supone que, al ejecutar la prestación un tercero, aquél será condenado a satisfacer los gastos de la misma y si se niega, se procederá según los trámites señalados para la satisfacción de una condena pecuniaria: embargo de bienes y apremio sobre ellos[280].

En el caso de prestaciones de hacer de carácter personalísimo se excluye la ejecución forzosa, en tanto que, en el supuesto de incumplimiento, sólo procede la obligación de indemnizar[281]. De este modo, cuando la prestación consista en la ejecución de un hecho que únicamente el deudor pueda realizar o dependa de los conocimientos especiales que tenga, se señala que, en virtud del respeto de la Ley por la libertad y la autonomía individual, la

---

artículo 921.

En otro caso se procederá conforme a lo establecido en los artículos 928 y siguientes».

[279]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 173, p. 30; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 499.

[280]Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 270, p. 108.

[281]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 173, p. 30; por su lado, MORENO QUESADA entiende que deben de matizarse las conclusiones según las cuales en las prestaciones de carácter personalísimo, si no se verifica el cumplimiento *in natura* de la obligación, deba entenderse que el deudor opta por el resarcimiento de perjuicios. Advierte este autor que no se puede excluir la posibilidad de que si el acreedor, a pesar de tratarse de una prestación personalísima, prefiere la ejecución por un tercero y a costa del obligado, deba renunciar a esta ejecución en forma específica si considera que es satisfactoria a sus intereses. Como argumentos a favor de esta hipótesis señala que es precisamente el propio acreedor el principal juez de sus propios intereses y, por tanto, a él le corresponde decidir si su interés se encuentra satisfecho con la conducta de un tercero. Asimismo añade que este cumplimiento por persona distinta del deudor, no originaría perjuicio al patrimonio del acreedor, puesto que se satisface el interés que el mismo tenía en el cumplimiento de la obligación. En tercer lugar apunta que si no se concede al acreedor esta posibilidad de elegir, la opción entre el cumplimiento de la prestación y el resarcimiento de los daños recaería sobre el deudor incumplidor. Por último argumenta que la solución más razonable y conforme con el concepto de obligación es la consideración de que siempre que sea posible se satisfaga al acreedor con el cumplimiento de la prestación debida. Vid. op. cit. en nota 165, pp. 499-500; este último argumento también se observa en ALBALADEJO para quien: «Esa solución de establecer en primer término la necesidad de que, en cuanto sea posible, venga satisfecho el acreedor precisamente con la prestación debida (lo que se denomina ejecución *in natura*) es la más justa y acorde con el concepto de obligación, ya que con la misma se persigue obtener la prestación precisamente, y no una indemnización. Quedando ésta sólo como último recurso para cuando aquélla no pueda obtenerse, o en tanto en cuanto no pueda serlo exactamente». Cfr. op. cit. en nota 270, p. 206; vid. también, DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 680.

obligación de hacer se convierte en otra de daños y perjuicios[282].

En ambos supuestos (hacer fungible o infungible), los trámites señalados para la ejecución son los mismos en el instante inicial. El Juez, en primer lugar, dicta una resolución de carácter coactivo y concede un plazo para que el condenado cumpla la obligación. Transcurrido este período sin que se realice la conducta señalada, si la prestación puede ser cumplida por un tercero, se ejecutará a costa del condenado. Por el contrario, cuando este cumplimiento exacto no sea posible, porque no quepa la actuación de un tercero, se procederá a la indemnización pecuniaria[283].

Asimismo, el párrafo segundo del artículo 1.098 del Código Civil prevé la posibilidad de que el deudor realice la actividad debida, pero de forma incorrecta, en cuyo caso, ordena que o bien se haga correctamente a su costa o que también pueda decretarse

---

[282]TAPIA FERNÁNDEZ manifiesta que esta hipótesis según la cual en las prestaciones de hacer infungibles el incumplimiento del deudor da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, es errónea por su parcialidad. Y señala que en el derecho medieval español se admitió la posibilidad de compeler al deudor a la realización de la conducta debida. «En cualquier caso, el acreedor de una obligación de este tipo (infungible) ve la realización de su derecho condicionada a la voluntad del deudor en cumplir la condena en la específica forma señalada en la ejecutoria, o resarcir mediante el equivalente pecuniario. [...] Y es evidente que un condenado insolvente optará siempre por el resarcimiento de perjuicios, puesto que de este modo, ni se le constriñe a cumplir *in specie*, ni sufrirá lesión en su patrimonio (¿inexistente?)». La autora, como conclusión, aboga por la aplicación en el procedimiento español de medidas de coerción (astricciones y constricciones), tales como el empleo de multas o el arresto sustitutorio, a los efectos de facilitar el cumplimiento de sentencias que contengan una condena a hacer. Cfr. op. cit. en nota 270, pp. 127-140.

[283]Vid. GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Ejecución Forzosa por obligaciones de Hacer, no Hacer y Dar Cosas Determinadas*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1974, pp. 854-855; BADOSA, op. cit. en nota 173, p. 30; TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 270, pp. 108 y 112; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 170, pp. 283-287; MONTERO AROCA, op. cit. en nota 256, p. 78; RAMOS MENDEZ, op. cit. en nota 225, p. 1031; por su parte, HERNÁNDEZ GIL apunta que el primer paso del procedimiento de ejecución es ordenar al deudor lo que proceda para la ejecución de la sentencia: «Si la prestación es de hacer, lo único ordenable al condenado es el hacer mismo. Se acude a él, a su conducta, todavía o de nuevo, tras haberse producido la transgresión determinante de la sentencia condenatoria. Sigue contando la persona del deudor. Estando ya la obligación en plena fase de sanción o de responsabilidad, lo que cuenta no es exclusivamente el patrimonio, pese a que tantas veces se ha dicho que todo el poder del acreedor recae sobre el patrimonio [...] El incumplimiento de lo judicialmente ordenado no da lugar, en rigor, a una sanción. Hay más una invitación a cumplir que una orden. Por eso si no se consigue lo pretendido, se abre toda modalidad de la ejecución: hacer a costa del deudor lo omitido por éste extrajudicial y judicialmente. Aquí coincide el artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el artículo 1.098 del Código Civil. Entonces es cuando ha de desplegarse una conducta no procedente del deudor; pero la ejecución sigue siendo en forma específica. La ejecución mediante indemnización, en las sentencias condenatorias a obligaciones de hacer, sólo aparece en escena, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tercero y último lugar; cuando, por tratarse de un hecho personalísimo, no quepa realizarlo a su costa». Cfr. *Derecho...*, cit., en nota 167, pp. 471-472;

que se destruya lo mal hecho[284]. Lo que se contempla, por tanto, es la destrucción de lo mal hecho como presupuesto de la correcta ejecución a expensas del deudor[285], y al relacionar este precepto con lo señalado en el párrafo segundo del artículo 1.166 del Código Civil, la indicada contravención no deberá únicamente ser entendida como falta de identidad entre lo realizado y lo debido, sino también como falta de integridad o ejecución incompleta de la prestación[286].

Si resulta evidente que toda actividad ejecutiva debe tener como finalidad otorgar al acreedor-ejecutante el exacto cumplimiento de la prestación, puesto que ésta es la única manera de satisfacer plenamente su interés[287], la doctrina ha puesto de relieve que esta Teoría no se cumple en las obligaciones de hacer en nuestro Derecho[288]. El respeto a la libertad personal del deudor y el principio de que no puede aplicarse constricción alguna sobre la voluntad humana inspiran toda la regulación normativa, tanto sustantiva como

---

[284]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 680; BADOSA, op. cit. en nota 173, p. 30; DORAL GARCÍA, op. cit. en nota 269, p. 596; ALBALADEJO, op. cit. en nota 270, p. 205; SANTOS BRIZ, op. cit. en nota 270, p. 57; CASTÁN op. cit. en nota 165, p. 165. BONET RAMÓN, op. cit. en nota 165, p. 214; LACRUZ, op. cit. en nota 270, p. 79; TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 270, p. 119; PUIG BRUTAU, op. cit. en nota 165, p. 453; PUIG PEÑA, op. cit. en nota 163, p. 104.

[285]Cfr. MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 165, p. 339; por otro lado, BADOSA indica que el artículo 1.098 II determina una medida complementaria para los supuestos de obra mal hecha. Señala este autor que la destrucción de lo mal hecho no es una medida que corresponda a la ejecución forzosa sino a la indemnización de daños y, por ello, se refiere a la reparación *in specie*: «En efecto, la petición del acreedor de «deshacer» lo mal hecho sólo es concebible cuando lo contempla como un perjuicio incompatible con el cumplimiento». Para este jurista, en este sentido, el artículo 1.098 hace referencia a medidas judiciales entre las que se incluye la destrucción de lo mal hecho. Cfr. op. cit. en nota 173, p. 30.

[286]Para MARTÍN PÉREZ, en este segundo supuesto, falta de integridad de la prestación efectuada, deberán conectarse lo regulado en el artículo 1.098.II con lo dispuesto en el artículo 1.169 del Código Civil. Vid. op. cit. en nota 165, p. 340; por otro lado, DORAL GARCÍA habla de cumplimiento defectuoso de la prestación, y señala que éste se refiere más bien a la calidad o cantidad. Para este autor defectuoso es un término que se utiliza con «relación a», y por ello, se trata de un concepto jurídico indeterminado. Vid. op. cit. en nota 269, p. 596.

[287]Vid. en este sentido ALBALADEJO, op. cit. en nota 270, p. 206; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 494; MONTERO AROCA, op. cit. en nota 256, p. 71; RAMOS MENDEZ, op. cit. en nota 225, p. 1029.

[288]VERDERA SERVER señala, refiriéndose a las prestaciones de hacer infungibles, que la mayor crítica que se le puede hacer a la regulación normativa de la materia, es la desidia o el desinterés del legislador al regular la posibilidad de obtener el cumplimiento forzoso y la semejante sencillez con que se logra la indemnización de daños y perjuicios. Vid. op. cit. en nota 170, p. 297.

procesal, en materia de obligaciones de hacer[289]. Esto tiene como consecuencia que, tanto el cumplimiento de la obligación como el proceso de ejecución para exigir el citado cumplimiento, se hacen depender exclusivamente de la voluntad del deudor-ejecutado[290]. En este sentido, el sistema legal ha sido calificado de inadecuado, falto de eficacia para cumplir las resoluciones judiciales y de extraordinariamente parco, siendo las lagunas en su regulación muy numerosas[291].

3.1.2. LA OBLIGACIÓN CONSISTENTE EN EMITIR UNA DETERMINADA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

Existen una serie de supuestos en nuestro Ordenamiento Jurídico, donde parece que

---

[289]Señala MONTERO AROCA que tanto la imposibilidad natural como la jurídica convierten a la ejecución específica en genérica (resarcimiento económico). Si la ejecución específica, afirma este autor, únicamente es posible forzando la voluntad del ejecutado y obligándole a la realización de aquello que no quiere, nos encontramos también en este supuesto con una hipótesis de imposibilidad, puesto que el límite está en «los derechos fundamentales del hombre, por cuanto éste no puede ser obligado por la fuerza a hacer lo que no quiere». Cfr. op. cit. en nota 256, p. 74.

[290]Esto no quiere decir que en las prestaciones de hacer fungibles el acreedor no vea satisfecho su interés mediante la realización de la misma conducta debida, pero no por el deudor sino por una tercera persona, a través de la actividad ejecutiva. Vid. BADOSA, op. cit. en nota 173, p. 30; RAMOS MENDEZ, op. cit. en nota 225, pp. 1029-1030; TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 270, p. 140; no obstante, señala MONTERO AROCA que existen supuestos de obligaciones de hacer en las que se admite la coerción del deudor a los efectos de realizar aquello que no cumplió, se trata de obligaciones en las que el hacer no puede ser calificado de personalísimo y en los que la conversión en dinero carece de sentido, y propone como ejemplos, el lanzamiento por desahucio, la negativa de uno de los cónyuges a abandonar el domicilio conyugal o la negativa de un cónyuge a permitir que el otro ejercite el derecho de visitas de sus hijos regulado en sentencia, Vid. op. cit. en nota 256, pp. 72-73.

[291]En este sentido, DORAL GARCÍA indica que la normativa vigente sobre ejecuciones de obligaciones de hacer es sobre todo inadecuada cuando se trata de derechos de carácter no patrimonial y de obligaciones no susceptibles de ejecución específica. Asimismo destaca que: «Son muchos los inconvenientes y peligros de hacer descansar la ejecución en la cooperación del deudor: condiciones económicas del obligado, caprichos, cinismo, indolencia negativa, pero también la coacción indirecta, la penalidad y sanción, traslada al deudor la eventualidad de esos mismo peligros y abusos, con eficacia coercitiva superior a las formas públicas». Vid. op. cit. en nota 269, p. 590; del mismo modo, GUTIÉRREZ-ALVIZ señala que el problema fundamental del cumplimiento de las obligaciones de hacer deriva de la falta de eficacia para cumplir el mandato judicial y que: «la coacción es insuficiente, al ser usual la solución de novar la obligación en el genérico resarcimiento de daños, tan grato al legislador». Cfr. op. cit. en nota 283, p. 852; MONTERO AROCA a propósito de la regulación de la ejecución de obligaciones no pecuniarias apunta: «Estamos, pues, ante una extraordinaria parquedad. Con todo lo importante no es el número, sino el contenido, y con relación a éste hay que decir que la LEC prevé el mínimo del mínimo, siendo las lagunas numerosas, los detalles inexistentes y faltan los instrumentos adecuados para conseguir un resultado proporcionado a la pretensión». Vid. op. cit. en nota 256, p. 71; vid. igualmente TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 270, pp. 107 y 130; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, pp. 497 y 501 y 502; RAMOS MENDEZ, op. cit. en nota 225, p. 1029; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 170, p. 298.

el problema de la ejecución forzosa de la obligación de hacer no tiene una solución tan uniforme como anteriormente se ha visto. Nos encontramos ante hipótesis en las que el deudor no debe dar cumplimiento a una concreta obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, sino que se encuentra sujeto al deber de emitir una determinada declaración de voluntad a los fines de formalizar un acto jurídico inexistente[292].

Se está haciendo referencia a todos aquellos casos en los que la obligación no consiste en un hacer material sino en la realización de un acto jurídico y en particular a la prestación de un consentimiento o a la existencia de un contrato preparatorio de otro posterior[293].

El concepto del precontrato se construye por la doctrina española a partir del artículo 1.451 del Código Civil[294], que hace referencia a la promesa de venta[295].

Esencialmente pueden destacarse dos posiciones acerca de la cuestión que nos interesa. La primera postura supone considerar que el precontrato indica la intención de las

---

[292]DÍEZ-PICAZO señala que tradicionalmente se establecía que no era posible, ni jurídica ni materialmente, en virtud del principio «*nemo ad factum praecise cogi potest*», coaccionar la voluntad del deudor a los efectos de que realizara la conducta debida. Sin embargo, continúa, hoy no existe gran dificultad en admitir que la conducta del deudor pueda ser sustituida por la intervención de la autoridad judicial, en aquellos supuestos en los que tal sustitución se considere adecuada para satisfacer el interés del acreedor, lo cual sucede cuando la prestación consiste en le emisión de una declaración de voluntad. Cfr. op. cit. en nota 4, p. 680.

[293]Cfr. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 500; por otro lado, MONTÓN REDONDO, en torno a la figura del precontrato, señala que, en su período de formación, al centrarse la importancia del mismo no ya en lo que las partes querían expresar sino en el momento en el que manifiestan su voluntad, aparentemente, el precontrato alcanza su identidad con el contrato definitivo. Surgen, señala este autor, dos posiciones doctrinales en este momento. Según la primera, el pacto o contrato preparatorio vincula a las partes a la conclusión de un contrato futuro, de esta manera, el objeto del mismo no es el contrato que habrá de celebrarse sino su conclusión, es decir, éste consiste en una actividad (*facere*) que exige la prestación del consentimiento necesario para ello. Al tratarse de un acto estrictamente personal del deudor es incoercible y, por ello, en caso de incumplimiento no cabe la posibilidad de sustituir aquella voluntad que no ha querido ser prestada, lo que tiene como consecuencia que únicamente es posible la condena a la indemnización de los daños y perjuicios causados. La segunda posición, continúa este autor, considera que la realización del contrato posterior puede ser exigida judicialmente, pero no a título de sustitución, sino mediante la subrogación del Juez en la voluntad que el obligado por aquel pacto no quiso prestar. En este último supuesto, se considera que el procedimiento de ejecución es consecuencia de la falta de voluntad del ejecutado, y puede, por tanto, prescindirse de la misma a los fines de conseguir un resultado semejante al que se hubiera obtenido mediante un cumplimiento voluntario. Cfr. *¿Es ejecutable la sentencia exigente de una declaración de voluntad?*, Revista de Derecho Procesal, 1995, nº 3, pp. 977-978.

[294]Artículo 1.451 del Código Civil. «*La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato.*

Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente Libro».

[295]Vid. RAMOS MENDEZ, op. cit. en nota 225, p. 1039; MONTÓN REDONDO, op. cit. en nota 293, p. 988.

partes para vincularse a la realización de un contrato posterior, de tal forma que cabe que sea exigido judicialmente y, por tanto, el Juez puede hacerlo efectivo[296]. Se señala que la relación precontractual en esta hipótesis, debe contener todos los elementos esenciales que determinan el contrato definitivo[297]. En caso contrario, al no tener los elementos esenciales

---

[296]No obstante, para MONTÓN REDONDO las posiciones doctrinales existentes respecto de esta figura y sus fundamentaciones jurídicas deben sistematizarse, básicamente, en cuatro grupos principales. El primero de ellos, es el encabezado por LACRUZ que señala que en el precontrato la intención de las partes es dar eficacia a una determinada relación contractual, prestando el consentimiento necesario para ello, sin embargo aplazan los posibles efectos del mismo. De esta manera si se produce un incumplimiento de lo convenido éste no perjudica al perfeccionamiento del contrato, de tal forma que puede ser exigido ejecutivamente. En segundo lugar, para FEDERICO DE CASTRO el precontrato puede entenderse como una fase preparatoria de un *iter* negocial con dos momentos. El primero es la promesa con la que se acuerda el contrato y surge la legitimación necesaria para exigirlo. El segundo es el momento de su exigencia. El contrato puede exigirse judicialmente puesto que no necesita de una declaración de voluntad distinta de la ya prestada en su inicio. Si esta promesa contiene todos los elementos esenciales del contrato al que hace referencia, cabe la posibilidad de compeler al deudor a su cumplimiento. En tercer lugar se encuentra la posición seguida por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, para quienes el precontrato crea un vínculo del que surge el derecho a exigir su cumplimiento, siempre que estén determinados sus elementos esenciales. Si una de las partes no cumple, el Juez puede sustituir la voluntad que no se prestó. Finalmente para MANRESA la promesa bilateral de contratar tiene el mismo valor que el contrato definitivo, éste se considerará perfeccionado si hay conformidad en la cosa y en el precio, y se admite que su cumplimiento sea exigible judicialmente. Cfr. op. cit. en nota 293, pp. 989-990.

[297]Vid. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 501; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, Madrid, 1985, p. 113; ALBALADEJO, op. cit. en nota 270, p. 467; RAMOS MENDEZ, op. cit. en nota 225, pp. 1039-1040; CASTÁN, op. cit. en nota 165, p. 239; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 165, pp. 333-336; por otro lado, MONTERO AROCA distingue en el precontrato tres supuestos, según se hayan establecido o no los elementos esenciales del contrato: «1°. Que en el precontrato se hayan establecido, además de los elementos esenciales, también los elementos naturales e incluso los accidentales, con lo que en realidad en el mismo se ha fijado la totalidad de lo que, en su caso, debería establecer el contrato definitivo. En este caso la sentencia no debería de condenar a emitir una declaración de voluntad, ni tiene nada que sustituir el juez, bastando con que éste se limite a dar por existente el contrato y a condenar a la obligación contenida en él de pagar o entregar la cosa, con lo que estamos ante una obligación dineraria o de dar. Es posible que queden actos de perfeccionamiento (por ejemplo, otorgar escritura pública), pero estos actos son fungibles y puede realizarlos el juez, sin que realmente quepa hablar de emisión de una declaración de voluntad por otra persona. 2°. Que en el precontrato se hayan fijado sólo los elementos esenciales, pero no los naturales y accidentales. Tampoco estamos aquí realmente ante una condena a la emisión de una declaración de voluntad; si se atiende bien la alternativa no radica en condenar o no a esa emisión, que luego en ejecución puede ser sustituida por el juez; la alternativa está entre imponer los efectos del contrato (pagar, entregar), partiendo de la base de que los elementos esenciales son los fijados por las partes y los naturales los establecidos por la ley, o considerar que a lo que se obligaron las partes contratantes fue a «hacer algo», y que ese «algo» es una emisión de voluntad consistente en un «querer», por lo que a ello se reduce la condena, para a continuación estimar que ese es un hacer no fungible y que ante la negativa del ejecutado, con base en el art. 924, se transforma en el resarcimiento de perjuicios. Esta segunda opción de la alternativa fue la seguida por nuestra jurisprudencia, por lo menos hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950. Hoy ya de modo unánime se sostiene que, existiendo los elementos esenciales, la resistencia de la parte a concluir la compraventa no da lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que se faculta a la otra para exigir el cumplimiento del contrato definitivo. 3°. Que en el precontrato no se hayan establecido los elementos esenciales. Hay que advertir que tampoco aquí estaríamos realmente sólo ante una sustitución en la emisión declarativa de la voluntad, ni aun en el caso de que el Ordenamiento admitiera esto como posible, pues se trataría principalmente de determinar los elementos esenciales del contrato y después de manifestar la voluntad. La naturaleza infungible de estos actos parece evidente, pero el Estado puede convertirlos en fungibles mediante una norma expresa, y en nuestro ordenamiento tenemos un claro ejemplo en la Ley de

partes para vincularse a la realización de un contrato posterior, de tal forma que cabe que sea exigido judicialmente y, por tanto, el Juez puede hacerlo efectivo[296]. Se señala que la relación precontractual en esta hipótesis, debe contener todos los elementos esenciales que determinan el contrato definitivo[297]. En caso contrario, al no tener los elementos esenciales

---

[296]No obstante, para MONTÓN REDONDO las posiciones doctrinales existentes respecto de esta figura y sus fundamentaciones jurídicas deben sistematizarse, básicamente, en cuatro grupos principales. El primero de ellos, es el encabezado por LACRUZ que señala que en el precontrato la intención de las partes es dar eficacia a una determinada relación contractual, prestando el consentimiento necesario para ello, sin embargo aplazan los posibles efectos del mismo. De esta manera si se produce un incumplimiento de lo convenido éste no perjudica al perfeccionamiento del contrato, de tal forma que puede ser exigido ejecutivamente. En segundo lugar, para FEDERICO DE CASTRO el precontrato puede entenderse como una fase preparatoria de un *iter* negocial con dos momentos. El primero es la promesa con la que se acuerda el contrato y surge la legitimación necesaria para exigirlo. El segundo es el momento de su exigencia. El contrato puede exigirse judicialmente puesto que no necesita de una declaración de voluntad distinta de la ya prestada en su inicio. Si esta promesa contiene todos los elementos esenciales del contrato al que hace referencia, cabe la posibilidad de compeler al deudor a su cumplimiento. En tercer lugar se encuentra la posición seguida por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, para quienes el precontrato crea un vínculo del que surge el derecho a exigir su cumplimiento, siempre que estén determinados sus elementos esenciales. Si una de las partes no cumple, el Juez puede sustituir la voluntad que no se prestó. Finalmente para MANRESA la promesa bilateral de contratar tiene el mismo valor que el contrato definitivo, éste se considerará perfeccionado si hay conformidad en la cosa y en el precio, y se admite que su cumplimiento sea exigible judicialmente. Cfr. op. cit. en nota 293, pp. 989-990.

[297]Vid. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 501; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, Madrid, 1985, p. 113; ALBALADEJO, op. cit. en nota 270, p. 467; RAMOS MENDEZ, op. cit. en nota 225, pp. 1039-1040; CASTÁN, op. cit. en nota 165, p. 239; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 165, pp. 333-336; por otro lado, MONTERO AROCA distingue en el precontrato tres supuestos, según se hayan establecido o no los elementos esenciales del contrato: «1°. Que en el precontrato se hayan establecido, además de los elementos esenciales, también los elementos naturales e incluso los accidentales, con lo que en realidad en el mismo se ha fijado la totalidad de lo que, en su caso, debería establecer el contrato definitivo. En este caso la sentencia no debería de condenar a emitir una declaración de voluntad, ni tiene nada que sustituir el juez, bastando con que éste se limite a dar por existente el contrato y a condenar a la obligación contenida en él de pagar o entregar la cosa, con lo que estamos ante una obligación dineraria o de dar. Es posible que queden actos de perfeccionamiento (por ejemplo, otorgar escritura pública), pero estos actos son fungibles y puede realizarlos el juez, sin que realmente quepa hablar de emisión de una declaración de voluntad por otra persona. 2°. Que en el precontrato se hayan fijado sólo los elementos esenciales, pero no los naturales y accidentales. Tampoco estamos aquí realmente ante una condena a la emisión de una declaración de voluntad; si se atiende bien la alternativa no radica en condenar o no a esa emisión, que luego en ejecución puede ser sustituida por el juez; la alternativa está entre imponer los efectos del contrato (pagar, entregar), partiendo de la base de que los elementos esenciales son los fijados por las partes y los naturales los establecidos por la ley, o considerar que a lo que se obligaron las partes contratantes fue a «hacer algo», y que ese «algo» es una emisión de voluntad consistente en un «querer», por lo que a ello se reduce la condena, para a continuación estimar que ese es un hacer no fungible y que ante la negativa del ejecutado, con base en el art. 924, se transforma en el resarcimiento de perjuicios. Esta segunda opción de la alternativa fue la seguida por nuestra jurisprudencia, por lo menos hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950. Hoy ya de modo unánime se sostiene que, existiendo los elementos esenciales, la resistencia de la parte a concluir la compraventa no da lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que se faculta a la otra para exigir el cumplimiento del contrato definitivo. 3°. Que en el precontrato no se hayan establecido los elementos esenciales. Hay que advertir que tampoco aquí estaríamos realmente sólo ante una sustitución en la emisión declarativa de la voluntad, ni aun en el caso de que el Ordenamiento admitiera esto como posible, pues se trataría principalmente de determinar los elementos esenciales del contrato y después de manifestar la voluntad. La naturaleza infungible de estos actos parece evidente, pero el Estado puede convertirlos en fungibles mediante una norma expresa, y en nuestro ordenamiento tenemos un claro ejemplo en la Ley de

que configuran el contrato definitivo, en el supuesto de incumplimiento del precontrato, nos encontraríamos ante una obligación personalísima y por ello, no sustituible por una resolución judicial, de tal modo que únicamente cabría la condena a una indemnización de daños y perjuicios[298].

La segunda posición supone considerar que el objeto del precontrato es un hacer infungible que consiste en la prestación personal de un consentimiento necesario para celebrar un contrato, de tal manera que su incumplimiento se ultima únicamente en la indemnización de daños y perjuicios, al no caber la sustitución del consentimiento que no se quiso o pudo prestar[299].

En definitiva, para averiguar si la relación jurídica precontractual es exigible o no, lo que conllevaría a la admisión o al rechazo de la posibilidad de reclamar el cumplimiento forzoso de la obligación de emitir la declaración de voluntad inicialmente omitida, habría que determinar con precisión cual es la verdadera intención de las partes al contraer la citada obligación.

Si los contratantes, al celebrar el precontrato, solamente acordaron la opción de pactar un nuevo contrato, pero sin vincularse de forma inmediata a sus efectos; si

---

Arbitraje de 1988». Cfr. op. cit. en nota 256, pp. 84-85.

[298]Cfr. MONTÓN REDONDO que, además, indica que el Juez, en el supuesto de no cumplimiento de la obligación de emitir la declaración de voluntad, el Juez podría condenar a que ésta se emitiera, pero si no se cumple voluntariamente, tal declaración no es sustituible por su *imperium*. Vid. op. cit. en nota 293, p. 990.

[299]Cfr. MORENO QUESADA que, en este sentido apunta lo siguiente: «Puede haber casos en que la prestación de un hacer negocial no cumplida por el obligado, sea imposible sustituirla por la decisión del juez: por ejemplo, cuando se trate de obligaciones surgidas de contratos preliminares, que contengan sólo algunos de los elementos del contrato definitivo: por ejemplo, si las partes han asumido la recíproca obligación (completa y determinada en cuanto tal, exigible por consiguiente) de tratar entre sí para acordar las condiciones del futuro contrato». Señala este autor que en estos supuestos es claro que el juez no puede sustituir a la parte incumplidora mediante la subrogación, el Juez deberá, continúa, determinar en cada situación concreta, si el *pactum in contrahendo* origina o no una obligación a concluir el contrato definitivo que contenga todos sus elementos esenciales y, en este sentido, exista por ello posibilidad de ejecución forzosa en forma específica. Para este autor, la inexigibilidad no deriva de la prestación infungible sino de «la eficacia alteradora del orden de actuar que se deriva del acuerdo previo». Vid. op. cit. en nota 165, p. 401; por otra parte, PUIG PEÑA comenta en este sentido, los argumentos de la Sentencia de 9 de julio de 1940 que se manifestó contraria a la exigibilidad de la declaración de voluntad ante un incumplimiento de un precontrato, y afirma que esta figura jurídica hace surgir únicamente la obligación de prestar a su debido tiempo el consentimiento contractual y, en caso de incumplimiento, el único efecto que origina es el del resarcimiento de los daños y perjuicios, porque la autoridad judicial no puede sustituir la voluntad de una de las partes, «dando así irregularmente vida a un contrato, que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer». Cfr. op. cit. en nota 163, p. 164; vid. también DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit. en nota 297, p. 113; ALBALADEJO, op. cit. en nota 270, p. 467.

exclusivamente sentaron las bases para un contrato futuro, que incluso pudiera contener todos los elementos esenciales constitutivos de aquél, excepto el del consentimiento, los efectos del mismo solo pueden lograrse a través de la manifestación de la voluntad expresada libremente por el obligado a ello y, en caso de incumplimiento, la única solución posible es la indemnización de daños y perjuicios. En este supuesto, el Juez no puede sustituir la prestación del consentimiento necesario para perfeccionar el contrato futuro, al tratarse de un acto que debe ser considerado personalísimo[300].

Si, de otro modo, la intención de las partes era la de aplazar los efectos pactados a un momento futuro y concertar las bases del subsiguiente contrato, y expresar su deseo de vincularse definitivamente al mismo de forma indubitada; si ha quedado claro que la manifestación del consentimiento está dirigida a cumplir en un futuro la relación jurídica que ha sido acordada, se puede considerar que la voluntad de las partes ha quedado fijada eficazmente y entenderse que el contrato futuro está concluido, por lo que será exigible en sus propios términos, siempre que concurran todos los elementos esenciales para su validez y efectividad. En este sentido, si se produce un incumplimiento por parte del obligado, se admite la intervención del Juez a los fines de reemplazar la conducta que el deudor no quiere o no puede realizar[301].

3.1.3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina del Tribunal Supremo sigue en esta materia las prescripciones legales del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de tal modo que se distinguen, entre las obligaciones de hacer, dos modalidades o hipótesis, según que el *facere* del deudor consista o no en una actividad personalísima.

---

[300]DÍEZ-PICAZO señala que la solución al problema acerca de la coercibilidad o no de la voluntad del obligado en la figura jurídica del precontrato, dependerá en gran medida del punto de vista que se adopte en torno a la configuración jurídica del instituto. Asimismo sostiene que para la denominada tesis clásica, la obligación dimanante del precontrato no es una obligación directamente exigible, ni ejecutable en forma específica, por lo que su incumplimiento lleva directamente a la indemnización de daños y perjuicios. Vid. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I*, Madrid, 1970, pp. 206 y 215; vid. también MONTÓN REDONDO, op. cit. en nota 293, pp. 992-1002.

[301]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 300, pp. 206-208 y 215-217; vid. igualmente, MONTÓN REDONDO, op. cit. en nota 293, pp. 992-1002.

Con esta diferenciación se introduce la fungibilidad como característica relevante de la conducta objeto de la prestación de hacer, es decir, si cabe o no la posibilidad de que tal comportamiento pueda ser ejecutado por una tercera persona distinta del deudor, sin que por ello se modifique en modo alguno la calidad en el cumplimiento de la obligación.

Cuando la Sentencia condene al deudor a hacer alguna cosa de carácter fungible, es posible el cumplimiento de la misma sin la participación del obligado a ello, lo cual se verificará, una vez transcurrido el plazo que se señale al efecto, a su costa.

Cabe hacer referencia, respecto a la anterior postura, entre otras, a las siguientes resoluciones:

La Sentencia de 30 de septiembre de 1.983 (R. J. A. núm. 4.690), en su quinto considerando, se pronuncia en los siguientes términos: «Que en el quinto y último motivo y por la vía legal del núm. 1 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación de la doctrina jurisprudencial recogida en la SS. de este T. S. que cita, referente a la reparación de daños y perjuicios de forma específica, en el sentido de que sólo cuando ello no es posible, habrá de procederse a la reparación por equivalencia; motivo que tampoco es susceptible de estimación pues constan probados en los autos los continuos requerimientos efectuados por los propietarios (actuales recurridos) que fueron desatendidos por los hoy recurrentes, los cuales, después de la intervención del Ayuntamiento de Valencia ante los sucesos del día 21 de junio 1975, comenzaron las obras de reparación pero con un proyecto que no era el correcto desde el punto de vista técnico, lo que justificó la oposición de los demandantes (ahora recurridos); siendo por ello de aplicar lo dispuesto en el art. 1098 del C. Civ., a cuyo tenor «si el obligado a hacer alguna cosa, no la hiciere, se mandará hacer a su costa» que fue lo que ordenaron los juzgadores de instancia, con apoyo procesal en la facultad que les concedía el art. 928 de la L. E. Civ., condenando al pago de las obras de reparación indispensables que, naturalmente, habrán de realizarse acomodadas al informe técnico que asimismo consta en los autos»[302].

---

[302]La Sentencia de 30 de septiembre de 1983 resolvió el pleito derivado de la ejecución de un contrato de obra, cuyo objeto consistía en la construcción de un edificio por la empresa Construcciones R, cuyos titulares que actuaban como recurrentes y con la dirección técnica de los dos arquitectos que con ellos figuraron como demandados, promocionaron la venta por pisos del referido inmueble a los actuales propietarios (recurridos) que se organizaron en dos Comunidades. La obra se concluyó a principios de 1970, advirtiéndose, poco después, importantes defectos en la fachada, «que son de fábrica de ladrillo a cara vista, con unos fajones de piedra caliza

En el mismo sentido, la Sentencia de 13 de abril de 1.987 (R. J. A. núm. 2.706) señaló: «Si la sustancial conformidad entre lo pedido y lo otorgado apareja la desestimación del primero de los motivos según resulta del simple contraste efectuado en el fundamento inmediatamente antecedente, no ha de correr mejor suerte el motivo segundo que por el cauce del número 4º del mismo antiguo artículo 1692 alega defecto consistente en contener el fallo disposiciones contradictorias. La contradicción no se encuentra en el fallo, que, esencialmente condena «a reparar los daños» y a la realización de «las reparaciones y obras», siempre a costa del demandado, sin que la referencia a los dictámenes periciales tenga otra función dentro de la ejecución que la delimitativa de las obras en que la reparación ha de consistir, correlativa ésta a los vicios cuestionados en el litigio, mas sin que encierre contradicción, en el sentido procesal de este término, la diversidad de soluciones técnicas en orden a la ejecución práctica de las obras, que pudieran descubrirse en los dictámenes periciales»[303].

Asimismo, la Sentencia de 21 de octubre de 1.987 (R. J. A. núm. 7.308) consideró lo siguiente: «El precitado motivo, denuncia infracción, por inaplicación, del artículo 1101 del Código Civil, toda vez que el incumplimiento por el contratista de las obligaciones contraídas, reflejado en los defectos observados en la construcción, lleva consigo una

---

que se extiende a lo largo de cada uno de los forjados, comenzando a producirse desprendimientos con peligro incluso para los peatones que circulaban por la calle, lo que dio lugar a una serie de requerimientos para la adopción de las medidas necesarias que subsanasen los defectos, que fueron desatendidos por los constructores». El 21 de junio de 1975, un nuevo desprendimiento provocó daños en dos vehículos aparcados delante del inmueble, lo que motivó la inspección del Ayuntamiento que, después del informe del arquitecto municipal, requirió a los constructores para que, con la máxima urgencia, efectuasen la reparación de la señalada fachada. Saneamiento que comenzó la requerida, pero que luego abandonó sin motivo justificado, lo que dio lugar a la interposición de la demanda contra los constructores y los arquitectos, (previo acto de conciliación sin avenencia), en la que se solicitaba la condena solidaria al pago del importe de la obra a realizar así como de lo satisfecho por los daños ocasionados a los automóviles. Pretensión que fue estimada por el Juzgado de 1ª instancia, y confirmada por la Sentencia que resolvió el recurso de apelación interpuesto por los demandados. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

[303]La Sentencia de 13 de abril de 1987 decidió en el recurso de casación planteado con ocasión del siguiente litigio: La demandante doña Mª Josefa P., como presidente de una Comunidad de propietarios de un edificio, formuló demanda contra los constructores del mismo, don Juan B. y otros, sobre reparación de daños en el inmueble con realización de las obras necesarias para subsanar los defectos o vicios constructivos. Los demandados se opusieron y el Juzgado de 1ª instancia estimó en parte la demanda y condenó a don Juan B. a reparar los daños en el inmueble de la actora, y realizase, a su cargo, las obras necesarias, y para el caso de que incumpliera esta obligación, a que las reparaciones y obras que se efectúen sean a su costa, y absolvió de la demanda al resto de los demandados. Dicha resolución fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia Territorial de Barcelona. El demandado don Juan B. interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

indemnización por daños y perjuicios. Es indudable que el contrato litigioso, a tenor del texto de los artículos 1544 y 1558 del Ordenamiento Civil, merece el calificativo de arrendamiento de obra con suministro de material, y en cuanto tal y fuera del evento previsto en el artículo 1591, es evidente que en los supuestos de inejecución total de la obra y de ejecución contraviniendo los términos de la obligación, se puede compeler al contratista a ejecutarla y rectificarla a su costa, según los casos de que se trate, e incluso, a desbaratar lo incorrectamente hecho, ofreciéndose al propietario, como remedio subsidiario, la posibilidad de obtener un resarcimiento económico por vía de daños y perjuicios, todo lo cual, se desprende del contenido de los artículos 1091, 1098 y 1101 del Código y en armonía con los mismos, esta Sala viene manteniendo la doctrina siguiente: «en caso de ejecución defectuosa de la obra por no ajustada a la pericia profesional exigible, asistirá al comitente la oportuna acción frente al contratista para exigir la reparación "in natura" o prestación específica realizando las obras de corrección indispensables por sí mismo o a su costa (artículos 1091 y 1098 del Código y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), bien instando el cumplimiento por equivalencia con carácter subsidiario (artículo 1101) que ha de cubrir todo el quebranto o desequilibrio patrimonial sufrido a causa del incumplimiento imputable al constructor»[304].

En esta dirección, declaró la Sentencia de 29 de junio de 1.988 (R. J. A. núm. 5.137) que: «Al segundo motivo, igualmente formulado al amparo procesal del ordinal tercero, con el que denuncian violación del párrafo primero del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduciendo los recurrentes que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia por exceso, al concederles indemnización por mayor cantidad que la pedida, concretamente por el concepto del costo de las obras para dar nueva salida a las aguas pluviales, cuya servidumbre de vertiente pasa sobre la casa de los demandados, aquí recurridos, ha de

[304]La Sentencia de 21 de octubre de 1987 resolvió el siguiente asunto: como consecuencia de la ejecución de unos trabajos u obras de reparación y reforma contratadas en un inmueble propiedad de don P. M., el constructor don M. S. promovió ante el Juzgado de 1ª instancia juicio declarativo de mayor cuantía contra el propietario en reclamación del importe de los referidos trabajos efectuados y pendientes de satisfacer. El demandado se opuso y formuló reconvención solicitando la cantidad correspondiente a los trabajos efectuados por otra empresa para subsanar los defectuosamente realizados por el constructor expresado. El juzgado de 1ª instancia desestimó tanto la demanda como la reconvención formulada. En trámite de apelación la Audiencia Territorial volvió a desestimar la reconvención y acogió parcialmente la demanda formulada por el constructor. El demandado interpuso recurso de casación contra la segunda Sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

corresponder el mismo destino desestimatorio, si bien con la matización que más adelante se dirá, pues aparte del contrasentido que ya entraña el que sean los favorecidos por esa supuesta mayor indemnización los que impugnen la misma, lo que pretenden con este motivo, como se desprende de su lectura, no es simplemente que se rebaje o reduzca la indemnización en la partida expresada, lo que, si así fuera, podrían haber conseguido, sin necesidad de acudir a este recurso, escuetamente con renunciar al percibo de la cantidad correspondiente a ella, sino que lo que pretenden es que prevalezca su particular e interesado criterio de que sea repuesto el alero del tejado a su estado originario, lo que no es posible, como ya razona la sentencia recurrida, pues el artículo 587 del Código Civil autoriza al dueño del predio que sufra la servidumbre de vertiente de los tejados, a dar otra salida a las aguas, ante cuya imposibilidad de reposición, los demandados, aquí recurridos, quedan, en principio, obligados a hacer por sí mismos las obras necesarias para esa nueva salida de aguas y sólo en el supuesto de que no las hagan, lo que habrá de ser comprobado en ejecución de sentencia, será cuando tenga virtualidad la indemnización concedida por el expresado concepto para que los actores, aquí recurrentes, puedan hacerlas a costa de aquéllos (artículos 1098 del Código Civil y párrafo segundo del 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en cuyo sentido ha de entenderse, en dicho extremo, la sentencia recurrida, sin que la expresada matización o mayor precisión entrañe en modo alguno que la sentencia recurrida, haya incurrido en incongruencia por «*ultra petita*», que es lo único que los recurrentes denuncian en este motivo, pues la indemnización por tal concepto, como la Sala «a quo» afirma en su sentencia (fundamento noveno «in fine»), se hallaba comprendida «dentro de los pedimentos indemnizatorios formulados en la demanda»[305].

Y, finalmente, cabe destacar, en esta orientación, la Sentencia de 22 de marzo de

---

[305]La Sentencia de 29 de junio de 1988, declaró probados los siguientes hechos: La representación de don Manuel G. y doña Juliana A., mediante escrito dirigido al Juzgado de 1ª instancia de Puebla de Sanabria dedujo demanda de mayor cuantía contra don Clemente P. y doña Adela R. sobre reclamación de cantidad y acción negatoria de servidumbre. Practicada la prueba declarada pertinente y unida a sus autos, el juez de 1ª instancia dictó sentencia estimando en parte la demanda, en reclamación de cantidad, negación de servidumbre, deslinde y amojonamiento y otros extremos, y declaró haber lugar al deslinde de la finca urbana propiedad del actor y construcción de obra nueva de los demandados, y condena a los demandados a que abonen por daños y perjuicios de los actores la suma de 534.210 pts., desestimando el resto de las peticiones y sin hacer expresa imposición de costas. Apelada la sentencia por la representación de ambas partes la Audiencia Territorial dictó sentencia en fecha 18 de octubre de 1986. La representación de don Manuel G. y su esposa interpuso recurso de casación contra la sentencia de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

1.990 (R. J. A. núm. 1.719), que, entre otros pronunciamientos, señaló lo siguiente: «...el pacto de realización de unas obras de urbanización origina un vínculo de naturaleza estrictamente obligacional (obligación de hacer), cuyo incumplimiento por el obligado no tiene mas que una repercusión o trascendencia exclusivamente pecuniaria: ejecución a su costa, si el hecho a ejecutar no era personalísimo del deudor, o resarcimiento de perjuicios, si lo era (artículos 1098 del Código Civil y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) [...] Por el motivo sexto y último, con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y diciendo denunciar infracción del artículo 359 de la citada Ley y de la doctrina de esta Sala acerca de la congruencia, contenido en las sentencias que citan, las recurrentes tachan de incongruente a la sentencia recurrida, por haber reservado para la fase de ejecución la concreción o precisión de las obras a efectuar, para lo cual aducen inadecuada formulación del motivo, pues su cauce correcto de articulación es el del ordinal tercero y no el del quinto utilizado, el mismo ha de ser desestimado, pues viniendo determinada la congruencia de toda sentencia por la correspondencia o adecuación de su fallo con el «*petitum*» de la demanda en relación con la «*causa petendi*» de la misma, dicha exigencia aparece escrupulosamente cumplida en el presente caso, incluso con coincidencia literal entre lo pedido en la demanda y lo concedido en la sentencia, al condenar a los demandados a «rehacer, reformar y suplir así como en su caso efectuar las obras y trabajos inconclusos o sin hacer a las que se comprometieron y obligaron, a sus expensas y a entera indemnidad de los actores», sin que suponga vulneración alguna de la exigible congruencia el hecho (que es lo único que con este motivo denuncian las recurrentes) de dejar para la fase de ejecución de sentencia la concreción o especificación de las obras a ejecutar por los demandados...»[306].

---

[306]La Sentencia de 22 de marzo de 1990 dio por probados los siguientes hechos: «Mediante sendos documentos privados don Francisco G., en calidad de urbanizador, y Dª Carmen B. en representación de su madre Dª Josefina G., propietaria de la finca matriz, vendieron unas parcelas o porciones de terreno a una serie de compradores. Además de las estipulaciones propias de la compraventa de las respectivas parcelas a que se refieren, en dichos contratos los vendedores se obligaron a realizar por encargo de la parte adquirente la urbanización del sector de la finca matriz donde se hallaba situada la porción de terreno vendida, y a ejecutar los trabajos materiales de apertura de viales, afirmando, abordillado, colocación de cloacas, asfaltado y suministro de energía eléctrica, para todo lo cual los expresados vendedores gestionaron y obtuvieron previamente la aprobación por el Ayuntamiento de Cervelló y por la Comisión Provincial de Urbanismo de Barcelona, del Plan Parcial de Ordenación de Torre Vileta. Por su entender que los vendedores no habían cumplido en forma su obligación de realizar los trabajos necesarios para hacer la urbanización, los compradores promovieron contra aquéllos cinco procesos independientes en los que se solicitaban, entre otros, los siguientes pedimentos: que se declare que los demandados han incurrido en claro

Por otro lado, si la sentencia condena a la realización de un hecho que solamente el deudor puede ejecutar, en el supuesto de que no se cumpla la obligación, ésta se convertirá en una indemnización de daños y perjuicios.

En este sentido, la Sentencia de 27 de febrero de 1.954 (R. J. A. núm. 979) señaló que en el caso de incumplimiento de un hacer personalísimo, y cuando su realización sea imposible, cabe la sustitución por la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, indica la citada resolución que la Ley tiene medios suficientes para obtener el cumplimiento cuando la inejecución se deba a una determinación voluntaria del obligado rebelde al cumplimiento de la sentencia: «Que en el cuarto y último motivo del recurso, fundado también en el número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se atribuye a la sentencia recurrida que ha infringido por inaplicación el artículo 1451 del Código Civil, por indebida en incongruente aplicación los artículo 1128 y 1466 del mismo Cuerpo legal y los 927 y 924 de la Ley Procesal, e independientemente de que alguno de estos artículos ni han sido citados ni aplicados en la sentencia que se recurre y que son inaplicables a la cuestión que se plantea, es claro que en resumen, lo único que se alega en este motivo es que se trata de una obligación de hacer que consiste en actos personalísimos que el deudor obligado puede o no cumplir a su libre albedrío, suponiendo que es facultad suya cumplir el convenio o indemnizar daños y perjuicios, pero olvida al argumentar así, que la demandada es una Sociedad y no los accionistas, los cuales vienen obligados, por su condición de tales, a cumplir cuanto les afecte como consecuencia de los actos y acuerdos de la Sociedad y que el mismo artículo 1451 del Código Civil en que se funda expresamente reconoce la obligación de entregar la cosa y sólo cuando no puede cumplirse regirá lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos, según los casos, pero no dice ni admite que esta imposibilidad de hacer la entrega obedezca a una determinación voluntaria del obligado que manifieste una voluntad rebelde al cumplimiento de la sentencia; para lo que la Ley tiene medios legales que conducen a obtener su debido cumplimiento y no cabe decir

---

incumplimiento de las obligaciones para ellos dimanantes de los contratos suscritos con el actor y que sean condenados específicamente a rehacer, reformar y suplir, así como en su caso efectuar las obras y trabajos inconclusos o sin hacer a los que se comprometieron y obligaron a sus expensas y a entera indemnidad del demandante. En sentencias de 1ª instancia y de apelación se estimaron completamente los pedimentos transcritos. Interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia territorial, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo».

que se trate de un acto personalísimo al que se refiere el artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil...»[307].

Al no ser posible en nuestro Ordenamiento Jurídico la coerción directa y personal del deudor en ningún procedimiento de ejecución, se recurrirá al cumplimiento por equivalente pecuniario en el supuesto de que la obligación consista en un acto personalísimo o su realización sea legal o físicamente imposible. En esta línea, pueden citarse, entre otras, las siguientes sentencias:

La Sentencia de 7 de marzo de 1.930 (R. J. A. núm. 744) se pronunció en los siguientes términos: «Que en el auto recurrido no se incurre en ninguna de las infracciones que se le atribuyen en los motivos primero y segundo del recurso, toda vez que siendo complemento obligado de las sentencias que ponen término a los juicios el procedimiento especial que para su ejecución determina la Sección primera del título octavo, libro segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su artículo 924 sustituye las condenas de hacer por el resarcimiento de daños y perjuicios, cuando, tratándose de hechos personalísimos, no pueden llevarse a efecto a costa del condenado, es notoriamente inconcuso que por encontrarse comprendida dentro de sus prescripciones la rendición de cuentas impuesta al recurrente, atendida la imposibilidad que existe de realizarla en dicha forma a virtud de obrar en su poder los datos y antecedentes con los que habría de ser ejecutada, la Sala

---

[307]La Sentencia de 27 de febrero de 1954 declaró probados los siguientes hechos: «El juez de 1ª instancia dictó sentencia en la que dando lugar en parte a la demanda, declaró: 1°. Que es válida y efectiva en Derecho la escritura otorgada entre las partes litigantes en fecha 7 septiembre de 1917. 2°. Que es perfecta y eficaz en Derecho la donación de beneficios líquidos otorgada en favor del Ayuntamiento de S., por la entidad mercantil demandada, debiendo cumplirse dicha donación en los propios términos de la misma, practicando al efecto, en el plazo de dos meses, la oportuna liquidación de dichos beneficios líquidos a contar desde la fecha de otorgamiento de dicha escritura y entregados al Ayuntamiento de S. para que los invierta única y exclusivamente y con obligación includible, a los ramos de Fomento, Instrucción Pública y Beneficencia de la ciudad de S. 3°. Que es válido y eficaz en Derecho y se mantiene vigente, el contrato de opción de compra otorgado en favor del Ayuntamiento de S. de los bienes y pertenencias de la Empresa Mercantil H., debiendo cumplirse en el plazo máximo de dos meses dicha compra por el precio de 200.394,40 pts., suma del importe del pasivo y capital social de dicha Compañía según balance de la misma, cuyo importe pagará en cuanto a 175.390, 42 pts., suma del pasivo, el Ayuntamiento, antes de los 30 días de haber ganado firmeza este fallo y la suma de 25.000 pts. de capital social antes de los 60 días a la empresa H., la que en el expresado plazo de dos meses, desde la firmeza de este fallo realizará la transmisión de sus bienes en la forma estipulada en el pacto cuarto de la escritura de 7 de septiembre de 1917, y para el caso de que la empresa H. no preste el consentimiento para la transmisión, indemnice los daños y perjuicios que se derivan de su incumplimiento; y 4°. No haber lugar a la reconvención. Apelada la Sentencia, la Audiencia Territorial, confirmándola en parte, la revocó en cuanto a la facultad concedida en la sentencia anterior de sustituir la entrega de los bienes por la indemnización de daños y perjuicios, declarando la obligación de entregar bienes, sin hacer expresa condena en costas de ninguna de las dos instancias. Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo».

sentenciadora, al aplicar el mencionado artículo al caso que se discute, no provee en contradicción a lo ejecutoriado ni decide cuestión alguna que resulte incongruente con la que en el pleito ha sido discutida y resuelta»[308].

La Sentencia de 28 de abril de 1.930 (R. J. A. núm. 902) se expresó en los siguientes términos: «Que acreditada la existencia del contrato de arrendamiento, base de la demanda origen de este litigio, que para el uso de la cosa arrendada hizo modificaciones en la misma el arrendatario, dejándola a su conclusión con grandes desperfectos que impidió se arrendara de nuevo, según todo ello lo afirma el Tribunal sentenciador, así como que estos desperfectos ocasionaron daños de necesaria reparación, sin que la apreciación de la prueba se haya combatido en este recurso, manifiesto es que con aplicación de la doctrina legal antes expuesta, al condenar dicho Tribunal al demandado al pago de la cantidad en que estimó el referido daño, para que las indicadas reparaciones pueda disponerlas y que se lleven a efecto por el dueño del local arrendado, no infringió ni el antes repetido artículo 1.561, cual se alega en el primer motivo del recurso, ni tampoco el 1.098 propuesto en el segundo, ya que opuesto el demandado a realizar las obras precisas, para poner el aludido local en el estado que lo recibió, habiéndolo entregado con los desperfectos que según el juzgador había realizado, su obligación consistía en satisfacer el importe de los mismos fijados por aquél en la sentencia»[309].

Igualmente, la Sentencia de 30 de septiembre de 1.931 (R. J. A. núm. 2.156) señaló, entre otros pronunciamientos, lo siguiente: «...siendo evidente que la Sala sentenciadora, lejos de haber infringido los referidos preceptos, los ha venido aplicando fielmente, primero, al acordar el derribo de la pared en cuestión y reintegro al despojado, y luego cuando

---

[308]La Sentencia de 7 de marzo de 1930 se pronunció respecto del litigio dimanante de los siguientes hechos: «En juicio de mayor cuantía seguido ante uno de los juzgados y la Audiencia de Barcelona, en ejecución de sentencia recaída por la que se condenaba al demandado a rendir cuentas, se reservó al actor, en vista del incumplimiento de lo acordado, el derecho al resarcimiento, fijándose después la indemnización en 18.127,90 pesetas con sus intereses. El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, que fue desestimado».

[309]La Sentencia de 28 de abril de 1.930 decidió el pleito surgido entre las partes con ocasión de la celebración y ejecución de un contrato de arrendamiento, en el que el arrendatario realizó modificaciones sustanciales en la cosa arrendada, de tal modo que al finalizar dicho contrato los desperfectos ocasionados por este último determinaron que la cosa objeto del mismo no pudiese ser arrendada de nuevo. Interpuesta, por el arrendador demanda en juicio de mayor cuantía sobre cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios, se dictó sentencia, por el juzgado de primera instancia y la Audiencia, condenatoria en contra del demandado. Interpuesto contra ella a nombre del demandado recurso de casación por infracción de ley, fue desestimado.

entendió que había surgido imposibilidad en la ejecución para el derribo y restitución, declarando haber lugar al resarcimiento de perjuicios que se ofrecía al condenado, de todo lo cual se desprende la improcedencia del primer motivo de los invocados por el recurrente, que se apoya en los artículos citados [...] Que al resolver el caso en cuestión en la forma indicada, no se va contra la sentencia firme que recayó en el pleito, puesto que si es cierto que aquélla mandó destruir la edificación levantada, habiéndose hecho esto imposible, se aplica como sustitutivo el resarcimiento de perjuicios según queda expresado, conforme a la doctrina de este Tribunal en sentencias de 2 de julio de 1910 y 18 de mayo de 1901, entre otras»[310].

Del mismo modo, la Sentencia de 9 de noviembre de 1.968 (R. J. A. núm. 4.966) estimó, entre otros razonamientos: «Que el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, puede ser de tal índole que afecte a la esencia de aquélla y haga imposible su realización, en cuyos supuestos no puede procurarse al acreedor la ejecución en naturaleza y entonces procede la prestación por el deudor, del equivalente que al acreedor le habría aportado el cumplimiento de la obligación en forma específica, o sea, lo que en nuestro Derecho recibe el nombre de resarcimiento de daños y perjuicios; por lo tanto, aunque en principio el acreedor tiene derecho al cumplimiento natural o forzoso de la obligación convenida, siempre que exista posibilidad de imponerla, sin embargo, por excepción, el acreedor debe contentarse con la indemnización de daños y perjuicios, cuando sea imposible procurarle el cumplimiento normal»[311].

---

[310]La Sentencia de 30 de septiembre de 1.931 señala como antecedentes del procedimiento que resolvió los siguientes: «En incidente surgido en ejecución de sentencia, dimanante de juicio de mayor cuantía sobre propiedad de una «antojana», se dictó auto ordenando a la parte ejecutante que presentase relación de los perjuicios causados por la construcción que se había ordenado destruir y que no podía serlo. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, se resolvió no haber lugar a él».

[311]Los hechos de los que deriva el pleito que resolvió la Sentencia de 9 de noviembre de 1.968 son los siguientes: El actor, fotógrafo profesional, otorgó con el demandado un contrato privado en virtud del cual el demandado, como propietario de un restaurante, concedió al actor el derecho exclusivo de obtener fotografías en todas las bodas, banquetes, bautizos, comuniones y fiestas en general que se celebraran en dicho establecimiento, con el fin de venderlas a los asistentes o a cualquier persona interesada, siendo la duración del contrato de cinco años a partir de su otorgamiento, prorrogándose por otro año y así sucesivamente si ninguna de las partes expresaba su voluntad en contra, con tres meses de antelación al término de los 5 años o al de cualquiera de sus prórrogas, y como contraprestación el actor debía satisfacer al demandado el canon anual de 50.000 pts. Se plantea el problema de si hubo una prórroga por 5 años más, aumentando el canon en 25.000 pts., como figura al dorso del documento en que se plasmó el contrato, tesis del actor, sosteniendo el demandado que tal adición es apócrifa como lo prueba que está sin firmar. El actor solicita el cumplimiento del contrato e indemnización de daños y perjuicios. El juez de 1ª

Con esta misma orientación, cabe aludir también a la Sentencia de 24 de abril de 1.973 (R. J. A. núm. 1.848) que establece: «Que en realidad, en el caso actual, se trata de una ejecución que algún sector de la doctrina denomina «transformativa», en la que la finalidad del proceso se satisface mediante la realización, por el órgano jurisdiccional de una conducta física distinta de la entrega, al ejecutante, de una cosa, de una cantidad de dinero, o sea, de algo diferente al «dar»; supuesto éste que contempla el art. 924 de la L. E. Civ. que dispone que «cuando el condenado a hacer alguna cosa no lo cumpliere dentro del plazo que el Juez al efecto le señale, se hará a su costa», es decir, que desobedecido el requerimiento y transcurrido el plazo concedido, el Juez tiene que verificar la conducta física que el ejecutante solicita, salvo que se trate de un hecho personalísimo, de un hacer «no fungible», lo cual no sucede en el caso de autos, en el que por resolución que ha quedado firme, se había acordado que el Juzgado concediera un plazo «para que se acredite por el acreedor el otorgamiento de la escritura o póliza..., o la imposibilidad de hacerlo..., con el apercibimiento de que, en otro caso, se otorgarán la escritura o la póliza, de oficio, a su costa». Que toda ejecución transformativa, puede convertirse en una ejecución ordinaria cuando la conducta impuesta por el Juez no sea de posible realización, en cuyo supuesto, aquella obligación de hacer, se convierte en una obligación de abonar los daños y perjuicios que surjan de la omisión de aquel quehacer decretado en la sentencia...»[312].

Y, por último, la Sentencia de la Sala de lo Social de 6 de noviembre de 1.981 (R. J. A. núm. 4.384) que impone la indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento por parte del Instituto Nacional de la Salud de una obligación de hacer, consistente ésta en reintegrar a sus respectivos puestos de trabajo a los actores demandantes: «Que de otra

---

instancia dictó sentencia estimando la demanda. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

[312]En la sentencia de 24 de abril de 1.973 se consideraron probados los siguientes hechos: «En autos de mayor cuantía, seguidos por don Faustino R., contra Cedro S. A., se dictó sentencia por la Audiencia Territorial de Burgos, por la que estimando parcialmente la demanda, condena a la demandada a que otorgue a favor del actor escritura pública notarial de cesión; o a firmar la póliza de transmisión de las acciones de la Sociedad Española de Seda Artificial, S. A., que fueron vendidas y que hubieron de ser depositadas en la Sucursal de Burgos del Banco Aragón, para responder al pago del 80% aplazado del precio convenido. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto contra el Auto que en 18 de mayo de 1972 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos que dejó sin efecto, y dictó segunda sentencia revocando el Auto recurrido, que había confirmado el pronunciado por el Juzgado de 1ª instancia núm. 2 de los de aquella ciudad que, a su vez, desestimaba el recurso de reposición interpuesto por «Cedro», contra la providencia de dicho juzgado de 26 de octubre anterior».

parte, cuando en la sentencia se contiene una obligación de hacer (y en el supuesto cuestionado, se condenó al Instituto Nacional de la Salud a reintegrar a sus respectivos puestos de trabajo, a los actores y cuya aceptación y cumplimiento no fue atendido, no obstante haber adquirido firmeza la sentencia, que así lo decidía); evidénciase que se está en hipótesis de pura y simple ejecución de dicha obligación y ésta se agota, con el requerimiento, de quien viene obligado a cumplir (art. 924 de la L. E. Civ) y «*ex lege*», se sustituye la inactividad del obligado, es decir, el Instituto Nacional de la Salud, por la correlativa indemnización de daños y perjuicios, novándose la resolución establecida en la sentencia, al ser sustituida por la obligación de indemnizar daños y perjuicios...»[313].

Sin embargo, señala nuestro más alto Tribunal que no es suficiente, para que se proceda a la condena a la indemnización de daños y perjuicios, que el propio deudor señale que la prestación que ha de realizar sea de imposible cumplimiento, puesto que es necesario que tal imposibilidad quede suficientemente acreditada.

En este sentido, así lo manifiesta la ya señalada Sentencia de 24 de abril de 1.973 (R. J. A. núm. 1.848), al referirse a la conversión en la obligación de abonar daños y perjuicios derivada de la omisión de la conducta del deudor, cuya realización se ha hecho imposible: «..., en cuyo supuesto, aquella obligación de hacer, se convierte en una obligación de abonar los daños y perjuicios que surjan de la omisión de aquel quehacer decretado en la sentencia, pero para ello es preciso que se acredite en los autos, tal imposibilidad si así lo exige el acreedor, aunque *prima facie* aparezca como presumible esa imposibilidad, sin que, mientras tanto, se pueda entender sustituida la obligación de hacer, por la de indemnizar al acreedor,

---

[313]Los antecedentes de hecho de la Sentencia de 6 de noviembre de 1.981 son los siguientes: que mediante sentencia de la Magistratura de Trabajo se dictó sentencia en la que se ordenaba al Instituto Nacional de la Salud a reponer en su puesto de trabajo a los actores. Que la sentencia dictada por la señalada Magistratura adquirió firmeza el 3 de octubre de 1979. Que el 15 de noviembre se dictó providencia, en la que se requería al Instituto Nacional de la Salud, para que cumpliera el fallo que, en razón de la sentencia dictada, había adquirido firmeza al no haber sido recurrida por ninguna de las partes, ejecución en la que se acordaba, que el Instituto Nacional de la Salud repusiera a todos los actores en los puestos de trabajo que venían desempeñando, con anterioridad; esta providencia le fue notificada al Instituto Nacional de la Salud, el mismo día 15 de noviembre 1979. Que ello no obstante el Instituto Nacional de la Salud no cumplió lo acordado en la anterior providencia; y en consecuencia, con fecha 15 enero 1980, por la Magistratura de instancia, en otra providencia acordó proseguir la ejecución por los trámites de los arts. 928 y siguientes de la L. E. Civ., sustituyendo en consecuencia la obligación de hacer (reintegro de los actores a los puestos de trabajo), por la de indemnizar los daños y perjuicios, inherentes al incumplimiento de la sentencia.

y aunque el principio de economía procesal pareciera aconsejar otra cosa»[314].

Asimismo, la Sentencia de 17 de abril de 1.979 (R. J. A. núm. 1.404) declaró: «...como certeramente se pone de manifiesto en el expresado auto recurrido, tanto por los razonamientos contenidos en sus considerandos, como en los consignados en los que íntegramente acepta del dictado en fase procesal de primera instancia, el acuerdo de ejecución de las obras de que se trata, afecta el pronunciamiento principal acordado, que únicamente en caso de acreditación no reconocida como cumplida en la resolución recurrida, de gran dificultad por afectar a otros elementos del edificio que hubieran de ser demolidos para hacerlos apreciada en ejecución de sentencia por un Perito Doctor Arquitecto, vendría suplido por la indemnización que la ejecutoria contempla y cuyo pronunciamiento principal, precisamente por su propio carácter, es de procedente efectividad en tanto no se revele acreditado el evento a que el indicado aspecto indemnizatorio se supedita»[315].

Y la Sentencia de 18 de mayo de 1.994 (R. J. A. núm. 4.091) se pronunció en los siguientes términos: «...Los daños y perjuicios cuando se demandan, pueden concederse en cantidad precisa y líquida, fijando las bases para obtener el *quantum* en ejecución de sentencia o sin fijarlas, pero siempre que en el pleito principal se acredite su existencia. En este sentido podría tener razón el recurrente en cuanto a que el momento procesal oportuno para acreditar su existencia es el período probatorio, y se podría añadir que para que se admitan pruebas de su existencia debería ésta alegarse en los hechos de la demanda, y en el presente caso nada contiene la demanda dentro del relato histórico que constituye la causa de pedir. Sin embargo la sentencia no puede ser modificada porque el caso de autos no versa

---

[314]Vid. la nota 312 de este epígrafe.

[315]La Sentencia de 17 de abril de 1.979 consideró probados los subsecuentes hechos: «La representación de Residencia Retiro, S. A. presentó ante Juzgado de 1ª instancia recurso de reposición contra la providencia 9 julio 1975, por la que se acordó: requerir a la demandada Residencia para que en el improrrogable plazo de 10 días comience las obras de ejecución material señaladas en los puntos 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° y 9° de los enumerados en el fallo de la sentencia, con apercibimiento a dicha parte de que si no cumple el ordenado requerimiento se procedería inmediatamente conforme a los arts. 923 y 924 de la L. E. Civ.; reputarse de cumplimiento imposible las obras a que se refiere el punto 2°, las cuales deberán ser sustituidas por el resarcimiento de perjuicios que deberán fijarse por los trámites señalados en los arts. 928 y siguientes de la L. E. Civ. El Juez de 1ª instancia declaró no ha lugar a la reposición de la providencia. Apelado el Auto la Audiencia desestimó la apelación, sin imposición de costas. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto».

sobre daños y perjuicios causados por incumplimiento de un contrato o una obligación extracontractual, sino que prevé la hipótesis de que la condena a cumplir el contrato de compraventa, esto es, a cumplir con una obligación de dar la cosa comprada, sea de imposible ejecución, en cuyo caso la obligación se transformará en indemnización de daños y perjuicios cuyo pago deberá efectuar el condenado, pero tras fijar su existencia y su cuantía en el correspondiente incidente regulado por los artículos 923, 924, 928 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, los motivos no pueden prosperar porque el momento procesal oportuno para fijar la existencia y cuantía de los daños será la ejecución de sentencia, y ello tras que se demuestre la imposibilidad de cumplimiento, todo lo cual impide hablar en este momento ni de bases determinantes ni de daños existentes. Tampoco de infracción de los artículos 1101, 1106 y 1124 del Código Civil»[316].

A este respecto, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo el argumento de que el cumplimiento *in natura* de la obligación tiene un carácter preferente respecto a la indemnización pecuniaria, por ello, solo cuando no sea posible el cumplimiento específico de la prestación se procederá a la reparación por equivalencia.

Con referencia a la anterior doctrina, cabe citar, entre otras, a las siguientes resoluciones:

La Sentencia de 12 de noviembre de 1.976 (R. J. A. núm. 4.775) apunta lo siguiente: «Que la acción ejercitada, a tenor de lo que se pide, es la de cumplimiento del art. 1091, aunque dicho artículo no se menciona en la demanda, y no se pide el cumplimiento por equivalencia (daños y perjuicios), del art. 1101, que tiene carácter subsidiario, pues lo primero que hay que pedir es el cumplimiento de la obligación y sólo cuando ello no sea

[316]Los antecedentes de recurso de casación que resolvió la Sentencia de 18 de mayo de 1994, traen causa en el incumplimiento de un contrato de compraventa por imposibilidad de cumplimiento de la obligación de dar y transformación de la misma en indemnización de daños y perjuicios, en la falta de otorgamiento de escritura pública y pago de parte del precio y consignación del restante por el comprador. Interpuesto recurso de apelación por Iberinmobiliaria, S. A., contra la sentencia dictada con fecha 5-5-1988 por el Juzgado nº 3 de Vitoria que estimó la demanda promovida por don Julián D. sobre cumplimiento de contrato de compraventa, la Audiencia Provincial de Bilbao lo desestimó con fecha 24-1-1991. La demandada Iberinmobiliaria, S. A., interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

posible, entra en juego el resarcimiento del daño...»[317].

También puede señalarse la ya citada Sentencia de 30 de septiembre de 1.983 (R. J. A. núm. 4.690)[318].

Por su parte, la Sentencia de 21 de noviembre de 1.990 (R. J. A. núm. 9.012) se expresa en términos similares: «Establecido en el artículo 1091 del Código Civil el principio cardinal que obliga a las partes a estar a lo pactado en el cumplimiento del contrato, regla que impone el acomodo a éste a ser posible -SS. 20 de mayo y 15 de julio de 1985 (R. 2403 y 4060), y 9 de julio de 1986 (R. 4493)-, así ha de imponerse por la sentencia estimatoria cuando la acción ejercitada, a tenor de lo que se pide es la del cumplimiento del artículo 1091 del Código, aunque este artículo no se examine en la demanda y el mismo ha de ser aplicado con preferencia al cumplimiento por equivalencia -indemnización de perjuicios del artículo 1101- al que, en principio ha de atribuírsele carácter subsidiario de aquel otro capital de cumplimiento in natura -SS. de 12 de noviembre de 1976 (R. 4775) y 3 de julio de 1989 (R. 5281)-»[319].

---

[317]Los antecedentes de hecho de la Sentencia de 12 de noviembre de 1.976 son los que siguen: don A. formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don J. y otros, sobre indemnización de daños y perjuicios. El juez de 1ª instancia dictó sentencia por la que estimando en parte la demanda condenó al demandado don J. a que indemnice al actor en 375.000 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó en parte y condenó al demandado don J. a que pagase al actor la cantidad de 175.000 pesetas, desestimando el resto de los pedimentos de la demanda de los que se absuelve. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y dictó segunda sentencia revocando la de primera instancia, absolvió al contratista y condenó al Arquitecto a efectuar las obras de reparación y reconstrucción del chalet del actor, dejando la vivienda técnicamente en perfectas condiciones, absolviendo del resto de las pretensiones de la demanda. Está acreditado que los daños en la edificación se han causado exclusivamente por vicios en la dirección de la obra, al no observar el Arquitecto las reglas de una buena construcción, a pesar de las advertencias del contratista que es también demandado, procede condenar a aquél a que ejecute bien la obra que se comprometió a construir no pudiendo ser sustituido, por no haberse solicitado, el cumplimiento por equivalencia.

[318]Vid., respecto de sus antecedentes de hecho, la nota 302 de este epígrafe.

[319]La Sentencia de 21 de noviembre de 1.990 resolvió el pleito surgido como consecuencia de un incumplimiento de contrato, derivado de los defectos e irregularidades existentes en el edificio de autos. La Comunidad de propietarios del edificio en litigio formuló demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de 1ª instancia, contra don Pedro B., don Hilario M. y doña Carmen B., sobre incumplimiento de contrato. El Juzgado de 1ª instancia dictó sentencia estimando en parte la demanda interpuesta, declarando a los demandados responsables solidarios por incumplimiento contractual de los defectos e irregularidades existentes en el edificio, y les condenó a indemnizar a la actora, por daños y perjuicios, en la cantidad de 590.000 pesetas, así como al importe de las demás obras y reparaciones que se acrediten en ejecución de sentencia para la subsanación de los señalados defectos. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Barcelona confirmó íntegramente la sentencia apelada. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, estimándolo parcialmente, y anulando la sentencia recurrida en cuanto condena a los recurrentes a abonar el importe de las demás obras y reparaciones que se acrediten en ejecución de sentencia para la total subsanación de los defectos, declaración de condena que ha de

En el mismo sentido, la Sentencia de 12 de diciembre de 1.990 (R. J. A. núm. 9.999) contiene, entre otras, la siguiente fundamentación: «La obligación de responder de los daños y perjuicios que impone el art. 1591 del Código Civil a los causantes de los vicios o defectos constructivos o de dirección y del suelo, determinantes de la ruina funcional de lo edificado, es exigible judicialmente a través del ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato del art. 1091 del citado Código, constituyendo aquélla una obligación de hacer que ha de ser cumplida en forma específica, de acuerdo con el art. 1098 del Código, entrando en juego el cumplimiento por equivalencia, de carácter subsidiario, cuando el deudor no realiza la prestación debida o ésta deviene imposible; en este sentido se pronuncia la doctrina de esta Sala en sentencias de 12 de noviembre de 1976, 3 de julio de 1989 y 21 de octubre de 1990, estableciendo la citada de 1989 que «en las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente aún contra la voluntad del deudor; así el art. 1098 del Código Civil dispone que «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa». Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego el principio «*nemo factum cogi potest*» y la prestación primitiva se transforma en la de indemnizar»[320].

Asimismo, la Sentencia de 27 de febrero de 1.995 (R. J. A. núm. 1.650) consideró

---

sustituirse por la de reparar los defectos que subsisten en el edificio defectuosamente entregado, manteniendo en lo demás la resolución impugnada, sin declaración especial de costas en ninguna de las instancias.

[320]Los antecedentes de hecho de la Sentencia de 12 de diciembre de 1.990 son los que siguen: ejercitada por la Comunidad de Propietarios de la Avda. B. la acción derivada del art. 1591 del Código civil contra la entidad mercantil M., promotora-vendedora de los pisos que integran la Comunidad actora, y contra don Luis T., autor del proyecto y director de la obra, la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado de 1ª instancia que, absolviendo al arquitecto demandado, condena a la entidad mercantil a que indemnice a la actora en la cantidad de 4.300.000 pts., pues se considera que, del conjunto de la prueba practicada, se desprenden una serie de importantes desperfectos, por un lado, en terrado y fachada, consistentes entre otros en que las baldosas cerámicas de aquél no poseen material de agarre, en disgregación de parámetros verticales rebozados, total deterioro de los remates inclinados de la cubierta, fisura de la mayor parte de las vierteaguas con posibilidad de desprendimiento inminente y consiguiente peligro, humedades en planta baja de la zona posterior, fisura en parámetro de tribuna de la planta primera, fisura horizontal en las cajas de persiana y, por otro lado, en el interior de las viviendas y bajos, etc., desperfectos que en su conjunto procede comprender, en aquel concepto de ruina legal. Interpuesto recurso de casación por la empresa mercantil M., el Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por la entidad demandada, y condenó a la entidad demandada a la reparación *in natura* de los defectos constructivos denunciados en la demanda, de conformidad con el artículo 1.098 del Código civil.

que: «tampoco es factible contemplar supuesto de cumplimiento por equivalencia (Sentencias de 4 noviembre 1985 [RJ 1985, 5509] y 27 mayo 1994 [RJ 1994, 3756]), que sólo tiene lugar cuando la prestación interesada no es posible llevarla a cabo o se hace totalmente dificultosa, que en todo caso es exigente en orden al respeto sustancial de lo peticionado»[321].

Y, finalmente la Sentencia de 5 de marzo de 1.996 (R. J. A. núm. 1.879) declaró, entre otros fundamentos, lo que sigue: «Asiste razón al recurrente cuando sostiene que la Sentencia de 1 de septiembre 1986 condenó a los demandados a ejecutar a su costa las obras de que se trata, pero determinando también que, en caso de incumplimiento, o sea de no realización de las obras por los condenados, a su costa, la consecuencia sería el pago «de la indemnización equivalente al importe de las referidas obras a realizar», quiere decirse que se excluyó el efecto previsto en el art. 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de incumplimiento por el condenado a hacer alguna cosa y se sustituyó por el pago de la denominada indemnización equivalente al importe de las obras a realizar, de donde se sigue que el auto impugnado, al declarar que «la obligación a la que fueron condenados los apelantes no consiste en el pago de daños y perjuicios, sino en hacer una cosa de carácter no personalísimo, que al no ser hecha debe ser verificada a su costa», se separa del pronunciamiento de la sentencia en ejecución, por lo que ha de estimarse el presente recurso más no sin puntualizar que: a) Lo improcedente es, según lo expuesto, que se ejecute la sentencia realizando las obras a costa de los ejecutados, pero no por ellos mismos; y b)

---

[321] La Sentencia de 27 de febrero de 1.995 resolvió el litigio que trae su origen en los hechos que siguen: la Comunidad de propietarios del edificio R. formuló demanda de menor cuantía contra la Promotora de viviendas La Encarnación, S. A., el Banco de Sabadell, S. A., don Antonio G. y otros sobre acción reivindicatoria y otros extremos, al haberse enajenado elementos comunes como privativos por la Promotora. El juez de 1ª instancia dictó sentencia estimando la excepción de defecto de procedibilidad del art. 38.2 de la Ley Hipotecaria y no entró a conocer el fondo del asunto, con absolución en la instancia de los demandados. Apelada la anterior resolución, la Audiencia Provincial la revocó y estimó parcialmente la demanda, condenó a la Promotora a que abone a la Comunidad los perjuicios que se fijen en ejecución de sentencia, conforme a las bases que se indican. Ambas partes formularon recurso de casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso formulado por la Comunidad y acogió en parte el correspondiente a la Promotora, anula la sentencia recurrida y la de primera instancia y, estimando en parte la demanda, decreta los siguientes pronunciamientos: 1° Se reconoce el derecho de propiedad de la superficie correspondiente a los portales a favor de la Comunidad; 2° Se condena a la promotora a proceder a la reconstrucción de los referidos portales o, en su defecto se ejecute a su costa, en lugar correspondiente, conforme a la escritura de obra nueva y división horizontal; 3° Se declara la nulidad de las transmisiones efectuadas a los codemandados don E. y otros y banco de Sabadell, procediéndose a las correspondientes cancelaciones registrales de sus inscripciones, y debiendo estar y pasar los interpelados procesales por estas declaraciones, las que deberán cumplir y acatar, y se desestiman el resto de las peticiones que integran el suplico de dicha demanda principal.

Hallándose acreditado el incumplimiento por parte de los condenados de su obligación de realizar por sí mismos dichas obras a su costa, no obstante su posición inicial indicativa de que así iban a hacerlo, ha de estarse a lo resuelto en la Sentencia de 1 de septiembre de 1986 y, consecuentemente, si lo solicita la parte ejecutante, deberán pagar la indemnización establecida en la misma, que requiere el seguimiento del trámite previsto en los arts. 928 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil al solo efecto de fijar el importe de dicha indemnización equivalente al importe actual de las obras «a realizar»[322].

En relación al segundo párrafo del artículo 1.098 del Código Civil, el Tribunal Supremo, ya que su contenido no se encuentra incluido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha calificado al artículo 924 de la señalada Ley de complementario procesal respecto de este precepto sustantivo. En concordancia con lo señalado, véase la Sentencia de 24 de noviembre de 1.981 (R. J. A. núm. 4.626) que estimó lo siguiente: «...la petición de resarcimiento puede ser secuela tanto de la súplica de ampliamiento como de la de resolución y no supone, como se pretende ahora, la sustitución o equivalente del cumplimiento, que no se solicitó y que, de haberse hecho, si hubiera provocado la entrada en juego del art. 1098 del C. Civ. y de su complementario procesal, es decir, el 924 de la L. E. Civ.»[323].

---

[322]En la Sentencia de 5 de marzo de 1.996, se recogen como antecedentes de hecho del recurso que resuelve los que siguen: el Juzgado de 1ª instancia de Soria dictó, con fecha 1 de septiembre de 1984, sentencia en juicio de mayor cuantía, seguido a instancia de la Comunidad de propietarios del Edificio B., que fue confirmada en apelación, desestimándose a su vez el recurso de casación interpuesto por don Rafael F. En dicha sentencia de 1 septiembre de 1984, se condena a algunos demandados a ejecutar a su costa y con carácter solidario, las obras de reparación necesarias para que la cubierta cumpla la finalidad que le es propia, a determinarse en ejecución de sentencia, como, asimismo, las de reparación de pisos afectados por las humedades y goteras, y caso de incumplimiento, al pago solidario también de la indemnización equivalente al importe de las referidas obras a realizar. Por providencia de 27 de enero de 1992, recaída en ejecución de la mencionada sentencia de 1 de septiembre de 1984, se acordó no haber lugar a admitir a trámite el incidente de ejecución pretendido por los demandados y requerir a éstos a fin de que retiren de la Delegación de Soria del Colegio de Arquitectos de Madrid, el proyecto de reparación del edificio, con apercibimiento de que en caso de no efectuarlo se retirará por la Comunidad de Propietarios demandante con embargo de bienes propiedad de los demandados suficientes a cubrir su importe que asciende a la suma de 984.029 pesetas, e igualmente citar a las partes a fin de que comparezcan ante este Juzgado a fin de proceder al nombramiento de Aparejador o Arquitecto Técnico a quien encargar la redacción del Proyecto de Seguridad e Higiene en el trabajo y dirección de obras. Interpuesto recurso de reposición contra dicha providencia, se desestimó por el Juzgado mediante Auto de 25 de febrero de 1992 que, recurrido en apelación, fue confirmado por la Audiencia Provincial en Auto de 30 de junio de 1992, que es el impugnado ahora en casación por el señor R. F. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

[323]La Sentencia de 24 de noviembre de 1.981 resolvió el asunto derivado de la interposición, por don Ignacio M., de una demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra G. N. e Hijos S. A., sobre resolución de contrato, y daños y perjuicios. Se dictó por el Juzgado de 1ª instancia sentencia desestimatoria de la demanda. Apelada la

El Tribunal Supremo admite, por tanto, que si el obligado a hacer algo lo hiciese con transgresión del contenido y de la forma en que ésta debiera haberse realizado, «contraviniendo al tenor de la obligación», podrá ordenarse, además, que se deshaga aquello que fue ejecutado de forma incorrecta. En esta línea cabe citar, entre otras, las siguientes resoluciones:

La Sentencia de 21 de febrero de 1.977 (R. J. A. núm. 509) estimó lo siguiente: «Que no contradicha la condición de medianera de la pared existente entre la edificación de la parte actora y la de don Diego O. y apreciando en conjunto las pruebas practicadas, se declara acreditado que dicho demandado ha construido soportes que traspasan la línea media de la pared medianera existente entre ambos en extensión no determinada, no habiéndose por tanto atendido por dicho demandado a la prescripción del art. 579 del C. Civ. y procede por ello revocar la sentencia en cuanto al extremo antes determinado y en su lugar condenar a don Diego O. a que realice cuantas obras fueran necesarias y a su costa para que las vigas que en la reconstrucción del inmueble demolido introdujo en más de la mitad de la pared medianera entre la finca de éste y de la parte actora sean retiradas de manera que no rebasen más de la mitad de su grosor, así como al pago de los daños y perjuicios producidos a la parte actora al realizar dicha obra de colocación de las vigas, la cual se determinará en ejecución de sentencia...»[324].

---

sentencia, la Audiencia la revocó y condenó a la entidad G. demandada a que por la resolución del contrato verbal que en su día existió entre los litigantes que así se declara, se abone al actor, en concepto de daños, el valor de las obras de restauración de la finca, propiedad de la esposa del actor, comprendiendo en ella las operaciones de relleno, compactación, nivelación, limpieza de alquitrán y materiales sobrantes, etc., valoración que se fijará en período de ejecución de sentencia, desestimando el resto de la demanda. La representación de la demandada interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y dictó segunda sentencia estimando parcialmente la demanda, y previa resolución del contrato verbal que ligaba a las partes, condenó a la demandada a pagar al actor el valor económico correspondiente a los trabajos de rellenar, compactar y limpiar, así como al de reconstruir el vallado anterior de la finca descrita, propiedad del actor, valor que se fijará en ejecución de sentencia.

[324]Los antecedentes de hecho de la Sentencia de 21 de febrero de 1.977 son los siguientes: doña J. formuló demanda sobre indemnización de daños y perjuicios contra don Diego O. y otros. La actora alega que los demandados, con ocasión de realizar unas obras en un edificio colindante le han causado daños y perjuicios en su propiedad, e interesó en su demanda que se condenase a los demandados a abonarle los daños y perjuicios causados en su inmueble como consecuencia de las obras realizadas en su día y que asimismo se condene a los demandados a realizar cuantas obras fuesen necesarias y a su costa a fin de que las vigas que se introdujeron en más de la mitad de la pared o paredes medianeras sean retiradas convenientemente, de modo que no rebasen su mitad. La parte demandada se opuso a la demanda. El Juez de 1ª instancia desestimó la demanda, por estimar improcedente la acumulación de pretensiones formulada por la actora. Apelada la sentencia, la Audiencia estimó el recurso y revocó la sentencia recurrida, desestimó la petición de daños causados en la casa de la actora, por haber prescrito la acción

También puede señalarse la Sentencia de 19 de abril de 1.977 (R. J. A. núm. 1.658) que, entre otros, contiene los siguientes pronunciamientos: «Que la estimación del primero de los motivos del recurso interpuesto por la parte actora, necesariamente ha de llevar consigo también la del segundo, formulado igualmente en base del núm. 1° del art. 1692 de la L. E. Civ., por errónea interpretación del art. 1098 del C. Civ., pues si, según dispone el art. 1258, los contratos obligan desde su perfeccionamiento a cumplirlos en la forma que dicho precepto legal previene, es visto que procede, en caso de incumplimiento, o de cumplimiento defectuoso se ordene llevarlo a efecto a costa del obligado, lo que es de perfecta aplicación al caso previsto en el artículo 1591, como lo es el presente, ya que dicho art. 1098 es su precedente inmediato, como así lo declaró la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre 1959 (R. 4452), cumplimiento que ha de comprender el deshacer la totalidad de la instalación de las tuberías de conducción de agua, a que anteriormente nos hemos referido, para volverla a realizar conforme a los usos observados en la normal y adecuada realización de esta clase de obras, y en la forma que la sentencia de primer grado declaró, sin que pueda quedar supeditado este cumplimiento forzoso a que la defectuosa realización de la obra, que la sentencia objeto del recurso declara, haya ocasionado desperfectos en todas las plantas del edificio en cuestión, pues tal exigencia no viene impuesta por el citado art. 1098, que sólo contempla para su aplicación el incumplimiento de lo pactado -en la forma que el 1258 establece- de la obligación de hacer que proceda, lo que en el caso presente viene corroborado, además, por las circunstancias de que esa defectuosa instalación de tuberías ha producido un estado de ruina incipiente en el edificio y, por tanto, ha de corregirse, mediante la adecuada instalación de las mismas, el defecto apuntado a fin de que

---

y condenó al demandado al pago de una indemnización en metálico por la parte de la pared medianera, que se fijará en ejecución de sentencia. La representación de la actora interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y absolvió a los demandados de la pretensión de pago de los daños y perjuicios, por haber prescrito su acción respecto de dicha petición, y condenó al demandado don Diego O. a que realice cuantas obras fuesen necesarias, y a su costa, para que las vigas, que la reconstrucción del inmueble demolido introdujo en más de la mitad de la pared medianera entre la finca de éste y la de la parte actora, sean retiradas a su costa, de manera que no rebase más de la mitad de su grosor, así como al pago de los daños y perjuicios producidos a la parte actora al realizar dicha obra de colocación de las vigas, cuyo importe se fijará en ejecución de sentencia.

la ruina efectiva total no llegue a producirse»[325].

En la misma línea, cabe citar la Sentencia de 10 de octubre de 1.977 (R. J. A. núm. 3.718) que establece: «Que los términos de tales pronunciamientos, expresan con absoluta precisión y diáfana claridad, que los demandados han de proceder a la demolición de las construcciones de toda clase que en el terreno litigioso hayan efectuado, terreno cuya longitud y anchura se determinan en el fallo, contiene pues en este punto la sentencia una condena de hacer pura y simple, esto es, sin subordinar su efectividad a condicionamiento ni limitación de clase alguna, de suerte que, en cumplimiento de la misma, los demandados han de llevar a cabo la demolición mencionada»[326].

---

[325]Los antecedentes de hecho de la Sentencia de 19 de abril de 1.977, son los que siguen: don Manuel G. y la Comunidad de Propietarios del edificio de autos, formularon ante el Juzgado de 1ª instancia demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don José L., don Ambrosio V., don Juan D. y la Cía. Mercantil Ingeniería y Montajes, S. A., sobre sustitución de instalaciones o tuberías y conducciones de agua. El Juez de 1ª instancia dictó sentencia desestimando la excepción procesal de defecto legal en la forma de interponer la demanda, y estimando la misma, condenó a los cuatro demandados a que mancomunadamente sustituyeran las instalaciones o tuberías y conducciones de agua empotradas en el fundo urbano, procediendo al montaje e instalación con materiales adecuados, en la forma técnica prescrita, con las obras de reposición, embellecimiento y decoración necesarias de las superficies afectadas, hasta dejarlas en su actual estado, sin costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó en parte y condenó a los demandados a que por partes iguales, sustituyan las instalaciones o tuberías y conducciones de agua empotradas en el fundo urbano; todo ello sin expresa condena en costas en ninguna de las instancias. La representación de la Comunidad de Propietarios y la de los cuatro demandados interpusieron recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por la Comunidad de Propietarios contra la sentencia de la Audiencia; y no ha lugar a los recursos interpuestos por los demandados; y dictó segunda sentencia confirmando la pronunciada por el Juez de 1ª instancia.

[326]La Sentencia de 10 de octubre de 1.977 contiene los siguientes antecedentes de hecho: don V. Ll., formuló ante Juez de 1ª instancia recurso de reposición contra la providencia que declaró no haber lugar a practicar nuevos requerimientos a los demandados, sobre demolición de obra en ejecución de sentencia, recayendo el siguiente Auto: que admitiendo parcialmente el recurso de reposición contra la providencia de fecha 19 de noviembre pasado, requiérase al demandado para que proceda a la demolición de las escaleras existentes a lo largo de la calleja, dejando libre y expedita la misma para el servicio público a que se halla afecta. Interpuesto recurso de apelación por la representación de ambas partes, la Audiencia dictó Auto: estimando el recurso de apelación interpuesto por el señor Manuel A. y desestimando el formulado por don V. Ll., ambos contra el Auto del Juzgado de 1ª instancia y lo revocó y con desestimación del recurso de reposición interpuesto contra la citada providencia, la mantuvo en su primer término, sin expresa imposición de costas en ninguna de ambas instancias. La representación de don V. Ll. interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto contra el Auto de la Audiencia, que lo dejó sin efecto y dictó segunda sentencia desestimando el recurso interpuesto por don Manuel A., y estimando el formulado por don V. Ll. contra el Auto del Juzgado de 1ª instancia, y con revocación en parte de dicha resolución, requiérase a los demandados don Manuel A. y su esposa doña A. A. para que procedan: a) a la demolición de la escalera con suelo de terrazo a baldosa que han construido a todo lo largo de la calleja litigiosa, dejando el terreno en forma que partiendo de la calle M. A., discurra en declive en dirección hasta el río, sin solución alguna de continuidad; b) a suprimir en lo necesario las escaleras laterales que partiendo del terreno de su propiedad, enlazan con el de la calleja a que afectan en cuanto reduzcan su anchura, de forma que todo el terreno correspondiente a la misma desde la calle hasta el río y con una anchura de 3 metros, quede libre y expedito, sin limitación alguna; c) a iniciar las obras que se han dejado relacionadas dentro del plazo de 15 días, y a proseguir sin interrupción, procediendo seguidamente de terminadas a retirar el material procedente

Y, finalmente, la Sentencia de 8 de abril de 1.994 (R. J. A. núm. 2.733) que señaló lo siguiente: «...para que el prestatario sepa con certeza las condiciones en que obtiene su crédito y pueda determinarse libremente en uno u otro sentido, de manera que el pago de la cuota, como acto posterior, sólo significa que se sigue incidiendo en el error, inducido por la falta de claridad en la redacción del contrato, aunque no haya sido buscada de propósito por quien lo confeccionó, porque la contradicción con las cláusulas claras y esenciales del mismo, que constituyen su fin primordial (el interés del 14%), no se requiere que sea intencional, consciente o buscada de propósito para que el error sea corregido y se llegue a la equivalencia de las prestaciones, sin que la oscuridad pueda favorecer a quien la provoca (art. 1288) que, al contravenir el tenor de la obligación, debe sufrir que se deshaga lo mal hecho (art. 1098), sentido en el que jurisprudencialmente se han interpretado siempre los contratos de adhesión»[327].

Sin embargo, en determinadas circunstancias nuestro más alto Tribunal, ha mantenido que cuando concurran motivos de interés general, no procede la destrucción de lo hecho en contravención de los términos de la obligación, de este modo se ha declarado que cuando exista algún fundamento de interés público que aconseje el mantenimiento de la obra, no es posible otra solución que la de proceder a la transformación de la obligación de hacer en la de indemnización pecuniaria. Así lo ha proclamado el Auto de la Sala 4ª de 16 de octubre de 1.976 (R. J. A. núm. 5.817), en el siguiente sentido: «Que no pueden ser confundidos, ni por tanto asimilarse en punto a plazo de prescripción, la acción de resarcimiento derivada del daño a que se refiere el art. 1902 del C. Civ., y a la que el 1968 núm. 2º asigna el de un año, con aquella cuyo ejercicio tiende a obtener la indemnización

---

de las mismas, dejando el paso libre de obstáculos para el tránsito; sin especial condena respecto al pago de las costas causadas en ambas instancias.

[327]La Sentencia de 8 de abril de 1.994 decidió el litigio surgido entre la Caja de Ahorros de Cataluña y la entidad mercantil Indunova, S. A., acerca del cálculo de intereses en una serie de contratos de préstamos hipotecarios. Señala el Tribunal Supremo que de la propia redacción de los contratos no se permite deducir cuál es el interés aplicado, a pesar de que en los mismos se consignan en varias cláusulas el nominal del 14%, pues existen varias posibilidades de cálculo en cuanto al cómputo de tales intereses pactados, métodos que llevan a un interés real o efectivo superior al nominal. Para este Tribunal, esta oscuridad en la tasación de los intereses, ni se justifica por un uso de carácter bancario, ni por el hecho de que se consigne la cuota a pagar, si no se aclara la forma de llegar a ella ni el sistema empleado, aunque en este caso concreto se haga referencia por la Caja al método francés, pero no lo especifica en el contrato. Concluye, por tanto, que tal falta de claridad únicamente puede inducir a error en el prestatario y debe, por ello, ser corregida por la parte que la ha provocado.

señalada en el artículo 228 núm. 2 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, la cual, y para los supuestos contemplados por los presentes autos, no significa otra cosa que conversión operada en fase ejecutiva de sentencia del objeto o contenido de la obligación de demoler impuesta al condenado en ejecutoria cuyo cumplimiento en sus propios términos quedó enervado al interferirse en la ejecución motivos de interés público determinantes del mantenimiento de la obra [...] por lo cual, el acuerdo de mantener la obra adoptado por la Comisión Provincial de Urbanismo no constituye «*eventum damnis*» en cuanto que causa eficiente de la indemnización, sino condición necesaria y suficiente para hacer surgir dentro del marco del proceso de ejecución de sentencia una acción indemnizatoria del todo diferenciada de aquellas típicas cuyo plazo de prescripción de un año trata el apelante de incorporar a la derivada del art. 228 de la Ley del Suelo, y a la que según se desprende de los razonamientos expuestos, por su especial naturaleza y carácter atípico o innominado dentro de las personales corresponde incluir en el artículo 1964 del C. Civ. y asignarle, por ende, el plazo de prescripción de quince años»[328].

No obstante, se ha señalado que esta interpretación jurisprudencial deberá ser acogida con una cierta precaución, para no dificultar la efectiva satisfacción de su derecho a quien ha logrado en su provecho una sentencia condenatoria[329].

---

[328]Como antecedentes de hecho del señalado Auto de 16 de octubre de 1.976 se consignan los siguientes: la Comisión Provincial de Urbanismo de Tarragona, al amparo del art. 228 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, dispuso la conservación de la sexta planta de un edificio, cuya demolición había sido acordada por sentencia firme, cuya ejecución fue instada por el señor G. C. a fin de que se determinara la cuantía de la indemnización correspondiente a la conversión de la citada demolición. En 6 de diciembre de 1984, la Sala 1ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó Auto fijando la cuantía de la indemnización de 1.050.000 pesetas. Se interpuso recurso de casación por don U. R. y el Tribunal Supremo lo desestimó.

[329]Vid. en este sentido TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 270, pp. 123-127, quien hace referencia, además, al problema que surge en los supuestos en los que el cumplimiento *in natura* de las obligaciones de hacer cede ante la indemnización de perjuicios. Hipótesis ésta que se conecta, para la autora, con aquéllas otras en las que la modificación del contrato por alteración o transformación de las circunstancias en las que se pactó, es posible de acuerdo con la cláusula «*rebus sic stantibus*». Lo cual pone de manifiesto la colisión de la regla «*pacta sunt servanda*» que introduce un carácter de estabilidad y de seguridad jurídica en el cumplimiento de los contratos, y la regla «*rebus sic stantibus*» que permite la transformación del contrato por modificación de sus circunstancias. Para la autora, esta última regla deberá ser interpretada con arreglo al artículo 1105 del Código Civil, en el sentido de «aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables», e indica que éste es el sentido en el que se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Para esta civilista, en el supuesto de condenas a hacer en virtud de sentencias firmes, la cláusula «*rebus sic stantibus*» habrá de ser interpretada aún con mayores reservas, puesto que la excesiva onerosidad de la prestación pude surgir como consecuencia de una persistente negativa a cumplir por parte del condenado a ello, y a este respecto señala las *Sentencias de Tribunal Supremo de 17 de abril de 1979 y de 21 de febrero de 1977*, que desestimaron los motivos alegados por el recurrente en el sentido de que la realización de la prestación presentaba una gran dificultad, y declararon la exigencia de que la obligación de

Finalmente, acerca de la exigibilidad de la prestación consistente en la emisión de una declaración de voluntad, y en relación a la figura jurídica del precontrato, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se infieren dos modelos característicos en torno a la misma[330]. En el primer supuesto, no surge, de forma inequívoca, una manifestación clara de voluntad de las partes para vincularse eficazmente por un contrato futuro. En la segunda, el precontrato reúne los elementos esenciales que configurarán el contrato definitivo, así como se produce por los precontratantes la manifestación, de modo incuestionable, del consentimiento en obligarse por ese contrato sucesivo, lo que, en consecuencia, se aplaza no es la prestación de ese consentimiento necesario, sino el cumplimiento definitivo del contrato. Por tanto, la coercibilidad del precontrato dependerá de lo que fue convenido por las partes en él[331].

De esta manera, dentro del primer grupo, el Tribunal Supremo ha señalado que la principal función del precontrato es ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato y, por ello, su objeto es únicamente el obligarse a su celebración. En esta orientación, puede hacerse referencia a las siguientes Sentencias:

La Sentencia de 9 de julio de 1.940 (R. J. A. núm. 691) estableció que: «...el contrato por el cual los partícipes en la explotación de que se trata pactaron mantener la indivisión, en espera de la estipulación futura de una sociedad que adoptase cualquiera de las formas admitidas en derecho, merece el calificativo de preliminar -*pactum de contrahendo*- cuya función esencial consiste en ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato; pero que precisamente por ese carácter, ni tiene otro objeto que el de vislumbrar la voluntad a la celebración de una convención ulterior, sin posibilidad de identificación con el del contrato definitivo, que ha de celebrarse después; ni en él se engendra otra obligación que la de prestar a su tiempo el consentimiento, ni su

---

hacer fuera ejecutada en los mismos términos en los que se pactó.

[330]Vid. a este respecto MONTÓN REDONDO, op. cit. en nota 293, pp. 992-1002; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, pp. 500-501; MONTERO AROCA, op. cit. en nota 256, pp. 83-85; RAMOS MÉNDEZ, op. cit. en nota 225, pp. 1037-1040.

[331]Cfr. MONTÓN REDONDO, op. cit. en nota 293, p. 993.

incumplimiento puede producir otro efecto que el de un resarcimiento de perjuicios»[332].

Asimismo, la Sentencia de 2 de febrero de 1.960 (R. J. A. núm. 456) contiene el siguiente pronunciamiento: «de todo lo cual se infiere que lo convenido en el calendado documento privado, fue un contrato preparatorio, preliminar o precontrato, consistente en vincular a las partes en el mismo intervinientes, para la conclusión de un contrato futuro, que no se pudo o no se quiso celebrar a tiempo de suscribir el documento privado, y por ello tal contrato preliminar no se puede identificar con el que de celebración posterior, ha de ser definitivo, ni engendra otra obligación que la de prestar a éste el consentimiento por quienes a ello se ligaron, una vez realizado lo pactado, incumplimiento que si se diera entonces, podía producir el efecto de un resarcimiento de perjuicios...»[333].

Igualmente, la Sentencia de 16 de octubre de 1.965 (R. J. A. núm. 4.468) consideró que: «...y de acuerdo con los hechos que en instancia se declararon probados es forzoso llegar a la misma conclusión a que llegó el Tribunal «a quo», en el sentido de que se trata simplemente de un «acto preparatorio» o si se quiere, empleando una terminología más moderna desde el punto de vista técnico, un precontrato o contrato preliminar que aunque no recogido expresamente en nuestro Derecho positivo -salvo el supuesto concreto de la promesa de venta del art. 1451 del C. Civ.-, ha tenido plena acogida tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia de esta Sala, cuya especialidad consiste en que a lo que

---

[332]Se indica en la Sentencia de 9 de julio de 1.940 que: en juicio de mayor cuantía seguido ante el Juzgado de Oviedo y Audiencia de la misma capital, se suplicaba por la demandante que se condenase a los demandados a la división de una explotación industrial que con aquellos poseía en común, y por reconvención suplicaron los demandados se condenase a la demandante a constituir con los demandados una Sociedad Anónima para continuar la explotación. Contra la sentencia estimatoria de la reconvención, recaída en ambas instancias, se interpuso recurso de casación por infracción de ley que fue estimado, casándose la sentencia de apelación.

[333]Los hechos a los que da lugar el pleito que resolvió la Sentencia de 2 de febrero de 1.960 son los siguientes: El actor y el demandado suscribieron en documento privado un contrato «privado de relaciones sociales», mediante el cual pretendían la constitución de una sociedad para la explotación de productos resinosos. Por el sr. don Císculo R. se formuló demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra don Fermín P. sobre elevación a escritura pública de tal documento privado, aportación de cantidad a la señalada sociedad, así como que se haga cargo el accionante de la Gerencia según viene pactado, y a que el demandado liquide a favor de la sociedad todo lo que haya cobrado por cuenta de productos de la misma y abone todos los daños y perjuicios que haya podido causar a la sociedad por su temeridad y obstrucción a la legal marcha de la misma. El Juez de 1ª instancia dictó sentencia por la que estimó en parte la demanda. Apelada la sentencia fue confirmada por la Audiencia. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, dictó segunda sentencia por la que, desestimando la excepción de falta de acción propuesta por la parte demandada, desestimó asimismo en su totalidad la demanda presentada por la parte actora, y rechazando igualmente la reconvención, declaró no haber lugar a decretar la nulidad de los documentos suscritos por los litigantes, que han de tenerse por válidos y eficaces.

las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero que por ello mismo fue calificado de auténtica ley de bases del siguiente, pero cuya fuerza vinculante debe quedar atemperada a la que se deriva de su propia esencia consistente en «obligarse a obligarse», de suyo difícilmente coercible...»[334].

Y, en el mismo sentido, la Sentencia de 24 de mayo de 1.986 (R. J. A. núm. 1.167): «Que en orden a la distinción entre el contrato de compraventa y la simple promesa de venta, ha declarado la Sentencia de 24 de mayo de 1980 (R. 1963) que si ciertamente en estas situaciones jurídicas, cuya especialidad consiste en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero, que por ello mismo puede calificarse de auténtica ley de bases del siguiente y cuya fuerza vinculante queda atemperada a la que deriva de su propia esencia consistente en «obligarse a obligarse»...»[335].

Para nuestro más alto Tribunal, este contrato preliminar puede, asimismo, contener los elementos esenciales del contrato definitivo, pero siempre carece del requisito del

---

[334]La Sentencia de 16 de octubre de 1.965 recoge, como antecedentes de hecho, los siguientes: mediante documento suscrito por las representaciones de las partes litigantes en el mes de junio de 1961, el hoy recurrente, en nombre de la entidad que hasta entonces figuraba como arrendataria, se comprometía a no oponerse al juicio de desahucio por falta de pago iniciado por el propietario, conviniendo ambos, al propio tiempo, en otorgar un nuevo contrato de arriendo con una opción de compra del café-bar denominado Granja Royal, en favor personalmente del que ahora recurre en casación. El Juez de 1ª instancia dictó sentencia condenando al demandado, don Rafael F., a que otorgase contrato de arrendamiento a la parte actora, don Rafael V., del local del café-bar en cuestión, por la renta de 4.000 pesetas mensuales; que asimismo don Rafael V. tiene derecho durante el arrendamiento a comprar el señalado café-bar, como negocio con sus instalaciones, por el importe de 1.428 quintales métricos de trigo, al precio oficial que rija para dicho cereal el día que tal derecho ejerciera, viniendo la propietaria obligada a otorgar contrato de arrendamiento del local de negocio por la renta mensual de 22 quintales métricos de trigo y 8 kilogramos de otro, al precio oficial que rija el día de otorgamiento y al firmar el contrato de arrendamiento se pagará el precio de compra del negocio y se entregarán al demandado dos meses de alquiler en concepto de fianza, absolviendo de la indemnización de daños y perjuicios. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó y desestimando la demanda absolvió al demandado, sin expresa condena en costas en ninguna de las instancias. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

[335]La Sentencia de 10 de marzo de 1.986 contiene, como antecedentes de hecho, los siguientes: don Benito A. presentó, ante el Juzgado de 1ª instancia, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra la entidad Edificio García, sobre cumplimiento de contrato y en solicitud de que se condenara a la interpelada a otorgarle, con pago del precio convenido y deduciendo de éste cargas existentes y cantidades entregadas a cuenta, escritura de compraventa de un piso y una plaza de garaje. La demandada se opuso y formuló reconvención. El Juzgado estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvención. La entidad demandada formuló recurso de apelación y la Audiencia Territorial revocó la sentencia impugnada y desestimó la demanda y la reconvención. El demandante interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado, sin expresa condena en costas del recurso ni en las de las dos instancias.

consentimiento prestado de forma efectiva. Así lo ha declarado, entre otras, la Sentencia de 15 de marzo de 1.945 (R. J. A. núm. 440): «...mientras que si las partes, aun estando de acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrar una compraventa posterior, aparece un contrato preparatorio o precontrato cuyos efectos no cabe identificar con los antes indicados, que la perfección de la compraventa produce»[336]. En similares términos se expresa la Sentencia de 4 de julio de 1.950 (R. J. A. núm. 1.192): «...y si alguna duda cupiera sobre ello, la desvanecería la jurisprudencia constante de que si las partes no expresaron su intención de aplazar la celebración de la venta comprometiéndose a realizarla en un futuro determinado, el contrato no es de promesa de venta, sino de compraventa actual y perfecta»[337]. Y la Sentencia de 6 de marzo de 1.954 (R. J. A. núm. 1.296) que se manifestó de la siguiente forma: «...que si las partes que celebran un contrato, aun estando de perfecto acuerdo sobre los elementos esenciales de una compraventa, solo se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrarlo posteriormente, el contrato que conciertan es simplemente de promesa de venta...»[338]. Asimismo, con los mismos argumentos, puede verse la Sentencia de 29 de octubre de 1.955 (R. J. A. núm. 3.092).

El incumplimiento de esta figura jurídica únicamente da lugar al resarcimiento de

---

[336]Se señala en la indicada Sentencia de 15 de marzo de 1.945 lo que sigue: en juicio de mayor cuantía sobre otorgamiento de escritura de compraventa y otros extremos, seguido ante uno de los Juzgados de Murcia y la Audiencia de Albacete, se dictó sentencia declarando que el contrato celebrado entre demandante y demandada, ratificado por documento privado de 24 de septiembre de 1937, era un contrato de compraventa perfeccionado con anterioridad al 18 de julio de 1936, y no comprendido, por tanto, en la Ley de 1° de abril de 1939, y condenando a la demandada a elevarlo a escritura pública, como asimismo a entregar al actor el importe de los alquileres cobrados por ella desde la última liquidación practicada. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fue estimado solamente en cuanto a dicho abono de alquileres, modificando el respectivo pronunciamiento.

[337]Se recoge en la Sentencia de 4 de julio de 1.950: que las partes litigantes celebraron un contrato de compraventa en documento privado de fecha 11 de enero de 1941, entregándose totalmente la finca objeto de la venta sin reserva alguna, y parte del precio, de acuerdo con la situación económica de la vendedora. En la condición tercera del citado contrato se expresaba que las partes habían resuelto vender la señalada finca y que se solicitará la autorización judicial necesaria para la efectividad de la venta. Por la parte demandada se interpuso recurso de casación, en el que el recurrente pretende que el contrato privado objeto de litigio no sea reputado de compraventa, aunque condicionada en cuanto a su formalización a la obtención de la autorización judicial, como lo conceptúa el Tribunal Supremo, sino de promesa de venta.

[338]La Sentencia de 6 de marzo de 1.954 resolvió el litigio surgido entre las partes contratantes con motivo de la interpretación del contrato celebrado entre ambas. En este caso, la tesis del actor era la consideración del mismo como un contrato de promesa de venta, y la del demandado consistía en la de reputar el mismo como contrato de compraventa con precio aplazado.

daños y perjuicios, puesto que el consentimiento que ha de prestarse es el objeto único de la obligación, y éste se considera como un hecho personalísimo del obligado, por tanto incoercible y no susceptible de que el Juez pueda sustituir la voluntad del deudor por obra de su autoridad. En este sentido, pueden verse las Sentencias ya citadas de 9 de julio de 1.940 (R. J. A. núm. 691), de 2 de febrero de 1.960 (R. J. A. núm. 456) y de 16 de octubre de 1.965 (R. J. A. núm. 4.468); en esta misma línea, la Sentencia de 13 de febrero de 1.953 (R. J. A. núm. 272) se pronunció de la siguiente manera: «...una de las cuales es que el compromiso de venta requiere la voluntad de vender de los contratantes para la celebración del contrato prometido, acto personalísimo y que nadie puede reemplazar, lo que no ocurre para consumar el contrato de venta perfecto, puesto que ya quedó expresada esa voluntad y cuyo cumplimiento puede llevar a cabo el Juez, como manda la Audiencia para suplir la acción del obligado, pero éste no puede suplir la voluntad de obligarse en nuevo contrato ésta ya de venta, por lo que es evidente que el auto recurrido, comete la infracción del artículo 1695 de la Ley de Enjuiciamiento civil acusada en el recurso y procede declarar haber lugar a éste»[339].

El segundo modelo de precontrato, el Tribunal Supremo lo identifica, a efectos de ejecución del mismo, al contrato definitivo. Se trata, por su propia naturaleza de un contrato consensual y bilateral, con vida y entidad propias, donde la voluntad expresada para perfeccionar dicho contrato proyecta su eficacia no sólo en la constitución del círculo jurídico que sujeta a las partes sino sobre el objeto de la convención, uno de los elementos esenciales requeridos para que exista contrato. De este modo, se expresa la Sentencia de 1 de julio de 1.950 (R. J. A. núm. 1.187): «...de todo lo cual se deduce que para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente

---

[339]La Sentencia de 13 de febrero de 1.953 resuelve el recurso de casación interpuesto contra el auto de la Audiencia Territorial en ejecución de un laudo arbitral, según el cual, se ordenaba a don A. G. y Sor M. a vender en forma legal y a entregar a don J. P. determinadas acciones, y en consecuencia, les condenaba a que en el término de 15 días formalizaran, con intervención del Agente de Cambio y Bolsa y mediante póliza o instrumento de venta que corresponda, la señalada venta de las acciones. Contra el citado auto de la Audiencia Territorial confirmando el dictado por el Juez de 1ª instancia, por el que se ordenó se lleve a ejecución el laudo dictado en amigable composición, se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto, y dictó segunda sentencia declarando no haber lugar a lo solicitado en el escrito presentado ante el Juzgado de 1ª instancia de que se llevase a ejecución lo acordado en el laudo dictado.

consentimiento al perfeccionarse aquel contrato y que las consecuencias del mismo, obligatorias para los contratantes a tenor del artículo 1258 del Código como derivadas de los preceptos sobre contratación, son análogas, salva su especialidad, a las que se producen en la compraventa [...] en el contrato de promesa de vender o comprar, por su singular naturaleza se encierra y contiene el consentimiento suficiente para perfeccionar y consumar la futura compraventa prometida»[340]. Asimismo, la Sentencia de 2 de febrero de 1.959 (R. J. A. núm. 2.894) contiene, entre otros, el siguiente pronunciamiento: «...la sentencia de 1 de julio de 1950 (Rep. Jurisp. 1187) ha declarado que para la consumación del contrato de promesa de comprar o vender no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad, bastando la ya manifestada para que se declare su fuerza obligatoria entre las partes, según los términos del artículo 1258 del Código civil»[341]. También cabe citar a la Sentencia de 28 de mayo de 1.980 (R. J. A. núm. 1.971) que, entre otros, señaló lo siguiente: «...la consumación de la promesa de vender o comprar no requiere una nueva o especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento»[342]. Y, por último, la Sentencia de 26 de enero de 1.982 (R. J. A. núm. 309)

---

[340]Señala la Sentencia de 1 de julio de 1.950 que: en juicio de mayor cuantía sobre cumplimiento de una promesa de compraventa, seguido ante el Juzgado de 1ª instancia de Trujillo y la Audiencia de Cáceres, se dictó sentencia por la que se condenó al demandado a otorgar en favor del demandante escritura de venta de la finca aludida en el pleito, en las condiciones previstas en documento privado, bajo apercibimiento de otorgarse escritura por el Juzgado. Interpuesto por el demandado recurso de casación por infracción de ley, no se dio lugar a él.

[341]La Sentencia de 2 de febrero de 1.959 decidió el pleito existente entre la entidad Hidráulica de S. y doña Amelia A. que suscribieron un contrato por el cual la citada entidad convino la ocupación de la parte de terreno necesario para el emplazamiento de un canal de conducción de cierto aprovechamiento hidráulico mediante el abono del precio que había de determinarse por peritos, los que además habían de valorar los daños causados en el arbolado; siendo de señalar que en ese contrato, que afectaba según parece a todos los propietarios situados en el recorrido del referido canal, contenía una cláusula especial solo referente a la parte recurrida, y del siguiente tenor literal: "Si doña Matilde E. decidiese vender los prados afectados por el canal de conducción, la sociedad Hidráulica de S. se los comprará previo acuerdo". Por escrito de fecha 16 de junio de 1953, la actora doña Amelia A. dedujo ante el Juzgado de 1ª instancia número 1 de los de Pamplona demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra la Compañía Hidráulica de S., sobre obligación de compra de un prado. Se dictó sentencia estimando la demanda, sin hacer especial imposición de las costas causadas ni de la reconvención formulada por la demandada. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó en todas sus partes. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

[342]Recoge la Sentencia de 28 de mayo de 1.980 los siguientes antecedentes de hecho: que por convenio de las partes, y para garantizar el destino y rendimiento de las acciones que los entonces demandantes habían adquirido de la entidad Financiera F. dado que aquéllas no se cotizaban en Bolsa, la entidad hoy recurrente y antes demandada Edificios F. se comprometió mediante documento al efecto a la compra -o recompra, según se dice en los escritos procesales- de dichas acciones a cada uno de los actores, estableciéndose por Edificios F. que garantizaba y afianzaba por plazo de 5 años la adquisición de dichas acciones por su valor nominal, de 1.000

estableció lo siguiente: «..cuando en el contrato preliminar han quedado determinados de manera total y completa los elementos y circunstancias de la prometida compraventa, y consta de un modo indubitado en aquel contrato la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, la resistencia de una de ellas a concluir ésta no da lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra parte a exigir el cumplimiento, no sólo de la promesa sino también del contrato definitivo, de lo que se deduce que, se trate de promesa de venta o contrato de compraventa, lo que en el presente caso las partes convinieron, al concurrir la circunstancia de estar perfectamente determinados, total y completamente, los elementos necesarios con relación al objeto y al precio, y con entrega de parte de éste, es visto que la sentencia recurrida es perfectamente congruente con la pretensión deducida, todo lo cual hace inviable el motivo»[343].

---

pesetas cada una, avisando por escrito certificado con 30 días de antelación, a la vez que garantizaba por el mismo plazo de 5 años la percepción de un dividendo mínimo del 7% en cada ejercicio, convenio que fue en su parte cumplido en lo referente al abono de los dividendos e intereses, en plazos trimestrales y cantidades fijas. Doña María A., don Antonio y don José C. formularon, ante Juzgado de 1ª instancia, demanda de mayor cuantía contra la entidad Edificios F. sobre reclamación de cantidad. El Juez de 1ª instancia dictó sentencia por la que, estimando en parte la demanda, condenó a la demandada a satisfacer a los actores los intereses devengados garantizados y no percibidos de Financiera F., como consecuencia de la titularidad de las acciones de las que cada uno posee, desde el 4 de diciembre de 1969 al 15 de marzo de 1971, a razón del 7% pactado y a adquirir y satisfacer a los actores, a razón de 1.074 pesetas por acción, en la forma que detalla la señalada sentencia. Apelada la sentencia por la representación de la parte demandada, la Audiencia la confirmó, sin expresa imposición de costas causadas en la alzada. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

[343]La Sentencia de 26 de enero de 1.982 considera probados los siguientes hechos: en 19 de julio de 1974 don Ramón F. y su esposa doña Emilia P. se comprometieron a vender al entonces menor, hoy mayor de edad y recurrido, don Manuel F., representado por su tutor don Ramiro M., la casa propiedad de aquéllos, que en el documento privado otorgado al efecto se relaciona, cuya venta habría de formalizarse a finales de agosto o primeros de septiembre del propio año, firmando en esas fechas el correspondiente documento, siendo el precio de la venta 1.250.000 pesetas, de las que, a cuenta de éste y en la indicada fecha de 19 de julio, recibieron los vendedores 500.000 pts. en el acto de la firma del documento, y el resto, hasta completar la totalidad del precio convenido, se pagaría en plazos de 200.000 pts., lo que fue aceptado por el comprador, y sin que hasta la fecha se haya otorgado la escritura de venta ni hecha efectiva la suma de las 750.000 pts. restantes del precio aplazado de la venta. El comprador, por medio de su tutor, en acto de conciliación, requirió a los vendedores para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, en cuyo acto percibirían la totalidad del precio convenido que había quedado aplazado, a lo que éstos no se avinieron. Don Ramiro M. y doña Ermitas C., interviniendo el primero en representación del menor don Manuel F., formularon demanda ante Juzgado de 1ª instancia de juicio declarativo de mayor cuantía, sobre cumplimiento de contrato. El Juez de 1ª instancia dictó sentencia en la que condenó a los demandados a devolver las 500.000 pesetas que habían recibido a cuenta del precio de la venta de la vivienda litigiosa. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó en parte y declaró que los demandados estaban obligados a cumplir la obligación que habían asumido en el documento de 19 de julio de 1974. La representación de los demandados interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

Es necesario asimismo que, además de que el consentimiento de las partes manifieste la intención clara de obligarse, las bases fundamentales en el precontrato se encuentren perfectamente determinadas. Señala, a este respecto, la Sentencia de 5 de octubre de 1.961 (R. J. A. núm. 3.284): «Que, en cambio la insuficiencia de las bases fundamentales en el precontrato , o sea, la indeterminación del objeto de él, se presenta con fuerza bastante para impedir que se haya producido la vinculación de las partes sobre un objeto no determinado, ni determinable, ya que, no se han especificado, en el contrato, ni cuáles habían de ser los elementos comunes que se adquieren en copropiedad, ni cual es la cuota de participación con relación al total del valor del inmueble, referido a cuota parte -o a centésimas como ahora ordena la Ley-, y ante esta falta de determinación, se comprende que aquel precontrato no puede tener pleno cumplimiento, pues la voluntad del obligado no puede sustituirse por obra de la autoridad del órgano jurisdiccional, como claramente apuntan las sentencias de 9 de julio de 1940 (Rep. Jurisp. 691) y 16 de abril de 1941 (Rep. Jurisp. 502); es decir, que aunque en el precontrato litigioso, se ha creado una obligación por las partes contratantes dirigida al desenvolvimiento o complementación de una compraventa futura, o sea, a cooperar en el desenvolvimiento de las bases sentadas en aquel contrato, como no se han establecido todas las bases esenciales para ese futuro contrato, no puede suplirlas el Juez, ya que tendría que hacer una declaración de voluntad que no constaba hubiese sido querida por las partes en el momento de la celebración del precontrato»[344]. Y la Sentencia de 2 de marzo de 1.965 (R. J. A. núm. 1.238) estimó lo siguiente: «Que el fin del contrato preliminar es una mayor seguridad del contrato futuro, en cuanto las partes, aplazando para un tiempo más remoto y quizá más oportuno, «*gradu tardiori et praemeditado*», la conclusión del contrato definitivo, disminuyen la posibilidad de fraudes y engaños.[...] Que

---

[344]La Sentencia de 5 de octubre de 1.961 resolvió el litigio surgido entre las partes contratantes con ocasión de la celebración de un contrato en el que don Vicente E., propietario de la casa que se describe, ofreció en venta a don Alberto G. el piso y accesoria-garaje que llevaba en arrendamiento y que resultaban identificados en el plazo que presentaban y el propio contrato de arrendamiento. Don Alberto G. presentó, ante Juzgado de 1ª instancia, demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra don Vicente E., sobre cumplimiento de contrato y otros extremos. La parte demandada se opuso alegando que la oferta era para el caso de que se vendieran todos los pisos, pero no uno solo, y que los demás vecinos no habían aceptado la propuesta, por lo que solicitaba la absolución. El Juez de 1ª instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revocó y estimó la demanda. Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia, la que dejó sin efecto y pronunció segunda sentencia confirmando la del Juzgado de 1ª instancia.

el contrato preliminar para existir y ser válido ha de reunir los requisitos necesarios para los contratos en general, siendo necesario que en él se indique la especie del futuro contrato definitivo, pero que sean igualmente determinados todos los elementos específicos del contrato mismo, bastando la posibilidad de su determinación ulterior. [...] pues aparte de no ser necesaria la determinación de todos los elementos específicos del contrato mismo, quien asume la obligación de «querer» concluir sólo en lo futuro un contrato consensual, niega con esto «querer actualmente» dicho contrato, diferencia que no es meramente abstracta, pues coincide con la distinción entre el acto presente y el acto futuro, independientemente de sus efectos»[345].

En este caso, las partes intervinientes en el precontrato pueden, por ello, exigir el cumplimiento de lo pactado[346], lo que implica que el Juez puede, en caso de incumplimiento voluntario por una de las partes, sustituir coactivamente la conducta que no ha querido o podido ejecutar. En este sentido se pronuncia la Sentencia de 26 de marzo de 1.965 (R. J. A. núm. 1.481): «...y si bien, en caso de incumplimiento de la promesa de venta, sus efectos deben limitarse jurídicamente a la indemnización de daños y perjuicios, nuestra jurisprudencia, para vigorizar el contrato preliminar, inicia una dirección contraria en la S. de 1 de julio 1950 (Rep. 1187), permitiendo el cumplimiento forzoso con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, y circunscrito el derecho a indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir, doctrina reiterada en la S. de 2 de febrero

---

[345]La Sentencia de 2 de marzo de 1.965 resolvió el pleito surgido entre las partes con ocasión de la celebración de un acuerdo para fijar las condiciones del suministro de energía eléctrica y para establecer un convenio para la liquidación de los atrasos experimentados en el pago de determinadas facturas. La actora, Unión Eléctrica de Murcia S. A., formuló demanda en juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra don Joaquín F. sobre reclamación de cantidad y otros extremos. El demandado se opuso alegando que el convenio, en el que se basaba la demanda, constituía un precontrato con objeto de fijar las bases contractuales que habían de ser desarrolladas en el futuro. El Juez de 1ª instancia dictó sentencia estimando la demanda. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó en lo sustancial, sin expresa condena en costas causadas en la segunda instancia. Se interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

[346]Señala MONTÓN REDONDO que la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo pactado en el precontrato puede hacerse judicialmente: «ejercitando una pretensión principal solicitando la condena del demandado a realizar los actos necesarios para perfeccionar el contrato a que se obligó y, alternativamente por si ello no fuera posible, otra solicitando el resarcimiento de daños y perjuicios siempre que pudieran justificarse». Cfr. op. cit. en nota 293, p. 995.

de 1959 (Rep. 2894)»[347]. Y, asimismo, la Sentencia de 28 de junio de 1.974 (R. J. A. núm. 3.381) estimó: «...que cuando en el contrato preliminar han quedado determinados de manera total y completa los elementos y circunstancias de la prometida compraventa y consta de un modo indubitado en aquel contrato la decidida voluntad de las partes de llegar a celebrar una auténtica compraventa, la resistencia de una de ellas a concluir ésta no da lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra para exigir el cumplimiento, no sólo de la promesa, sino también del contrato definitivo»[348].

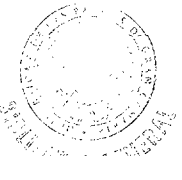
3.2. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA OBLIGACIÓN DE HACER EN EL *CODICE CIVILE* ITALIANO

El Ordenamiento Jurídico italiano sistematiza en el *Codice Civile* las normas que

---

[347]Los antecedentes de hecho de la Sentencia de 26 de marzo de 1.965 son los siguientes: doña Matilde P. y don José y doña Angeles M., dedujeron ante Juzgado de 1ª instancia demanda contra la cooperativa C., sobre reclamación de derechos. El Juez de 1ª instancia dictó sentencia por la que estimando en parte la demanda, declaró el deber de la demandada de liquidar y practicar a la parte actora en período de ejecución de sentencia, relación del activo y pasivo de dicha Sociedad con referencia al 16 de mayo de 1946, fecha del fallecimiento del socio señor M. F., incluyendo en dicha relación las fincas M. y L., así como a entregar a los actores causahabientes del finado, el haber que les pertenezca como resultado de dicha liquidación, sin expresa condena en costas. Apelada la sentencia la Audiencia la revocó y desestimando la demanda declaró no haber lugar a las peticiones contenidas en ella, absolviendo a la demandada. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

[348]La Sentencia de 28 de junio de 1974 consideró probados los siguientes hechos: don Antonio G. dedujo ante el Juzgado de 1ª instancia demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra don Ignacio P., sobre cumplimiento de contrato. Con anterioridad don Antonio G. compareció ante el Juzgado promoviendo expediente de consignación de cantidad, para ser ofrecida a don Ignacio P. El actor en la anterior demanda, ante el mismo Juzgado, interpuso otra demanda contra el mismo demandado la cual fue acumulada a la primera. El Juez de 1ª instancia dictó sentencia declarando no ha lugar a la demanda, absolviendo al demandado; y respecto a la reconvención articulada, se declara que el contrato referido de 6 de agosto, es una promesa de venta en la que mediante arras penitenciales puede resolverse a voluntad del vendedor, declarando rescindido el compromiso de venta, condenando al demandante a la devolución duplicada de la arras al actor. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó. La representación de la actora interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, la que dejó sin efecto y dictó segunda sentencia por la que, revocando parcialmente la pronunciada por el Juez de 1ª instancia, estimó, también parcialmente, tanto las demandas como la reconvención y declaró que el contrato suscrito por las partes el 6 de agosto es un simple compromiso o promesa bilateral de comprar y vender, cuyo objeto es la finca que se describe y condenó al demandado a cumplir la obligación de vender al actor dicha finca, así como a que la entregue y otorgue escritura pública correspondiente, y a recibir el resto del precio de la venta, que le será satisfecho al tiempo del otorgamiento de aquella escritura.



hacen referencia a la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer en su artículo 2.931[349], y regula en el *Codice di Procedura Civile* la disciplina de la actuación procesal de tal ejecución[350].

El alcance de la norma del artículo 2.931 del *Codice* supone la introducción de un instrumento de ejecución específica a disposición de aquellos sujetos que, tras un incumplimiento por parte del deudor, resultan acreedores de una conducta de hacer, tanto si se trata de una vulneración de un concreto crédito de hacer como también de cualquier otro derecho, sea de carácter absoluto o personalísimo, y cuya violación determina la exigencia a realizar algo[351].

---

[349] *Artículo 2931. Esecuzione forzata degli obblighi di fare.- «Se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile».*

«Si no es cumplida una obligación de hacer, el derechohabiente puede lograr que ésta sea ejecutada a expensas del obligado en las formas determinadas por el código de procedimiento civil».

[350] El procedimiento de ejecución forzosa de las obligaciones de hacer y de no hacer, disciplinado en el título cuarto del libro tercero del *Codice di Procedura Civile*, en sus artículos 612-614, constituye el instrumento procesal para la ejecución coactiva de la sanción específicamente consecuente a la violación de obligaciones de hacer o no hacer, o sea, de la pena cuya actuación realiza, desde el punto de vista jurídico, un resultado idéntico a aquél del cumplimiento de la obligación de hacer y de no hacer. Vid. MANDRIOLI, op. cit en nota 245, p. 764 y ss., quien asimismo señala que, desde un punto de vista funcional, el procedimiento del *Codice di Procedura* realiza el Derecho en su esencia originaria, en cuanto que actúa una sanción de contenido idéntico al de la obligación violada y, además, se percibe, toda vez que se cumple sin perjuicio de los derechos del deudor, no propiamente como una invasión de la esfera jurídica ajena cuanto una invasión de la esfera de autonomía ajena. Además, continúa este autor, la introducción de la fórmula del artículo 2.931 del *Codice Civile*, «*forme stabilite dal Codice di Procedura Civile*», constituye una novedad de la Codificación de 1942 respecto a la anterior, por cuanto que, mientras que en los artículos 1.220 y 1.222 del Código Civil de 1865 no se podía descubrir otra cosa que una autorización de tipo privado al acreedor para cumplir a expensas del deudor aquello que estaba obligado a hacer, o a destruir lo que había hecho de forma abusiva, la nueva disciplina jurídica consiente, por el contrario, la realización de la tutela del derecho del acreedor directamente por obra de la función pública, que supone lo mismo que decir que la sanción se realiza mediante una auténtica ejecución forzosa. También, en este último sentido, MAZZAMUTO indica que, a diferencia del *Codice* de 1865, el *modus procedendi* delineado en los artículos 612 y siguientes del *Codice di Procedura*, confía al órgano ejecutivo, antes que al derechohabiente, la subrogación del obligado y prevé los instrumentos necesarios para penetrar en la esfera posesoria de éste último. Cfr. op. cit. en nota 41, p. 95.

[351] MANDRIOLI señala, como ejemplos de derechos de carácter absoluto y cuyo incumplimiento determina la obligación de realizar una conducta por parte del incumplidor, los regulados en los artículos 1.079 y 2.599 del *Codice Civile*, que se refieren al aseguramiento en juicio del derecho de servidumbre ante eventuales impedimentos o actos turbativos de su ejercicio y al contenido de la sentencia que condena actos de competencia desleal respectivamente; y como ejemplo de derecho de carácter personalísimo indica el artículo 7 del *Codice* que regula la tutela del derecho al nombre. Vid. op. cit. en nota 245, p. 765. No obstante, para MONTESANO son únicamente tutelables con la ejecución específica aquellos derechos con relación a los cuales, «el hacer o el no hacer se ponen como medios esenciales y necesarios para conseguir o mantener el goce o disfrute (*godimento*) de un bien infungible: disfrute que de un lado no puede ser obtenido con la mera autorrealización del derecho sustancial sin la cooperación del deudor (autorrealización que hace imposible e inútil el proceso ejecutivo), y de otro lado debe estar ya comprendido en el contenido del derecho (de otro modo, el deudor no estaría obligado a una actividad o

Un obstáculo para esta concreta forma de ejecución de las obligaciones de hacer, se encuentra en la imposibilidad, natural o jurídica, de conseguir el mismo resultado debido mediante un comportamiento independientemente de la voluntad del sujeto que habría debido observar tal conducta[352].

De esta manera, si la obligación tiene por objeto un *facere* y, en tanto no se concibe constreñimiento alguno sobre la voluntad humana[353], el acreedor podrá obtener que tal conducta sea ejecutada por un tercero a expensas del obligado, lo cual presupone que el *facere* ha de ser imprescindiblemente fungible, es decir, que la utilidad de tal comportamiento no se encuentre ligada, de manera necesaria, al cumplimiento personal del deudor[354].

---

a una abstención material y subrogable con la ejecución forzosa, sino estaría vinculado por una promesa de transferir el derecho de goce, similar a aquél que obliga al promitente de un contrato real: vínculo «jurídicamente infungible» fuera de los casos típicos en los que funciona la tutela prevista en el artículo 2.932 del C.c.)». Vid. op. cit. en nota 209, pp. 540 y 541.

[352]GIORGIANNI indica que una primera limitación en la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer aparece como consecuencia de la infungibilidad de la prestación del deudor, en tanto que no permite la satisfacción del interés del acreedor mediante la intervención de un tercero que cumpliría la obligación en lugar del deudor y a su costa. Vid. *La Obligación (La parte general de las obligaciones)*, Barcelona, 1958, pp. 205-206. Para MANDRIOLI el poner como límite de la ejecución específica «los extremos confines de la posibilidad humana» resulta conforme con el Ordenamiento Jurídico italiano, que, según el autor, se encuentra inspirado en la exigencia de conseguirle al acreedor propiamente aquello que tiene derecho a obtener. Vid. op. cit. en nota 245, p. 766.

[353]Señala MANDRIOLI que el moderno concepto de ejecución forzosa ha descontado ya la incoercibilidad del querer humano y considera «ejecutada» no la prestación, sino la obligación en su resultado económico objetivo. La moderna concepción de la obligación, continúa el autor, aún manteniéndose un vínculo de carácter personal, «está concebida en estricta relación con el resultado económico al cual tiende la prestación», con la consecuencia de que cuando la consecución de aquel resultado en sede coactiva consiste en una satisfacción inmediata del interés tutelado de la obligación, puede decirse que se ha conseguido también su resultado jurídico. De estas conclusiones deriva la posibilidad de que la ejecución específica no esté necesariamente ligada a la voluntad del deudor, sino que se conserve cada vez que subsista la posibilidad jurídica y natural de conseguir de otra manera la satisfacción del interés del acreedor. Vid. op. cit. en nota 245, pp. 765 y 766.

[354] SCHLESINGER señala que en los casos en los cuales la conducta del deudor represente un antecedente causal no necesario del resultado perseguido por el acreedor (prestaciones fungibles), una parte de la doctrina opina que se tiene cumplimiento de la obligación también si el acreedor consigue la utilidad que representa el fin al cual está preordenada la relación sin que del deudor haya sido tenido el comportamiento debido. «Y como confirmación de esto se invoca la eficacia extintiva de algunos supuestos, de los cuales no es elemento constitutivo el comportamiento del deudor: se trata de la ejecución forzosa y del cumplimiento de la obligación por parte de un tercero». Vid. op. cit. en nota 185, pp. 1284-1284; Por otro lado, MAZZAMUTO indica que la delimitación de aquellas hipótesis susceptibles de ejecución en forma específica se realiza sobre la base de la categoría de la infungibilidad de la obligación. La doctrina vuelve a proponer, continúa el autor, bajo el fundamento dogmático de la condición de infungibilidad, los viejos argumentos: en términos axiológicos (*ne homini libero vis fiat*) y naturalistas (con cita de CARBONNIER: «*one can bring a horse to the water, but nobody can make him drink*»: uno puede llevar un caballo al agua, pero nadie puede hacerle beber). Para este jurista, en conclusión, se instituye,

La obligación de hacer, por tanto, es coercible solo en cuanto sea específicamente fungible[355], esto significa que el acreedor podrá obtener el mismo resultado al que tenía derecho al contraer la obligación, pero sin la cooperación del deudor[356], lo que algunos autores han denominado ejecución forzosa por subrogación[357].

Por el contrario, si la prestación es infungible, el acreedor únicamente podrá conseguir el equivalente pecuniario de la prestación, además del resarcimiento del daño que en su caso hubiera originado el incumplimiento[358], en definitiva, una suma de dinero en lugar del comportamiento debido[359].

La doctrina señala que esta infungibilidad de la obligación de hacer no significa otra cosa que inidoneidad del comportamiento de una persona distinta del deudor para facilitar al acreedor la satisfacción inmediata y directa de su interés en el cumplimiento de la obligación[360].

---

y debido a la falta de previsiones legislativas de formas de ejecución indirecta, la correlación infungibilidad-incoercibilidad, y la consecuencia está, sobre todo, en el sentido de privilegiar la sanción resarcitoria. Vid. op. cit. en nota 41, pp. 95 y ss. y esp. p. 101; vid. también, sobre la reflexión del texto principal, BARASSI, op. cit. en nota 161, pp. 563 y ss.; GIORGIANNI, op. cit. en nota 352, pp. 205 y ss.; BARBERO, op. cit. en nota 185, p. 169; TRABUCCHI, op. cit. en nota 238, p. 39; BETTI, *Teoría General de las Obligaciones*, Madrid, 1969, p. 483; CARNELUTTI, op. cit. en nota 237, p. 369; BRANCA, op. cit. en nota 165, p. 268; TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano, 1983, p. 621; GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 1996, p. 618.

[355]Para MANDRIOLI la moderna concepción de la obligación y las referencias al resultado económico de la prestación, implican directamente la noción del hacer fungible. Y, por ello, para este autor, es claro que el límite que deriva de este presupuesto -(in)fungibilidad- es un límite más natural que jurídico. Vid. op. cit. en nota 245 , pp. 766-767; Vid. asimismo BETTI, op. cit. en nota 354, p. 483.

[356]MONTESANO señala que en tales casos el acreedor siempre podrá conseguir la utilidad debida con medios diversos de la obra o de la inercia deducida en la obligación. Si la fungibilidad es un aspecto sustancial a la obligación, continúa el autor, ésta subsiste solo cuando el deudor pueda cumplir prestando indiferentemente el hacer propio o el de un tercero, o al menos cuando la tutela derivada de la ejecución específica, satisface y no repara, es decir, da al acreedor exactamente el mismo resultado debido, o, para usar el lenguaje del legislador, consigue al acreedor, la ejecución forzosa de la obligación y no el resarcimiento del daño. Vid. op. cit. en nota 209, pp. 533-534.

[357]Vid. TRABUCCHI, op. cit. en nota 238, p. 39; BETTI, op. cit. en nota 354, p. 483.

[358]Vid. BARASSI, op. cit. en nota 161, p. 564-565; TRIMARCHI, op. cit. en nota 354, p. 621; GAZZONI, op. cit. en nota 354, p. 618.

[359]Cfr. GAZZONI, op. cit. en nota 354, p. 618.

[360] Vid. MANDRIOLI, op. cit. en nota 245, p. 766; en relación al bien debido, MONTESANO explica que la infungibilidad no va referida al bien debido sino a la imposibilidad de que éste sea producido o conservado por una actividad o abstención de persona diversa del deudor. Igualmente señala este autor, que esta infungibilidad no debe ser entendida en sentido absoluto, sino referida a la concreta estructura de la relación en la que se inserta, y

Asimismo, en algunos supuestos, la infungibilidad está determinada por la naturaleza o por las circunstancias que afectan a la propia actividad debida, o cuando el *intuitus personae* sea un elemento inherente a la propia obligación. En otras hipótesis, la infungibilidad viene fijada por una imposibilidad jurídica y no natural, o sea, no tiene su origen en la concreta relación jurídica, sino en auténticos impedimentos del Ordenamiento Jurídico[361].

Por todo ello, se ha señalado que la ejecución forzosa en forma específica en relación a créditos de carácter no pecuniario, es idónea para asegurar al acreedor el resultado al cual está dirigida la obligación[362]. No obstante, como exigencia para el ejercicio de esta acción ejecutiva deberá procederse a una valoración acerca de la (in)fungibilidad de la prestación,

---

especialmente a la utilidad que de la misma se haya previsto por los contratantes. Señala asimismo que tal infungibilidad subsistirá siempre cuando se trate de deberes inherentes a las relaciones de vecindad entre dos fundos, o cuando se trate de pactos de no concurrencia en orden a ciertos productos especificados por las partes, o de obligaciones que nacen de la lesión de algún derecho absoluto y, en general, cuando la cosa o la utilidad perseguida por el acreedor esté determinada en el sentido de que el interés que se quiere concretamente proteger, deba ser satisfecho con aquella cosa o utilidad y no con alguna otra. Vid. op. cit. en nota 209, p. 533; para MAZZAMUTO el criterio de la infungibilidad está servido, en sustancia, para fundar un modelo que incide precisamente sobre características del comportamiento debido y que se dirige a garantizar la «intangibilidad de la esfera de la autonomía del deudor». Cfr. op. cit. en nota 41, p. 129.

[361]MONTESANO señala como ejemplos de infungibilidad determinada por la naturaleza del comportamiento debido, los supuestos de obras artísticas, científicas, literarias o didácticas. Igualmente, indica que en las hipótesis de divulgación de noticias o conservación de secretos hacen referencia a aquellos casos en los que la infungibilidad viene determinada por las circunstancias que rodean a la actividad comprometida. Y, en cuanto al *intuitus personae*, propone como ejemplos de infungibilidad aquellos derivados de los deberes paterno-filiales. Asimismo, para el autor, en relación a la infungibilidad jurídica, ésta tiene su origen en prohibiciones inderogables del Ordenamiento, como por ejemplo, las obligaciones que nacen de algunos arrendamientos de obras: «siendo actuables con el uso de energía puramente física del deudor, serían, en línea de mera posibilidad natural, exigibles forzosamente, en todo o en parte, poniendo la citada energía a disposición del sujeto activo, pero esto es jurídicamente imposible, en virtud del principio general -propio de nuestro ordenamiento- que impide poner a una persona humana en esclavitud o en una condición análoga o como fuere en un estado de total sujeción al poder ajeno». Cfr. op. cit. en nota 209, pp. 533-534.

[362]Señala GIORGIANNI a este respecto que: «Por el contrario, la ejecución forzosa en forma específica satisface el mismo interés cuya consecución era garantizada al acreedor mediante la imposición de la obligación al deudor y que habría sido satisfecho exactamente mediante el cumplimiento. Aquí se puede, por tanto, decir que la extinción del derecho de crédito es consecuencia de la satisfacción del interés del acreedor y que la de la obligación es consecuencia refleja de tal satisfacción». Cfr. op. cit. en nota 352, p. 208; vid. igualmente SCHLESINGER, op. cit. en nota 185, p. 1286; por su parte, MAZZAMUTO señala que desde el punto de vista del acreedor, éste obtiene en sede ejecutiva la plena satisfacción de sus intereses, ya que esta actuación *solutoria* manifiesta una evidente aptitud para quedar separada de la persona y de la esfera de poder del obligado y, por conversión, el resultado de la subrogación forzada (la prestación) puede ser inmediatamente anexado a la esfera de poder del derechohabiente. Desde el punto de vista del deudor, continúa el autor, esta operación se resuelve, sin embargo, en una variante del resarcimiento del daño, desde el momento en que éste es llamado únicamente a soportar el costo de la subrogación forzada. Vid. op. cit. en nota 41, p. 131.

así como sobre la posibilidad y la no excesiva onerosidad de tal ejecución específica[363].

Se observa, por tanto, que al igual que en el sistema jurídico español, en el Ordenamiento italiano no es posible la coerción directa de la conducta del deudor en la obligación de hacer[364].

Sin embargo, existe en el Código Civil italiano una excepción a la anterior regla que se regula en su artículo 2.932, bajo el epígrafe de la *ejecución específica de la obligación de concluir un contrato*[365]. De tal manera se regula el incumplimiento de la obligación que se contiene en un contrato preliminar cuyo objeto es la prestación de un futuro consentimiento contractual, al determinar que en este caso, el acreedor podrá lograr a su favor una Sentencia que produzca los mismos efectos que el contrato no concluido: la ejecución por mandato del juez[366].

Muy someramente, puesto que no se pretende en esta sede hacer un exhaustivo estudio de esta figura jurídica que además se relaciona muy estrechamente con la del

---

[363]Para MANDRIOLI se trata de elementos objetivos que por su naturaleza pueden sustraer la disponibilidad de las partes. «Esto implica que el título ejecutivo -que, en cuanto verificación, constituye la única condición de la acción ejecutiva- consista en una verificación judicial». Cfr. op. cit. en nota 245, p. 768. Vid. igualmente ANDRIOLI, op. cit. en nota 225, pp. 327 y ss.

[364]Vid. MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 165, p. 333. No obstante, la doctrina italiana utiliza el término de ejecución directa para referirse también a la ejecución por subrogación, es decir, a aquellos supuestos, que se regulan en el artículo 2931 del *Codice*, en los que se produce la ejecución de la prestación por una tercera persona a costa del deudor. Vid. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 41, p. 95.

[365]Artículo 2.932. *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto.*- «*Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.*

Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile».

«Si aquél que está obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, cuando sea posible y no esté excluido por el título, podrá obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido.

Si se trata de contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transmisión de otro derecho, la demanda no puede ser estimada, si la parte que la ha interpuesto, no cumple su prestación o no ofrece cumplirla en los modos establecidos en la ley, a menos que la prestación no sea aún exigible».

[366]Cfr. TRABUCCHI, op. cit. en nota 238, p. 39.

contrato preliminar regulado en el artículo 1.351 del *Codice Civile*[367], se ha señalado que aún cuando pudiera considerarse que no es posible la constricción sobre el consentimiento contractual que, además, por su propia naturaleza, si no es libre invalida el contrato, nos encontramos ante hipótesis de fungibilidad jurídica de la obligación[368]. Por lo tanto, se piensa que efectivamente no es posible la sustitución del mismo hecho del deudor de concluir un contrato por el de otra persona, pero sí es concebible que los efectos de este negocio jurídico puedan ser obtenidos por medio de una resolución judicial[369].

No obstante, no es imprescindible que el contrato preliminar, que contiene una obligación de emitir una futura declaración de voluntad, comprenda todos y cada uno de los elementos del contrato definitivo para que pueda aplicarse el señalado artículo 2.932 del *Codice*. En este sentido, no se impedirá la pronunciación de la precitada Sentencia si se trata de omisiones que puedan ser salvadas con normas dispositivas, o si la interpretación del contrato preliminar provee criterios objetivos en base a los cuales el juez pueda integrar la regulación del negocio futuro[370]. Si, por el contrario, han quedado sin determinar o sin ser determinables elementos esenciales, el contrato preliminar es nulo[371].

---

[367]Artículo 1.351. *Contratto preliminare.- «Il contratto preliminare è nullo, se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo».*

«El contrato preliminar es nulo, si no está realizado en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo».

[368]Vid. BARBERO, op. cit. en nota 185, p. 168; BETTI, op. cit. en nota 354, p. 484; CARNELUTTI, op. cit. en nota 237, p. 371.

[369]A este respecto señala GIORGIANNI que el órgano del Estado no sustituye al deudor incumplidor sino que, antes bien, dispone que una determinada situación jurídica se instaure entre las partes. Cfr. op. cit. en nota 352, p. 207; vid. también BETTI, op. cit. en nota 354, p. 484; CARNELUTTI, op. cit. en nota 237, p. 371.

[370]Vid. TRIMARCHI, op. cit. en nota 354, p. 323; por su lado, MONTESANO señala que la nulidad del contrato preliminar privado de las formas impuestas por el Ordenamiento al contrato definitivo, significa necesariamente que la sentencia prevista en el artículo 2932 no puede sustituir, o volver inútil, a aquél requisito legal del supuesto negocial. Vid. op. cit. en nota 209, p. 532.

[371]Para TRIMARCHI en este caso, el contrato preliminar es nulo en el sentido del artículo 1418, segundo párrafo del *Codice*, el cual señala que produce la nulidad del contrato la ausencia de uno de los requisitos indicados en el artículo 1325 (el artículo 1325 señala que son requisitos del contrato: 1. El acuerdo de las partes, 2. La causa, 3. El objeto, 4. La forma, cuando resulte que está prescrita por la Ley bajo pena de nulidad), la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado en el artículo 1345 (que hace referencia a que el contrato es ilícito cuando las partes están determinadas a concluirlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas) y la ausencia en el objeto de los requisitos establecidos en el artículo 1346 (señala que el objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable). Vid. op. cit. en nota 354, p. 324.

La Sentencia, en este caso, sustituye no únicamente a la declaración de voluntad del incumplidor, sino al contrato que debería haber surgido si el deudor hubiera cumplido[372]. Los efectos prácticos y jurídicos del acto de la conclusión del contrato, se obtienen con una resolución judicial sustitutiva de la conclusión, incumplida, del contrato definitivo[373].

En este sentido, la sentencia que tiene lugar tras el incumplimiento de una obligación de prestar el consentimiento ha sido entendida, por ello, como constitutiva, en tanto que contiene, además de la verificación de la sanción, su inmediata realización, pero también la posibilidad de encuadrar ésta, como cualquier otra forma de sentencia constitutiva, entre los actos de ejecución no forzada, en cuanto opera solo en el campo del Derecho, sin modificación coactiva del estado de hecho[374].

3.3. EL SISTEMA FRANCÉS DE COERCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE HACER

Como principio de carácter general, dentro del Ordenamiento Jurídico francés, se señala que el acreedor tiene derecho a exigir a su deudor el cumplimiento de la obligación,

---

[372]GIORGIANNI, en esta dirección, señala lo siguiente: «No creemos, en efecto, que pueda sostenerse que el mandato del juez sustituya simplemente aquella declaración (unilateral) de voluntad y que, por lo tanto, se encuentre con la voluntad de la otra parte (manifestada con el acto de iniciación del juicio o de otra forma)». Cfr. op. cit. en nota 352, p. 208; para BARBERO, por otro lado, no hay más que poner en el lugar de la voluntad del obligado la voluntad del orden jurídico, expresada a través de la sentencia del juez: «Esta sentencia, cuando sea posible (art. 2392, ap. 1°: y es siempre posible, si no se confunde la posibilidad de la *conclusión* con la posibilidad de la *ejecución del contrato concluido*, salvo que a la imposibilidad se le dé el significado de un impedimento jurídico, por ejemplo, *infra*, n. II), y *no esté excluida* por el título mismo en virtud del cual se procede (contrato preliminar), *produce los efectos del contrato no concluido* (art. 2932), realizando así de *derecho* una situación del todo idéntica a la que se hubiese realizado con la conclusión del contrato: si el contrato era traslativo de derecho real, éste se transfiere por efecto de la sentencia; si era constitutivo de obligación, ésta se constituye por efecto de la sentencia (y podrá ser luego forzada su *ejecución*, de acuerdo con su naturaleza)». Vid. op. cit. en nota 185, p. 168.

[373]Cfr. BETTI, op. cit. en nota 354, p. 484.

[374]Cfr. MANDRIOLI, op. cit. en nota 245, p. 767; vid. además MONTESANO, op. cit. en nota 209, p. 531; por su parte, CARNELUTTI se manifiesta en los siguientes términos: «La obligación de concluir un contrato tiene típicamente por objeto no tanto un hacer cuanto un hacer no fungible, como es la prestación del consentimiento; por tanto, si la decisión que declara la certeza de la existencia del contrato preliminar y su incumplimiento, produce los efectos del contrato definitivo, esto se resuelve también en una transformación forzada, con la diferencia de que en lugar de transformar el *estado de hecho* transforma el *estado de derecho* sustituyendo a la relación declarada cierta por una relación diversa». Vid. op. cit. en nota 237, p. 371.

de acuerdo con los propios términos del artículo 1.134 del *Code* francés[375].

No obstante, y a pesar de que en virtud de una interpretación literal del ya citado artículo 1.142 del *Code*[376] pudiera deducirse lo contrario[377], las obligaciones de hacer no se resuelven inevitablemente en una indemnización de daños y perjuicios si no son cumplidas de forma voluntaria por el deudor[378]. Aunque en éstas, por su propia naturaleza, la imposibilidad de proceder a la ejecución forzosa sea mucho más frecuente que en el resto de las obligaciones[379], deberá decretarse la ejecución *in natura* siempre que la misma sea posible y sin que por ello surja daño para el deudor[380] o para los derechos de terceras

---

[375]Vid. RIPERT y BOULANGER, op. cit. en nota 229, pp. 418-419; en este mismo sentido se pronuncian COLIN y CAPITANT cuando señalan que el acreedor tiene derecho a exigir, en la medida de lo posible, el cumplimiento directo de la obligación. Cfr. op. cit. en nota 165, p. 33; vid. igualmente PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 134, pp. 86-87; por su parte, JEANDIDIER señala que del artículo 1.134 del *Code* se destaca que los acuerdos de las partes tienen entre ellas fuerza de ley, éstos deben ser ejecutados según su forma y contenido: «¿Thering no escribirá más tarde que el Derecho está hecho para cumplirlo?. Solamente la ejecución a toda costa es humanamente imposible y es aquí donde vuelve a resurgir, torpemente expresado por el *Code* la vieja máxima *nemo praecise* que no es finalmente otra cosa que una suerte de válvula de seguridad». Vid. op. cit. en nota 86, pp. 704-705.

[376]Artículo 1.142 *Code:* «Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de incumplimiento por parte del deudor».

[377]JEANDIDIER indica que existe un cierto grado de dificultad en torno a la interpretación del artículo 1.142 del *Code*. Si el texto se interpreta de forma literal, continua este autor, parece suponer un obstáculo absoluto a cualquier clase de coerción: «Ni el peso de la moral de la palabra dada, ni las necesidades de seguridad jurídica podrían prevalecer contra la libertad individual». Vid. op. cit. en nota 86, p. 703.

[378]En este sentido se pronuncian WEILL et TERRÉ que indican que el no cumplimiento, en virtud de lo señalado en el artículo 1.142 del *Code*, acarrea un cambio en el objeto de la obligación, que recae en una suma de dinero, pero: «no se puede reconocer un alcance semejante al artículo 1.142: no se concibe que un deudor pueda, por su propia iniciativa, por su pasividad o su mala voluntad, cambiar el objeto de la obligación. Al igual que el resto de las obligaciones, las de hacer o no hacer, a pesar de la fórmula del artículo 1.142, no se resuelven necesariamente en daños si no son ejecutadas voluntariamente por el deudor -la norma establece que el acreedor tiene ante todo el derecho a reclamar la ejecución *in natura*». Vid. op. cit. en nota 134, p. 894; en el mismo sentido PLANIOL et RIPERT, que señalan que las obligaciones de hacer o de no hacer, dan al acreedor el derecho a reclamar por la fuerza la ejecución *in natura*, y ponen como ejemplo el préstamo de consumo, según el artículo 1903, en el que solo la imposibilidad absoluta de restituir *in natura* autoriza al prestatario a satisfacer en pago el valor de la cosa prestada. Vid. op. cit. en nota 134, p. 87; MALAURIE et AYNÉS hacen referencia a que cada vez que la obligación de hacer pueda ser ejecutada, deberá ser ordenada la ejecución *in natura*. Vid. op.cit. en nota 167, p. 575; vid asimismo MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, op. cit. en nota 134, pp. 251-252.

[379]Vid. PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 134, p. 87.

[380]Vid. WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 894; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, op. cit. en nota 134, p. 251.

personas adquiridos de buena fe[381].

El alcance del artículo 1.142 del *Code*, permite distinguir si la ejecución compromete o no la intervención personal del deudor. Si la obligación de hacer se puede ejecutar sin que implique la realización de un hecho personal del obligado, la ejecución forzosa *in natura* será lícita. Si, por el contrario, para el cumplimiento de la obligación se requiere el propio comportamiento del deudor, la obligación se resolverá en una indemnización de daños y perjuicios[382].

De este modo, el cumplimiento específico de la obligación de hacer estará vedado cuando no exista posibilidad de emplearlo, en cuyo caso, el acreedor tendrá que contentarse con el cumplimiento por equivalente, lo cual sucederá en dos supuestos. En el primero de ellos, cuando exista imposibilidad material de cumplir, es decir, cuando se trate de conductas del deudor que, en sí mismas consideradas y no en relación a su resultado material, solamente él está capacitado para llevar a cabo[383]. En segundo lugar, cuando exista

---

[381]JEANDIDIER señala que la imposibilidad de la ejecución directa de las obligaciones de hacer no puede deducirse más que si la misma se presenta de un modo absoluto. En estos casos a los Tribunales no les queda otro remedio que proceder a una condena pecuniaria. Para este autor, la convicción de los Jueces acerca de la imposibilidad de una ejecución directa: «está determinada objetivamente por pruebas tangibles que demuestren con fuerza la irracionalidad y la ineficacia de una ejecución *in natura* de la obligación». Esta imposibilidad de ejecución directa de las obligaciones puede estar determinada por personas distintas del deudor o por el mismo deudor: «La protección de los derechos adquiridos por terceros es una fuente de imposibilidad constatada por el Juez. Los terceros de buena fe no deben soportar las consecuencias de los actos del deudor cargando con el perjuicio al acreedor de la obligación. [...] El ejemplo típico es el de la promesa unilateral de venta [...] Este criterio de la buena fe de terceros, es condición *sine qua non* de la imposibilidad de ejecución *in natura*, debe aún encontrar aplicación cuando la adquisición del derecho resulte no ya de una transmisión sino de una fuente autónoma [...] para asegurar la protección efectiva de terceros hace falta la concurrencia de dos condiciones: una adquisición por ley de derechos y la buena fe. Ahora bien, si sobre el segundo punto, la jurisprudencia no conoce excepción, se llega a que la presencia de terceros constituye un obstáculo a la ejecución *in natura*, pese a la vulnerabilidad de su situación. El fenómeno, aunque marginal, es destacable, pues refleja la preocupación de los jueces de no pronunciar una nulidad que en muchos aspectos podría ser inoportuna». Vid. op. cit. en nota 86, pp. 714-716.

[382]Cfr. WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, pp. 894-895; JEANDIDIER señala que tanto la libertad física como la libertad individual constituyen las directrices que permiten determinar las situaciones en las que se debe excluir toda coerción. Para este autor, el concepto de cualidades irreductiblemente personales: «no debe estar limitado a las obligaciones que implican una actividad artística, estas cualidades son las propias de cada individuo, características de su personalidad espiritual, intelectual, física; éstas son, en otros términos, las que han llevado al acreedor a contratar, las designadas *intuitu personae*». Vid. op. cit. en nota 86, p. 718; vid. igualmente CARBONNIER, op. cit. en nota 134, pp. 663-664; MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 167, p. 575.

[383]COLIN y CAPITANT señalan que en este caso se trata de actos que reciben su valor de la misma persona que los ejecuta. Vid. op. cit. en nota 165, p. 40; para PLANIOL et RIPERT la imposibilidad material resulta de la negativa del deudor en aquellos casos en que es el único en poder realizar el objeto, en virtud de sus cualidades o de sus conocimientos personales, tales como una obra artística o literaria o un producto que implique un secreto de fabricación o que requiera una competencia técnica especial. Vid. op. cit. en nota 134, p. 89; vid. también

imposibilidad moral, o sea, cuando pudiera imponerse al deudor el cumplimiento *in natura* mediante coacción que atentara contra su persona, o éste no tuviera ninguna utilidad real, o se pretendiera obtenerlo mediante la utilización de medios que supusieran escándalo[384].

El acreedor tendrá derecho a exigir el cumplimiento de la obligación cuando se cumplan dos condiciones: cuando no se interponga ante éste una imposibilidad material o moral y cuando el hecho o comportamiento cuyo cumplimiento se solicite resulte ser el objeto directo de la obligación primitiva y no de una obligación nueva, creada posteriormente bajo pretexto de reparación[385].

MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 167, p. 575.

[384]PLANIOL et RIPERT señalan, en relación a la imposibilidad moral, que tal es el sentido de la máxima *nemo praecise cogi potest ad factum*, así como la fórmula del artículo 1.142: «En principio, la ejecución forzosa no queda excluida de estas obligaciones, sino solamente en el caso en que ésta exigiera el empleo de fuerza que vaya en contra de la libertad del individuo y, por tanto, sería inadmisible. De este modo, el empleo de la fuerza para hacer volver a la mujer al domicilio conyugal o entregar al hijo a aquel padre que posea la patria potestad, no serviría para nada, sería ridículo y daría lugar a un escándalo». Cfr. op. cit. en nota 134, p. 89; igualmente COLIN y CAPITANT proponen el ejemplo siguiente: «Por ejemplo, si un actor, a pesar de su contrato con la teatro francés, representa en un espectáculo rival, el administrador del teatro francés en el que actúa no podrá pedir que sea detenido y expulsado del escenario en que representa, cosa en rigor posible, pero escandalosa; tendrá que contentarse con pedir indemnización de daños y perjuicios». Cfr. op. cit. en nota 165, p. 40; RIPERT y BOULANGER indican que un cumplimiento obtenido por la fuerza sería casi siempre defectuoso, sobre todo porque además exigiría la utilización de medios violentos, contrarios a la libertad individual. «Es inútil intentar un apremio contra la persona del deudor, cuando es fácil dar en dinero una satisfacción equivalente». Vid. op. cit. en nota 229, p. 423; vid. igualmente MARTY, RAYNAUD, JESTAZ apuntan que «resulta moralmente imposible hacer expulsar de una escena a un actor que aparece sin tener en cuenta sus compromisos, por lo que la imposibilidad sería tanto material como moral, si hubiera que recurrir a la fuerza pública para obligarle a representar un papel». Cfr. op. cit. en nota 134, p. 252; vid. MALAURIE et AYNÉS que hablan también de imposibilidad jurídica de la ejecución *in natura*, que, en su caso: «sin embargo, no impide una ejecución por equivalente». Estos autores ponen como ejemplo el de un artista «caprichoso» que no quiera ejecutar su prestación, en este supuesto, los autores admiten que es mejor la condena a la indemnización de daños y perjuicios, cuando el incumplimiento de la obligación sea inevitable, no obstante, afirman, que la verdadera razón de la condena a la indemnización está en el respeto a la libertad de creación. Vid. op. cit. en nota 167, pp. 575 y 577.

[385]Vid. RIPERT y BOULANGER que, en este sentido, se manifiestan de la siguiente manera: «El deudor no puede ser condenado sino a cumplir el propio objeto de la obligación y el juez no podría imponerle una prestación a título de reparación; por ejemplo, el transportista no puede ser constreñido a reparar él mismo el objeto que resultó averiado en el curso del transporte». Cfr. op. cit. en nota 229, p. 422; en el mismo sentido, con citas de jurisprudencia vid. PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 134, pp. 89-90; por otro lado, JEANDIDIER indica que se pueden distinguir dos hipótesis en las que predomina el imperativo de la libertad humana. Por un lado, los contratos relativos a actividades intelectuales y actividades artísticas y, por otro, cierto tipo de contratos relacionados con el trabajo humano y sin ninguna consideración artística. Para este autor, la propia naturaleza de las obras intelectuales y artísticas precisa de una derogación excepcional del principio de la fuerza obligatoria de los contratos: «La encontramos en los que concierne a escritores, compositores y otros artistas de actividad creativa; así como interpretes. La eliminación de la coerción se da como condición primordial en el desarrollo de las artes». No obstante, continúa este autor, fuera de los contratos que suponen actividades de tipo artístico o intelectual, la causa de la prohibición de la ejecución *in natura*, más que las cualidades estrictamente personales del obligado, «a menudo poco solicitadas en tareas en las que predomina la rutina y el automatismo», es la libertad física del

Por otra parte, los artículos 1.143 y 1.144 del *Code civil* francés[386], hacen referencia a aquellos supuestos en los que la ejecución forzosa puede ser otorgada al acreedor, e incluso se autoriza, en virtud del artículo 1.144, a que la prestación sea ejecutada por un tercero, a expensas del deudor y siempre que la persona del obligado no tenga una especial consideración. De esta forma se garantiza al acreedor el propio objeto *in natura* de la prestación y el deudor queda únicamente obligado a entregar una suma en dinero equivalente al coste de tal sustitución[387].

Al señalarse que el acreedor puede ser autorizado a ejecutar él mismo la prestación *ex* artículo 1.144, habrá que valorar, por un lado, que tal ejecución sea asimismo posible para otras personas además de para el deudor y, por otro, que aquél pudiera perder todo interés en una ejecución tardía de la prestación. En ambos casos, la decisión del juzgador será necesaria para resolver los conflictos que en este orden pudieran surgir[388] y siempre en relación al principio de que cada vez que sea posible y el acreedor así lo solicite, el Tribunal deberá otorgar el derecho a la ejecución específica de la obligación[389].

---

deudor. Cfr. op. cit. en nota 86, pp. 717-719.

[386]Art. 1.143 *Code civil*: «No obstante, el acreedor tiene derecho a pedir que todo lo que se hubiera hecho en contravención de lo pactado, se destruya, y puede ser autorizado a destruirlo a expensas del deudor, sin perjuicio de los daños y perjuicios, si procede».

Artículo 1.144 *Code civil*: «El acreedor puede también, en caso de incumplimiento, ser autorizado a ejecutar él mismo la obligación a expensas del deudor».

[387]PLANIOL et RIPERT hacen referencia al proceso de sustitución que ocurre en los supuestos de venta a domicilio: «el comprador que no haya recibido el pedido, comprará el objeto en una tienda y pedirá que el vendedor contumaz le devuelva el dinero». Vid. op. cit. en nota 134, p. 91; vid. también WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, pp. 835-836; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, op. cit. en nota 134, pp. 251-252.

[388]Cfr. WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, pp. 895-896.

[389]PLANIOL et RIPERT, con amplias citas jurisprudenciales, señalan en este sentido lo siguiente: «Sin embargo, la jurisprudencia reconoce a los Tribunales una potestad discrecional de apreciación. Sólo pueden otorgar al acreedor una indemnización por daños y perjuicios, si creen que éste es el modo más justo y el más apropiado en este caso. Efectivamente, el Tribunal Supremo piensa que, a partir del momento en que la obligación no se ejecuta voluntariamente por el deudor, sólo tiene lugar la indemnización en beneficio del acreedor. En virtud de los artículos 1.143 y 1.144, la ejecución forzosa es sólo un modo de indemnización, al igual que el resarcimiento de daños y perjuicios, pero un modo anormal, cuyo empleo no podrá ser impuesto en los Tribunales. Además, la jurisprudencia se fundamenta en los términos del texto siguiente: el acreedor *puede estar autorizado*, que acordaría a los Tribunales un poder soberano de apreciación. Esta solución prácticamente permite evitar la ejecución *in natura* en los casos donde estos inconvenientes prevalezcan sobre las ventajas, de manera que conllevara a unos gastos desproporcionados con respecto al daño causado, o que el acreedor no tuviera mayor interés, o sobre todo, que ésta tuviera una repercusión en detrimento de los derechos adquiridos por un tercero». Vid. op. cit. en nota 134, pp. 93-94; para JEANDIDIER existe una idea general en la Jurisprudencia, y es la del carácter residual de la

De todo lo anterior, en la doctrina francesa aparecen, en orden a la delimitación de las obligaciones de hacer, dos posturas bien diferenciadas. La primera de ellas, interpreta de forma extrema las disposiciones del artículo 1.142 y afirma que el ser humano no puede obligar su comportamiento, puesto que lo contrario equivaldría a enajenar su propia libertad. La obligación de hacer, por tanto, tiene un objeto imposible, ya que únicamente es factible el cumplimiento voluntario de las mismas y, en este sentido, se equiparan a las obligaciones naturales, en tanto que no existe una obligatoriedad jurídica en su cumplimiento. No obstante, se admite la posibilidad de introducir una cláusula penal dineraria para el supuesto de su incumplimiento y de esta manera dotarla de una mayor eficacia jurídica. De este modo, se estima que conforme a su naturaleza, se trata de una obligación facultativa para el deudor quien, a título principal, debe la estimación pecuniaria, pero puede liberarse ejecutando el comportamiento debido. En segundo lugar, para la mayoría de la doctrina contemporánea, se señala con carácter general que, en principio, todas las obligaciones son susceptibles de ejecución forzosa directa y la indemnización *ex* artículo 1.142 del *Code* únicamente se aplicaría cuando existieran obstáculos insalvables que impidieran tal ejecución. Para estos autores, el Derecho está previsto para ser realizado y la obligación para cumplirse, por ello se considera que la obligación de hacer no es ni alternativa ni facultativa, sino que su único objeto es la conducta comprometida[390].

---

ejecución por equivalente: «Es la fuerza obligatoria del acuerdo de voluntades lo que vuelve indispensable la realización de la convención, salvo *mutuus dissensus*. Tal es el fundamento tradicional de la ejecución forzosa; en una palabra, el solo incumplimiento de una obligación de hacer justifica en principio el recurso a la coerción [...] La ejecución forzosa es por ejemplo posible para obligar al comprador a coger la entrega, al vendedor a entregar, al arrendador a entregar la cosa alquilada [...] Además, fuera de la hipótesis evidente de mala voluntad, y bajo reserva en el caso de imposibilidad insalvable, el juez no debe detenerse «*s'arréter*» ante la presencia de los obstáculos más variados. El puede así ordenar la ejecución directa en caso de pérdida u obstrucción de cosas fungibles injustificadamente retenidas». Vid. op. cit. en nota 86, pp. 705-706.

[390]Vid. CARBONNIER que asimismo señala que para los civilistas contemporáneos, la consideración de que la obligación de hacer no es facultativa, sino que su objeto único es el hecho prometido por el deudor, implica que, en su caso, el Tribunal habrá de condenar, ante todo, a la ejecución directa y siempre dejando abierta la posibilidad de fijar el importe de una indemnización como medida complementaria ante el incumplimiento. Op. cit. en nota 134, p. 669; igualmente PLANIOL et RIPERT indican, en orden a la consideración de la obligación de hacer con su objeto único, que es el comportamiento del deudor, que tiene como consecuencia que el acreedor siempre podrá pronunciarse por la ejecución *in natura* y solamente se recurrirá a los daños y perjuicios en segunda instancia, por otro lado, el deudor no podrá liberarse del cumplimiento específico de la obligación siempre que el mismo sea posible, ya que la ejecución por equivalente dinerario siempre supondrá un perjuicio para el acreedor ante la falta de cumplimiento de la obligación. Vid. op. cit. en nota 134, pp. 90-91; por su parte, JEANDIDIER indica que existen varios ejemplos en la Jurisprudencia donde al mismo tiempo que se condena a la ejecución *in natura*, el Magistrado fija el importe que habrá de abonarse en caso de incumplimiento: «Estas decisiones de la Jurisprudencia

De lo hasta ahora estudiado, parece que el sistema francés de coerción de las obligaciones de hacer se asemeja al español y al italiano. Sin embargo, existe en el mismo una particularidad que lo diferencia ampliamente de los anteriores y es la instauración de un singular procedimiento de ejecución indirecta, que se denomina *Astreinte*, y que estudiaremos ahora brevemente, puesto que más adelante será tratado en profundidad.

Las *Astreintes* son disposiciones jurisdiccionales, cuya finalidad reside en procurar el cumplimiento de una obligación impuesta en virtud de una Sentencia judicial y que consisten en una condena pecuniaria pronunciada generalmente a razón de un tanto por día de retraso en el cumplimiento de aquélla[391].

Lo que verdaderamente caracteriza a estas medidas judiciales es la cuantía que puede llegar a alcanzar la condena, que es lo que realmente estimula al deudor a cumplir, ante el temor de una condena a una suma francamente considerable[392].

Entre sus caracteres destaca la conminatoriedad pues ésta surge, como ya se ha

---

presentan, en primer lugar, la ventaja de evitar a las partes las dificultades, la lentitud y los gastos de un segundo procedimiento; una vez expirado el plazo fijado por el Juez, se adquiere la certeza de la imposibilidad, así como el cambio de objeto de la obligación [...] El acaecimiento de un suceso de fuerza mayor en el plazo concedido al deudor para llevar a cabo la prestación prevista por el contrato no determinaría su exoneración [...] Su incumplimiento es culpable y la llegada tardía de una causa externa no la despoja de este carácter. [...] En suma, hay en la hipótesis una estrecha similitud con la obligación alternativa donde el deudor debe la indemnización pecuniaria aunque el otro objeto de la obligación se vuelva imposible a causa de un caso fortuito, ya que los dos objetos están *in obligatione*. Sin embargo, subsiste una diferencia fundamental, pues la Jurisprudencia estudiada confiere a la ejecución *in natura* una prioridad indudable, prioridad sin embargo momentánea. La obligación tiene un objeto único, pero este objeto de acuerdo con el período de tiempo considerado, varía: hasta la expiración del plazo por el juez, éste es el convenido por las partes; después de que el plazo haya expirado éste se convierte en daños y perjuicios. Cada objeto está sucesivamente y no simultáneamente *in obligatione*». Cfr. op. cit. en nota 86, pp. 704-705 y 720-722.

[391]RIPERT y BOULANGER definen a la *astreinte* como: «una condena pecuniaria pronunciada a razón de tanto por día de atraso (o por cualquier otra unidad de tiempo apropiada a las circunstancias) y destinada a obtener del deudor el cumplimiento de una obligación de hacer y, en ciertos casos, de una obligación de dar, mediante la amenaza de una pena considerable, susceptible de aumentar indefinidamente». Cfr. op. cit. en nota 375, p. 426; asimismo, CARBONNIER señala que el deudor de una obligación de hacer de carácter personal, puede ser condenado, para el supuesto de incumplimiento, a pagar al acreedor una suma bastante considerable por día, mes o semana de retraso. Vid. op. cit. en nota 134, p. 666; por otro lado, ARAGONESES MARTÍNEZ define la *Astreinte* de la siguiente manera: «es una medida discrecional y conminatoria cuya finalidad consiste en que mediante ella se tiende a obtener el cumplimiento *in natura* de una obligación -de hacer, de no hacer o de deshacer fundamentalmente- que ha sido reconocida o impuesta por una resolución judicial, mediante el establecimiento de una sanción económica generalmente fijada por día de atraso en el cumplimiento, o por otra unidad de tiempo, que aumenta progresivamente, salvo reducción o reajuste del Juez». Vid. op. cit. en nota 270, p. 53; vid. igualmente MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 167, p. 576.

[392]Vid. CARBONNIER, op. cit. en nota 134, p. 666; RIPERT y BOULANGER, op. cit. en nota 229, p. 427; MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 167, p. 576.

señalado, de la amenaza para el deudor de abonar una cuantía considerablemente importante[393]. Igualmente, se señala que tiene un carácter discrecional, puesto que su cuantía carece de proporción con el perjuicio originado al acreedor[394]. También se ha indicado que es arbitraria, de tal forma que los Tribunales podrán imponerlas o no de acuerdo con las particularidades del procedimiento y sus propias necesidades[395]. Se trata, además, de una medida accesoria, toda vez que se aplican para obtener el cumplimiento de una obligación principal[396]. Asimismo, estos procedimientos de constricción al cumplimiento del deudor son susceptibles de revisión y, por ello, modificables[397].

Finalmente, en cuanto a su naturaleza jurídica, se señala que la *Astreinte* tiene un contenido patrimonial, no personal, en tanto que se trata de multas pecuniarias que pueden

---

[393]Para RIPERT y BOULANGER con las *astreintes* lo que se persigue es el tratar de atemorizar al deudor con la amenaza de la suma a pagar. Vid. op. cit. en nota 229, p. 431; para ARAGONESES MARTÍNEZ el carácter conminatorio de la *astreintes* resulta de la amenaza de una ruina pecuniaria para el deudor recalcitrante. No obstante, la autora señala que para BOYER se trata de una simple amenaza, pues si el deudor cumple inmediatamente, no tendrá que ser utilizada. Incluso, continúa la autora, «si se produce un cumplimiento tras un cierto período de tiempo, pierde su carácter definitivo, ya que su única finalidad consistía en vencer la resistencia del deudor, y ese resultado ya ha sido alcanzado». Vid. op. cit. en nota 270, p. 55; vid. también MALAURIE et AYNÉS que señalan, acerca de la *Astreinte*, lo siguiente: «ella es conminatoria, es decir, no es una amenaza, pudiendo ser revisada por el Juez». Cfr. op. cit. en nota 167, p. 578; vid. asimismo, JEANDIDIER, op. cit. en nota 86, p. 707.

[394]Para CARBONNIER su cuantía se fija en proporción a los recursos del deudor y a su capacidad de resistencia. Vid. op. cit. en nota 134, p. 666; ARAGONESES señala que la cifra de la *astreinte* no se calcula en función del perjuicio sufrido por la víctima del incumplimiento, sino que será proporcional a la resistencia del deudor, «ésta es la que es necesario vencer». Cfr. op. cit. en nota 270, p. 54; asimismo, JEANDIDIER indica que a partir de la Ley de 5 de julio de 1972 se destaca la independencia de la cuantía de la *astreinte* con relación a los daños y perjuicios. «Ahora bien, es justamente este carácter el que debe determinar al deudor a volver sobre su negativa inicial; la certeza de tener que pagar al acreedor una suma enorme, sin una medida común con el perjuicio real, permite realizar con mayor frecuencia la ejecución *in natura*». Cfr. op. cit. en nota 86, p. 707; vid. igualmente, MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 167, p. 578.

[395]Vid. ESMEIN, M. A., op. cit. en nota 142, p. 7; STARCK, *Droit civil. Obligations*, París, 1993, p. 811.

[396]Vid. MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 167, p. 576.

[397]Para CARBONNIER tanto el acreedor puede solicitar que la cuantía se incremente, en función de la resistencia del deudor y su contumacia en el incumplimiento, como el deudor puede pedir su reducción, en cuanto haya procedido al cumplimiento de la obligación, «momento en que dicha constricción será sustituida por la definitiva condena a un verdadero resarcimiento». Esta reducción es una facultad que dependerá de la apreciación del Juez, teniendo en cuenta la conducta del deudor y las dificultades que encuentre. «Este persistente desconocimiento (por parte del deudor acerca de la reducción), otorga a la *astreinte* su poder de intimidación». Vid. op. cit. en nota 134, p. 667; vid. también, MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 167, p. 578.

hacerse efectivas sobre el patrimonio del deudor[398]. En este mismo sentido, se configura como una medida coercitiva y no ejecutiva que, si bien afecta al patrimonio, lo hace para doblegar la voluntad del deudor[399].

Por último, la *Astreinte* es un acto de dirección del órgano judicial que consiste en una intimación específica a una persona concreta para que cumpla con su obligación, por lo tanto, es de destacar la naturaleza eminentemente procesal de esta institución[400].

---

[398]No obstante, ARAGONESES MARTÍNEZ señala que la posición de GUASP es la de considerar que las *astreintes* son unas medidas de compulsión de carácter personal, puesto que recaerían objetivamente sobre la persona del ejecutado, se trata de medios indirectos, que estarían dirigidos a obligar al ejecutado a realizar la conducta mediante estímulos psicológicos que conduzcan a las consecuencias que forzadamente se quieren obtener. Sin embargo, la autora indica que el carácter personal de las *astreintes* no es un criterio unánimemente admitido por toda la doctrina, y cita a COUTURE como ejemplo de autor que sostiene el carácter patrimonial de la *astreinte*. Vid. op. cit. en nota 270, pp. 91-92.

[399]Vid. CARBONNIER, op. cit. en nota 134, pp. 666-672; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 898.

[400]ARAGONESES MARTÍNEZ señala que dentro de los actos procesales se distinguen los de dirección a los que pertenecen las *Astreintes*, que son aquellos que preparan, disponen u ordenan la utilización de un instrumento procesal en una concreta situación. Vid. op. cit. en nota 270, pp. 95-97.

4. LAS OBLIGACIONES DE HACER DE MEDIOS Y DE RESULTADO

4.1. PLANTEAMIENTO

Principalmente, la presente clasificación, que distingue entre obligaciones de medios y de resultado, afecta de un modo más directo a las obligaciones de hacer que al resto de las obligaciones. En aquéllas, dada su mayor complejidad, es donde esta diferenciación halla una mayor adecuación y una importante aplicación práctica[401]. Por contra, en las obligaciones de dar y en las de no hacer no se plantean las dificultades que con las de hacer presenta esta clasificación, puesto que a ambas se las considera unánimemente como obligaciones de resultado[402].

Por otro lado, existe conformidad en la doctrina en considerar que esta división de las obligaciones de hacer se ha establecido en función del objeto de la prestación[403]. Se trata, como ha sido señalado, de indagar acerca de aquello que el deudor ha prometido al contraer la obligación y, por consiguiente, lo que el acreedor puede razonablemente esperar de él[404].

---

[401]CABANILLAS señala que el problema de la configuración de una concreta obligación como de medios o de resultado se plantea, sobre todo, en lo que se refiere a las obligaciones de hacer, ya que en éstas, el objeto de las mismas puede ser tanto el resultado esperado por el acreedor como la simple actividad diligente del deudor dirigida a obtener ese concreto resultado: «La configuración de la obligación de dar y de no hacer es menos problemática, pues en ellas no se plantea la disyuntiva que surge cuando la obligación es de hacer». Vid. *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, p. 47; vid. también, JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)*, Anuario de Derecho Civil, 1991, pp. 6, 12, 20; LOBATO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, Anuario de Derecho Civil, 1992, pp. 653, 673, 690; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, pp. 246-247; DERRIDA, *Obligations*, Encyclopédie Droit Civil Dalloz, nº. 47, París, 1973, p. 4, nº. 51; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 433; MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 167, p. 13.

[402]Cfr. DERRIDA, op. cit. en nota 401, p. 4, nº. 51; vid. igualmente WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 433; CABANILLAS, op. cit. en nota 401, pp. 48-49 y 94-95; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 690-691.

[403]Vid. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, Comentario al artículo 1176 del Codice civile en Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 457; MENGONI, op. cit. en nota 187, p. 280; TRABUCCHI, op. cit. en nota 183, p. 480; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 428; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 6; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 676 y 713; CABANILLAS, op. cit. en nota 401, pp. 26-31; YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. en nota 231, pp. 253 y ss.

[404]Vid. WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 428; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 7; por su parte, LOBATO GÓMEZ señala, en este sentido, lo siguiente: «Lo que permite distinguir ambas clases de obligaciones es, precisamente, la diferente naturaleza de la prestación que desde el punto de vista del deudor supone un compromiso más o menos riguroso, y desde el punto de vista del acreedor supone una mayor o menor amplitud de lo debido respecto del interés primario que le llevó a contratar». Cfr. op. cit. en nota 401, pp. 713-714.

Esta distinción, por tanto, supone la separación de las obligaciones en dos categorías, definidas según su prestación consista para el deudor en el desarrollo de una actividad instrumental dirigida a la consecución para el acreedor de un resultado cierto o, de otro lado, que la misma comprenda la obtención de ese resultado al que la actividad se dirija, o lo que es lo mismo, suponga para el acreedor la consecución del interés primario que ha determinado el nacimiento del vínculo obligatorio[405].

En definitiva, parece pues que la relevancia de tal diferenciación se dirige principalmente a la determinación de cuando se considera la obligación cumplida y cuando, por el contrario, existe incumplimiento de la misma, así como cuál es en cada caso el régimen de responsabilidad aplicable y, finalmente, cuál es el sistema de carga de la prueba en el supuesto de incumplimiento[406].

---

[405]MENGONI señala que la citada distinción en obligaciones de medios y de resultado supone: «separar las relaciones obligatorias en dos categorías, caracterizadas por una mayor o menor correspondencia del término final de la obligación (resultado debido) con el término inicial, esto es, al interés del cual la obligación trae origen. El interés-presupuesto de la obligación está siempre orientado a la modificación o a la conservación de una situación de hecho inicial. Pero no siempre el objeto de la cualificación jurídica, o sea el contenido de la relación obligatoria, coincide con la realización de este interés que podríamos llamar primario. Alguna vez la tutela jurídica, que es la medida del «*dover avere*» del acreedor, está circunscrita a un interés instrumental, a un interés de segundo grado que tiene como objeto inmediato una actividad del deudor capaz de promover la realización del interés primario. En tales hipótesis el fin tutelado, esto es precisamente el resultado debido, no es más que un medio en la serie teleológica que constituye el contenido del interés primario del acreedor [...] en las obligaciones de medios el objeto del derecho de crédito no es desde luego una cierta modificación o la conservación de la situación-presupuesto de la relación, y por consiguiente la efectiva satisfacción del interés primario del acreedor, sino solamente la producción de una serie más o menos amplia de modificaciones intermedias a las cuales está condicionada la posibilidad de tal satisfacción. Lo que se espera del deudor a fin de que pueda decirse que la obligación está cumplida, es un comportamiento idóneo para dar principio a un proceso de modificación (o de conservación), cuyo éxito depende, sin embargo, de condiciones ulteriores, extrañas a la esfera del vínculo. Típica es la obligación del médico. El interés, que es la premisa de la estrecha relación del cliente con el médico, tiende a la modificación de un estado de enfermedad (situación inicial) en un estado de salud (situación final). Verdadero fin de la medicina, y por esto se recurre al arte médico, es la sanidad. Pero el resultado debido, o sea el término final de la obligación, no es la curación, sino un conjunto de curas ajustadas a curar: en suma, una buena cura. La curación depende bien poco de la voluntad del médico y de la colaboración del enfermo, para que pueda estar deducida en la obligación. [...] En las obligaciones de resultado, el resultado debido consiste en una realización final en la cual se resuelve, con plena satisfacción, el fin económico del acreedor, el interés que ha determinado el surgimiento del vínculo; por el contrario objeto de las obligaciones de medios es solamente un comportamiento cualificado de un cierto grado de conveniencia o utilidad en disposición a aquel fin, cuya realización no está de por sí comprendida en la órbita de la relación obligatoria». Cfr. op. cit. en nota 187, pp. 188-191; vid. también RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, Enciclopedia del diritto, T. XXIX, Milano, 1979, p. 190-192; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 7; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, pp. 475-476; SANCHO REBULLIDA, en *Lacruz y otros, Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Vol. 1*, Barcelona, 1994, p. 61.

[406]Vid. LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, pp. 713 y ss.; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 476; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 247; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, pp. 20 y ss.

4.2. CONCEPTO

Como anteriormente se ha visto, la distinción entre obligaciones de medios y de resultado se apoya en la distinta manera de concebir el objeto de la obligación. En el caso concreto de las prestaciones de hacer, éstas pueden agotarse en el mero comportamiento del deudor o, de otro modo, llevar incorporado el resultado al cual supuestamente tiende tal actividad[407].

En las obligaciones de medios o de actividad, la prestación debida supone el desarrollo, por parte del deudor, de una conducta diligente, dirigida a conseguir el resultado al que tal comportamiento se dirige, pero sin que éste se incluya en el contenido de su señalada obligación[408]. En este caso, el deudor se compromete a ejecutar aquella diligencia que es normalmente suficiente para satisfacer al acreedor[409].

En las obligaciones de resultado, el deudor no está obligado simplemente a desplegar una actividad diligente, sino que deberá proveer a la satisfacción del interés del acreedor, mediante la consecución del resultado pactado, el cual se encuentra, por este motivo, formando parte de la prestación[410]. En éstas, se exige, por ello, del deudor la obtención de un resultado preciso y determinado[411].

---

[407]Vid. SANCHO REBULLIDA, op. cit. en nota 405, p. 61.

[408]Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 7; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 653; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 246; SANCHO REBULLIDA, op. cit. en nota 405, p. 61.

[409]Cfr. VINEY, *Traité de Droit Civil sous la direction de Ghestin, Vol. IV. Les Obligations. La responsabilité: Conditions*, París, 1962, p. 629; vid. asimismo, DERRIDA, op. cit. en nota 401, p. 4, nº. 48; PLANCQUEEL, *Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1972, pp. 334-335; MARTON, G., *Obligations de résultat et obligations de moyens*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1939, p. 500; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 428.

[410]Cfr. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 463; vid. también HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit. en nota 167, p. 126; GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, Padova, 1993, p. 11; TRABUCCHI, op. cit. en nota 183, p. 480; TRIMARCHI, op. cit. en nota 354, p. 353.

[411]Cfr. VINEY, op. cit. en nota 409, p. 629; vid. asimismo, MAZEAUD, H., *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1936, p. 29; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 428; DERRIDA, op. cit. en nota 401, p. 4, nº. 48; MARTON, G., op. cit. en nota 409, p. 525-530; PLANCQUEEL, op. cit. en nota 409, p. 334.

Como ejemplos de obligaciones de hacer de medios destacan la prestación del médico, la del abogado, la del mandatario y la del gestor de negocios[412].

En estos supuestos anteriores, el objeto de la obligación se evidencia en virtud de la ejecución de un acto que se define según un modelo de comportamiento diligente[413].

En cuanto a la prestación del médico se ha señalado que ésta es, en principio, una obligación de medios[414]. El médico no se compromete a curar o sanar al enfermo, sino a

---

[412]Cfr. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 8.

[413]MENGONI señala, con respecto a este comportamiento diligente, que: «El diverso significado de la diligencia, como medida del contenido de ciertas obligaciones, se revela sin dificultad en el ámbito de las obligaciones de hacer, inherentes al ejercicio de una actividad profesional. Aquí el artículo 1.176 párrafo segundo («*En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercitada*»), dispone en general que la diligencia debe valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercitada, es decir la diligencia comprende todos los actos objetivamente requeridos -según la regla de la buena técnica (cfr. art. 1618)- por el objeto de la prestación. Ahora, como ya he explicado, a la noción de buen padre de familia no pertenece el presupuesto de especiales conocimientos y habilidades técnicas. El criterio de la «*diligentia diligentis*» no puede ser aplicado sino en función de la capacidad personal del deudor, importa el deber de desarrollar tal capacidad con un grado de esfuerzo objetivamente determinado [...] En el ámbito de las obligaciones que tienen por objeto una prestación determinada por la diligencia del buen padre de familia, el concepto técnico de diligencia se reduce a los términos de un deber de esfuerzo para comportarse como un buen padre de familia: la observancia de tal deber de esfuerzo es, de costumbre, la medida del caso fortuito. En conclusión, las obligaciones «*de comportamiento*», contrapuestas a las obligaciones de resultado, se subdistinguen a su vez en dos especies, según que la actividad de la prestación sea valuable en un criterio objetivo de habilidad técnica o bien solamente en un criterio objetivo de diligencia. A las relaciones de esta última especie corresponde el nombre de «obligaciones de diligencia», justificable en razón de la peculiar coincidencia, que aquí se verifica, del concepto de incumplimiento con el concepto de culpa en sentido estricto. En las obligaciones de mera diligencia no se admite en hipótesis la figura intermedia entre incumplimiento culpable y caso fortuito, que se concreta en la impotencia (imposibilidad subjetiva) excusable». Cfr. op. cit. en nota 187, pp. 204-209; JORDANO FRAGA por su parte, y en este sentido, indica lo siguiente: «Existe un ámbito de obligaciones de hacer (de actividad de medios o de diligencia) cuyo objeto viene definido por la realización de una conducta con arreglo a un modelo de comportamiento diligente. Este modelo objetivo, que prescinde de las aptitudes personales del deudor, es, como regla, el buen padre de familia (art. 1.104 del C.c. y normas particulares, como las anteriormente citadas). Modelo que, como es sabido, es susceptible de adaptarse a la naturaleza de la prestación, de forma que, cuando se trata de prestaciones técnicas, el contenido de lo debido, el *facere* diligente, se convierte en la observancia de las reglas técnicas del arte, profesión u oficio de que se trate (esto lo dice el art. 1.104-1° del C.c., cuando habla de la diligencia debida como de aquélla conforme a la naturaleza de la obligación y sus circunstancias). La diligencia como modelo de conducta se convierte, pues, respecto de las obligaciones de actividad, en criterio delimitador del exacto cumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 410. p. 460.

[414]En este sentido FERNÁNDEZ COSTALES señala lo siguiente: «En nuestra opinión, la *regla general* es que un médico en el desarrollo de su función de prestación de servicios médicos no puede obligarse a obtener un resultado determinado acerca de la curación de un enfermo y comprometerse a rehabilitar su salud. En consecuencia, por lo que se refiere a las *especialidades que tengan por finalidad la curación directa del paciente*, el médico especialista queda vinculado por una obligación de medios y sería el caso de las especialidades de Alergología, Angiología y Cirugía Vascular, Aparato Digestivo, Cardiología, Cirugía Cardiovascular, Cirugía General y del Aparato Digestivo, Cirugía Maxilofacial, Cirugía Pedriática, Cirugía Torácica ..., entre otras. Asimismo existen otras especialidades que aun no teniendo por finalidad fundamental la curación del enfermo, el ejercicio de las mismas y su prestación por el médico determina también en el caso de constituirse una relación jurídica con el paciente que comporta una obligación de medios, pues el facultativo, aunque no está obligado a la

darle sus cuidados atentos y, a reserva de circunstancias excepcionales, conformes a los datos adquiridos de la ciencia[415]. Se ha señalado que la calificación de la prestación médica como obligación de medios se encuentra ligada a la incertidumbre que caracteriza el resultado del acto médico[416], pues el médico puede solamente introducir algunas condiciones

---

curación, tampoco está obligado a un resultado determinado. Este sería, por ejemplo, el supuesto de las especialidades de Medicina Preventiva y Salud Pública y Microbiología y Parasitología. Sin embargo, a pesar de la regla general expresada, estimamos que existen una serie de *especialidades* cuya finalidad no es la curación del enfermo, sino *que son el medio para lograr esta finalidad, ayudando como medio de diagnóstico*, y el médico incluso viene obligado en alguna de ellas a la *realización de una obra*. En estos supuestos la naturaleza jurídica de la relación estimamos que es la de un *contrato de obra* y, por consiguiente, genera una obligación de resultado. Las especialidades que se encuentran en esta línea son: Análisis Clínicos, Bioquímica Clínica y Radiodiagnóstico, según hemos analizado. También hemos considerado una serie de especialidades como casos o supuestos dudosos en cuanto a su consideración como generadoras de una obligación de medios o una obligación de resultado. En esta situación situamos las especialidades de Cirugía Plástica o Estética y Reparadora, Farmacología, Anestesiología y Reanimación y, en general, aquellas especialidades cuya finalidad supongan simplemente la implantación de una prótesis en el caso concreto o que se refieran a la emisión de un informe relativo a la constatación de un hecho de tipo médico, pero no a efectos de valoración como medio de diagnóstico». Cfr. *El contrato de servicios médicos*, Madrid, 1988, pp. 203-204.

[415]Cfr. DERRIDA, op. cit. en nota 401, p. 4, nº. 48; vid. también, a este respecto, JORDANO FRAGA que indica lo siguiente: «Es el conjunto de curas diligentes -técnicamente correctas- lo que el médico debe, y no la curación o sanación, a la que, ciertamente, tales curas se encaminan. (Las curas, como *medio*, son el contenido de la prestación del médico; la curación, como *fin o resultado* al que, ciertamente, se dirige la prestación médica, queda normalmente fuera de ella)». Cfr. op. cit. en nota 401, p. 9.

[416]VINEY señala que se puede invocar, en favor de la calificación de estas prestaciones como obligaciones de medios, el alea del arte médico que se ejerce sobre aquellos sujetos cuyas reacciones son diversas y a veces imprevisibles, así como de la dificultad extrema de adaptar los conocimientos teóricos a los casos particulares del enfermo a tratar. Sin embargo, continúa esta autora diciendo lo siguiente: «Pero, en sentido inverso, no está prohibido pensar que el paciente, que se abandona enteramente al facultativo y que confía tanto en el talento personal del médico y en las técnicas cada vez más probadas sobre las cuales se apoya la ciencia médica, merece una protección tanto mas completa cuanto él mismo se encuentre en una situación física disminuida. ¿Los progresos tan alabados de la medicina no admiten revisión de postulados tradicionales concernientes al alea de esta actividad? ¿La mecanización creciente del equipo quirúrgico y la utilización cada vez más frecuente de materias peligrosas (rayos) o de aparatos susceptibles de explotar o de quebrarse no crean una necesidad nueva de protección que podría conducir a imponer a los facultativos, al menos en ciertos casos, una obligación de resultado?». Señala esta jurista que hoy día se hace necesario una mayor protección a las víctimas de los errores y accidentes propios del ejercicio de la medicina, indica, en este sentido que cada vez son más numerosos los autores que se manifiestan en favor de una responsabilidad objetiva que rechaza la noción de obligación de medios en el caso del ejercicio de la medicina: «y un examen atento de la jurisprudencia revela que los tribunales no permanecen insensibles a las consideraciones de equidad que motivan, para reforzar la protección de las víctimas, a hacer más estricta la obligación de cuidados médicos. Particularmente, ciertas decisiones han admitido que si un médico, un dentista o un establecimiento de cuidados procura a sus clientes remedios, productos o aparatos, especialmente prótesis, se contrata una obligación de resultado en cuanto a la ausencia de vicios en los objetos suministrados. Concretamente la Corte de Casación ha tenido la ocasión de afirmar que el dentista tiene la obligación de entregar una dentadura plenamente satisfactoria (Civ. 1, 15 nov. 1972, *précité*, D. 1973, p. 243). Sin embargo, luego ha precisado que, para la puesta de los aparatos, el facultativo no está obligado mas que a dar sus cuidados concienzudos, atentos y conformes a los elementos adquiridos de su arte. [...] Parece que la noción de obligación de resultado tiende hoy día a excluir de la consideración de obligaciones de medios aquellas que se apoyan en técnicas perfectamente probadas, así como para los cuidados que no dependan, propiamente dicho, del arte médico. Pero, en relación a los facultativos tales

necesarias o útiles para promover la curación del enfermo, pero el resultado de la cura exige, desgraciadamente, la presencia de otros elementos sobre los cuales aquél no tiene poder[417].

De ello, se deduce que el médico cumple su obligación cuando presta su asistencia y ejercita una serie de curas técnicas, atenciones y cuidados correctos, que son los adecuados en comparación a los demandados a un profesional o especialista que desempeñe sus funciones con arreglo al estado de la ciencia en el momento de la prestación de tales cuidados, con la diligencia debida y en función de las exigencias de la deontología profesional[418].

Igualmente, el abogado está obligado a desarrollar una actividad ética y profesionalmente correcta, y no incumple su obligación por el solo hecho de haber perdido

---

como radiólogos, cirujanos y ancstcsistas que, en el ejercicio de su arte, utilizan aparatos o productos que presentan ciertos riesgos para los pacientes, el problema de la calificación de la obligación presenta hoy día las mayores dificultades. El examen de la jurisprudencia revela, en efecto, que la mayoría de las decisiones se guardan aún de hablar aquí de obligaciones de resultado, ellos admiten más generalmente la responsabilidad del facultativo por los daños debidos a un vicio cualquiera o a un comportamiento anormal o a la posición anormal de la cosa que provoca el daño, en consideración simplemente que «el facultativo habría debido tomar las precauciones necesarias» para evitar que los riesgos debidos a la utilización de los aparatos o lo productos se ejecutasen en detrimento de los pacientes». Cfr. op. cit. en nota 409, pp. 651-655; Para FROSSARD, sin embargo, el carácter de la obligación médica como obligación de medios no está determinado por la concurrencia del factor alea o incertidumbre del resultado debido, sino por la propia naturaleza de la obligación: «Esto porque el médico debe conservar una gran libertad de acción, porque su función, en esencia, es de realizar una investigación científica cuya aplicación -los cuidados- no es más que la consecuencia, pues su obligación es de pura diligencia y prudencia. Si la enfermedad de su cliente es benigna, el diagnóstico necesita una actividad intelectual de la cual depende la medicación o la intervención quirúrgica y, desde entonces, la obligación no cesa de ser una obligación de medios. El médico, por sus funciones, sus responsabilidades humanas y morales, debe conservar una libre iniciativa, salvo evidentemente una oposición consciente del enfermo o de sus parientes [...] El interés del paciente, del médico y de la medicina exigen que el «*hombre de el arte*» no pueda prometer otra cosa que una actitud diligente. [...] En suma, cualquiera que sea la labor del médico, que de un diagnóstico, que indique un tratamiento, que de un consejo o que asista al enfermo, él es siempre deudor de una obligación de medios». Cfr. *La distinction des obligations de moyens et obligations de résultat*, París, 1965, pp. 214-216; vid, también FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit. en nota 414, pp. 67-108; CABANILLAS, op. cit. en nota 401, pp. 97-109; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, pp. 686-688; SANCHO REBULLIDA, op. cit. en nota 405, p. 61.

[417]Cfr. MENGONI, op. cit. en nota 187, p. 189; FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit. en nota 414, p. 205.

[418]FERNÁNDEZ COSTALES señala que para ejercer diligentemente la profesión médica con arreglo a la *lex artis*, es indispensable que el médico posea los conocimientos técnicos oportunos, obligación que viene señalada en el artículo 29 del Código de Deontología profesional médica que señala que el médico tiene el deber y la responsabilidad de conservar actualizados sus conocimientos científicos y de perfeccionar su capacidad profesional. Vid. op. cit. en nota 414, p. 206; vid. igualmente, JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 9; MENGONI, op. cit. en nota 187, p. 189; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 475.

la causa por un fallo judicial desfavorable[419].

Del mismo modo, el mandatario y el gestor de negocios deberán desplegar una actividad de gestión diligente. El mandatario no incumple aunque el asunto concluido no haya alcanzado un buen fin para los intereses de su cliente y, asimismo, el gestor de negocios habrá cumplido su obligación si gestionó útilmente el negocio, aunque tal cometido haya tenido un desarrollo desfavorable para el interés de su principal[420].

Como ejemplos de obligaciones de hacer de resultado se señalan, como más significativas, las del transportista y la del contratista de obras. En estos casos, no existe cumplimiento de la obligación sino cuando se obtiene el concreto resultado debido -*opus*-[421]. La prestación no se agota en la conducta, sino que el fin-resultado forma parte de la misma. Este resultado es algo nuevo, que no preexiste o coexiste con la actividad, sino que es el producto logrado por el desarrollo de tal conducta o comportamiento[422]. En ambos casos, no es suficiente, como criterio en cuanto al cumplimiento, el desarrollo de una actividad diligente, si en virtud de la misma no ha podido obtenerse el resultado al que efectivamente tiende tal conducta. La no obtención del resultado implica necesariamente incumplimiento[423].

---

[419]Vid. MENGONI, op. cit. en nota 187, p. 189; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 9; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 676; GALGANO, op. cit. en nota 410, pp. 11 y ss; YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. en nota 231, p. 268; CABANILLAS, op. cit. en nota 401, pp. 109-112.

[420]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, pp. 118; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 9; YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. en nota 231, p. 268; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, pp. 247-248; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit. en nota 167, p. 126: VINEY, op. cit. en nota 409, pp. 664-665; GALGANO, op. cit. en nota 410, pp. 11 y ss.; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 441; MENGONI, op. cit. en nota 187, pp. 189-190.

[421]JORDANO FRAGA señala lo que debe entenderse por *opus*: «una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio». Cfr. op. cit. en nota 401, p. 7. Y en op. cit. en nota 410, p. 463, indica que: «La diferencia con las obligaciones de resultado (transporte, contrato de obra) estriba en que en éstas el contenido del resultado debido no se determina con arreglo a un modelo de conducta (art. 1.104 C.c.), sino por la presencia o ausencia de un opus, de una alteración en el mundo físico (reparación, translación)».

[422]HERNÁNDEZ GIL observa que en estos casos, el resultado puede no estar encarnado en una cosa corporal: «sino más ampliamente en el bien capaz de representar la objetivación del fin perseguido». Cfr. *Derecho...*, cit. en nota 167, p. 126.

[423]JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 8; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, pp. 677-681; YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. en nota 231, pp. 267-269; CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 57 y ss.; BADOSA, op. cit. en nota 35, pp. 190 y ss.

En la obligación de ejecución de obra, el contratista no está únicamente obligado a ejecutar un comportamiento diligente, sino que deberá lograr la obra que constituye el resultado de su prestación. Se señala que tal prestación es una típica obligación de resultado puesto que debe lograrse la efectiva ejecución de la obra pactada. En este caso, la obra se configura como objeto del contrato y solamente en el supuesto de entrega de la misma, el contratista tendrá derecho a su abono[424].

Sin embargo, algún autor ha reputado la prestación de obra como una obligación de actividad o de medios. Aquí el resultado es efecto y cualificación de carácter material, no de naturaleza jurídica. Éste no forma parte de la actividad debida y su falta o defecto no constituye necesariamente incumplimiento. Según esta consideración, el párrafo primero del artículo 1.098 del Código civil apoya esta conclusión, pues cabe la estimación de cumplimiento de la obligación a pesar de la pérdida de la obra debida. En este caso, si se realizó la actividad debida, cualificada materialmente por su idoneidad para producir un resultado, y ésta coincide con lo pactado, la obra no puede ser estimada como mal hecha y, por ello, tanto del artículo 1.098, *a contrario*, como del 1.157 cabrá apreciar que la obligación se cumplió y, en este sentido, la misma se ha extinguido aún cuando la obra se hubiera perdido.

Se considera, por tanto, que el deudor extingue su obligación en el momento de terminar su actividad, con la producción de la obra que es su resultado, no en el momento en el que el acreedor recibe su utilidad, o se hace con la obra pues, de lo contrario, la vinculación del obligado podría extenderse más allá de la propia delimitación de la prestación. Se entiende, en definitiva, que si el obligado ha cumplido bien la prestación la ha extinguido puesto que, en otro caso, se hallaría perpetuamente obligado y si, por otro

---

[424]CABANILLAS señala, a este respecto, lo siguiente: «En la práctica el gran problema radica en determinar si las partes han configurado la prestación con el carácter de prestación de resultado o de actividad. Para solucionarlo no podemos olvidar que en el arrendamiento de servicios la actividad del arrendatario no se desvincula del resultado al que se dirige (v.gr., la curación del enfermo o la victoria en el juicio), porque es obvio que se ha celebrado el contrato para alcanzar el resultado que satisface el interés primario del acreedor. Pero si este resultado es demasiado incierto o aleatorio, no va a constituir el objeto de la obligación del arrendatario de servicios. No puede decirse, sin embargo, que dicho resultado es extraño al contenido del contrato, porque el arrendatario sólo cumplirá correctamente si pone todos los medios a su alcance para conseguirlo, actuando con la diligencia debida (artículo 1.104 del Código Civil)». Continúa en este sentido el autor, y afirma que en los supuestos dudosos para configurar esta obligación como de medios o de resultado son importantes los criterios de la incertidumbre o aleatoriedad en la obtención del resultado debido, y el de atribución del riesgo de perecimiento de la cosa, teniendo en cuenta el contenido del contrato. Cfr. op. cit. en nota 401, pp. 49-61.

lado, no ha cumplido bien habrá de repetirla[425].

En cuanto a la entrega de la obra, en el caso de que la actividad consista en una nueva cosa, se conceptúa como una obligación complementaria, que no surge ineludiblemente de la obligación de hacer, pues ésta consiste en la realización de la obra, y aquélla sólo aparece cuando sea imprescindible, por razones derivadas de la materialidad de la obra, para convertir al acreedor en titular de la misma, ya que si ésta lo permite materialmente, el acreedor puede convertirse en titular de ella por otros medios, que excluyan toda concreta actividad posterior del deudor, tales como, *v. gr.*, por accesión. La obligación de entrega, por tanto, no es consecuencia del efecto principal del contrato, pues éste se ciñe a la realización de la obra, sino de un efecto complementario del mismo que resulta de la causa negocial onerosa, es decir, que la obra debía ejecutarse no para o en beneficio de su autor, sino del acreedor de la misma. Es de esta cualidad de la obra ya realizada de la que nace la obligación de entrega. En esta hipótesis, la pérdida de la obra afectará, pues, a esta posterior y adicional obligación de dar -artículo 1.182 del Código civil-, no a la obligación de hacer principal que ya se habrá completado preliminarmente con la realización de la obra[426].

---

[425]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 35, pp. 190 y ss.

[426]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 35, pp. 193 y ss., que además señala que el principal obstáculo para considerar que la obligación se extingue por la mera realización de la actividad debida, aunque la obra se pierda antes de llegar a poder del acreedor, es el de la Teoría de los riesgos (artículos 1.589 y 1.590 del Código civil). Según estos artículos no se procederá a la remuneración si la obra se ha perdido antes de la entrega, por lo que puede deducirse que el arrendador de la obra ha incumplido su obligación si ésta no se le transfiere al arrendatario debidamente. «La razón, sin embargo es muy otra. Y se debe a una importante modificación introducida por el Cc. en materia de riesgos en el arrendamiento de obra que consiste en sustituir el viejo criterio tradicional de imputación por otro nuevo, producto del Código civil: el control de la obra o aprobación de la misma por el acreedor cede su puesto al principio, tomado de los derechos reales de *res perit domino*. [...] Los arts. 1589 y 1590 Cc., siguen contemplando la pérdida como presupuesto del riesgo, pero han sustituido el criterio de imputación antiguo por el de la entrega de la obra al acreedor, es decir, por la transmisión de la propiedad. [...] La sustitución del control de la obra por la transmisión de su propiedad, significa que la noción de riesgo ha pasado de la ejecución de la obra a la de su subsistencia, es decir, de la actividad a la cosa. [...] Esta construcción revela claramente que la antigua relación actividad-obra como resultado, en la que la actividad tenía el papel fundamental hasta el punto que determinaba el cumplimiento, con independencia de que posteriormente se perdiera la obra, se ha invertido totalmente. Al asumir el papel fundamental la obra considerada como cosa, es decir, con independencia de la actividad puesta por el arrendador, dicha actividad deja de contemplarse jurídicamente como realización de una prestación debida, para pasar a serlo económicamente, como uno de los componentes de la obra. La regla *res perit domino*, exige que al perderse (fortuitamente) la obra, cada partícipe ha de perder lo que aportó. [...] Lo que no aborda ni el art. 1589 ni el art. 1590 es la cuestión que aquí más nos interesa: si el arrendador cumplió jurídicamente con la mera realización de la obra, que se perdió antes de la entrega al arrendatario. El posible argumento en contra de la extinción de su derecho a la remuneración, no lo es en realidad dado que el tema de ambos artículos es el régimen de la pérdida

En la obligación de transporte, recae sobre el transportista la obligación de trasladar a personas o cosas de un lugar a otro, además de una obligación de seguridad que consiste en que éstas alcancen su destino sin menoscabo alguno de su integridad, de tal forma que existe incumplimiento si el deudor únicamente despliega una actividad diligente pero sin conseguir aquellos resultados previstos y señalados[427].

Por otro lado, conviene señalar que estas dos categorías de obligaciones, de medios y resultado, no deben ser consideradas como dos conjuntos contradictorios e incompatibles entre sí. Efectivamente, ni ambos grupos son completamente homogéneos o uniformes, ni puede considerárselos como compartimentos estancos entre sí[428], puesto que, por un lado,

---

de la obra, no el del incumplimiento de la obligación. Uno y otro artículo parecen presuponer que la obra perdida estaba bien hecha, dado que fundaba por sí misma una expectativa de remuneración que ha frustrado la pérdida. De aquí que la trascendencia de los arts. 1589 y 1590 no pueda ir más allá de su propia *ratio*. Si no hay remuneración no es porque haya faltado el cumplimiento (a pesar de que efectivamente ha sido inútil para el acreedor), sino porque la cosa se pierde siempre para su propietario. [...] El derecho a la remuneración se extingue, no por razones fundadas en la causa onerosa (porque se considere que la prestación debida no ha sido cumplida por la pérdida ulterior de la obra), sino porque se considera que la pérdida de ésta ha de recaer sobre los que aportaron los elementos económicos que intervinieron en su existencia. Aplicada esta idea al arrendador, éste ha de perder económicamente lo que ha aportado (sean materiales y trabajo o solo este último); ¿cómo se consigue que sufra esta pérdida (imputación del riesgo)?. Para que el arrendador sufra la pérdida (es decir, se le impute el riesgo) hay que operar sobre la retribución, negándosela. La falta de remuneración es, por tanto, el medio técnico por el cual se atribuye al arrendador la pérdida de lo que aportó a la obra, en aplicación del principio general del riesgo *res perit domino*. Por ende, tampoco se puede deducir de las nuevas normas de riesgo dictadas por el Código civil que la obligación de obra no consista en una actividad. En el caso del artículo 1589, la tesis de que se trata de una compraventa de cosa futura y, por tanto, de una obligación de dar centrada en la entrega de la cosa y no de hacer, se ve contradicha porque los riesgos no se rigen por una norma típica de compraventa (el art. 1452,1), sino por una norma radicalmente contraria, que los atribuye al deudor y no al acreedor. Y en el artículo 1590, la falta de retribución no es indicio de que la obligación del deudor no se ha cumplido (es decir, no tiene una función de sanción), sino un medio técnico de imputación de riesgos al propietario de los elementos integrantes de la obra». En relación a la realización parcial de la obra señala BADOSA que bastará la mera realización, interrumpida fortuitamente, de la actividad, para que la obligación se considere parcialmente cumplida, sin atender si ha resultado o no obra del mismo. De los cuatro puntos de vista examinados, concluye el autor, «se desprende que la obligación de obra tiene como prestación una actividad designada como tal. Pues bien, ese tipo de designación postula la función integradora de la diligencia (ex art. 1589,1 final, que se refiere a la pericia)».

[427]CABANILLAS señala que la obligación de seguridad en el transporte es una obligación que surge de la propia naturaleza del contrato, y produce todos sus efectos jurídicos con independencia de que la misma haya sido asumida por las partes en el momento de celebración, «la citada obligación de seguridad del transportista es indudablemente de resultado. Aquello que es debido por el deudor-porteador es el resultado constituido por la conservación durante el transporte de la integridad del acreedor-viajero y sus cosas. La verificación del daño determina el incumplimiento del deber de protección (falta del resultado debido), y con él la responsabilidad del transportista, a menos que éste dé la prueba liberatoria de que el cumplimiento se ha visto imposibilitado por una causa a él no imputable». Cfr. op. cit. en nota 401, pp. 76-79; vid. también WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, pp. 434-438; VINEY, op. cit. en nota 409, pp. 656-664.

[428]Cfr. LÉGIER, *Responsabilité contractuelle*, Encyclopédie Droit Civil Dalloz, París, 1989, nº. 67; vid. asimismo, VINEY, op. cit. en nota 409, pp. 637-641; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 706-713.

cabe su graduación tanto entre las propias obligaciones de medios como entre las de resultado y, por otro, ambas categorías no son plenamente independientes entre sí, sino que se insertan en lo que ha sido denominado un sistema dinámico, donde no existe una contraposición absoluta entre ellas[429].

Las obligaciones de medios pueden ser graduadas en función de la mayor o menor exigencia respecto a la ejecución del comportamiento objeto de la prestación[430]. Éstas, por su propia naturaleza, pueden estar divididas en niveles según el grado de diligencia que el deudor haya de desenvolver en la ejecución de su prestación[431].

Se señala igualmente que, en virtud del artículo 1.104 del Código Civil[432], la diligencia en el cumplimiento de la obligación está en función de no solo la que exija la naturaleza de la obligación, sino también de la que corresponda a las circunstancias de las

---

[429]Cfr. LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 707.

[430]Para VINEY esta graduación está determinada por el resultado de los propios términos del artículo 1.137 párrafo segundo del *Code* (el cual admite expresamente que la obligación de velar por la conservación de la cosa no es siempre de la misma intensidad, ya que puede variar en función de las circunstancias y de la naturaleza de la obligación), «se dice por ejemplo que el mandatario o el depositario asalariados están obligados a exigencias más estrictas en cuanto a la conservación de la cosa que el mandatario o el depositario que no perciben remuneración (*bénévole*). El hecho de que la prestación provista en el marco de una actividad profesional entraña igualmente una mayor severidad con respecto al deudor». Cfr. op. cit. en nota 409, p. 638; en el mismo sentido vid. MAZEAUD, H., que indica que la obligación general de prudencia y diligencia (de medios) no es únicamente una sola, ésta es susceptible de tener contenidos variados. Señala que tan pronto el deudor estará obligado a tener una gran prudencia como a una prudencia menor, esto lo precisa el artículo 1137 del *Code* que señala que la obligación de velar por la conservación de la cosa puede tener una mayor o menor amplitud, en determinados contratos, en función de las circunstancias que a estos les conciernen. «Y esto es así en algunos textos, que regulan tal o cual contrato, se satisfacen con poca diligencia (art. 1922, 1°: mandatario no asalariado) o exigen la diligencia que se consagra en el propio asunto (art. 1927: depositario) o igualmente una mucho mayor diligencia (art. 1882: prestatario de uso)». Vid. op. cit. en nota 411, pp. 42-43.

[431]Cfr. VINEY, op. cit. en nota 409, p. 638; por otro lado, para LOBATO GÓMEZ: «Si tomamos como ejemplo el caso típico del médico, es evidente que los cuidados prometidos no serán los mismos si se trata de un gran especialista, de un médico hospitalario o de un médico rural. Ni tampoco serán los cuidados desplegados en caso de urgencia, en caso de accidente en plena carretera, etc. Los medios de que disponen normalmente unos y otros, y en los distintos casos en los que prestan los cuidados, son bien diferentes. Por ello, precisar el contenido y el alcance concreto de la obligación que incumbe a cada médico en cada caso supondrá, necesariamente, un análisis concreto de la situación, de sus circunstancias profesionales y de las circunstancias espacio-temporales en las que la prestación debe ser realizada». Vid. op. cit. en nota 401, pp. 708 y ss.

[432]Artículo 1.104. «La culpa o negligencia del deudor 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».

personas, del tiempo y del lugar[433].

De este modo, se concluye que el contenido de la obligación de medios es variable, pero no obstante, este carácter se encuentra limitado por el respeto obligatorio a una diligencia mínima cuya inobservancia daría lugar a una falta grave[434].

Tampoco la categoría de las obligaciones de resultado puede considerarse plenamente homogénea. Normalmente estas obligaciones comprometen al deudor a la consecución del resultado convenido, salvo que concurra un caso fortuito, sin embargo, este principio no tiene un carácter absoluto. Por la doctrina francesa se habla de obligaciones de resultado atenuadas *-atténuées-* y, diversamente, de obligaciones de resultado agravadas *-aggravées-* en relación al modelo anteriormente citado, y según que el deudor se exonere de responsabilidad por incumplimiento probando que actuó de forma diligente o, por el contrario, la exención de responsabilidad en virtud del caso fortuito se encuentre total o parcialmente excluida[435].

---

[433]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 34; por su parte, LOBATO GÓMEZ señala con respecto al artículo 1.104 del Código Civil que: «Solamente en el caso de que la naturaleza de la obligación no indique la diligencia que ha de prestarse en la realización de la prestación y en su cumplimiento, se entenderá exigida la diligencia que emplearía un buen padre de familia que es, por lo demás, el modelo tipo de comportamiento diligente». Vid. op. cit. en nota 401, p. 709; para BADOSA el artículo 1.104 del Código civil trata a los dos apartados señalados en su primer y segundo párrafo como configurando un sólo criterio, para este autor es necesario unificar ambos apartados pues es una exigencia de la propia estructura del artículo 1.104: «En resumen, el modelo de diligencia del artículo 1.104 es fundamentalmente el propuesto por el párrafo 2 del citado artículo, con la adecuación o precisión técnica o instrumental fundada en los datos del párrafo primero del citado artículo, y con la intensidad o grado precisado también según el criterio del art. 1104,2. Del concepto resulta que de los dos posibles modelos, damos prioridad al localizado en el segundo párrafo respecto del localizado en el primero. Sólo procediendo así podemos acomodarlos». Cfr. op. cit. en nota 35, pp. 292-296; vid. igualmente, por la doctrina francesa, VINEY, op. cit. en nota 409, p. 638.

[434]VINEY señala que existe un margen en la aplicación de las consecuencias ligadas a la calificación de las obligaciones de medios. «En todos los casos, sin duda, esta calificación pone a cargo del acreedor que quiera obtener una reparación por el incumplimiento de esta obligación, la prueba de una falta del deudor. Pero esta falta no está siempre definida según los criterios que presiden la apreciación de la falta delictual, es decir, por comparación con la conducta de tipo abstracto del «buen padre de familia». Se procede a veces en virtud de una falta extremadamente leve, o a veces, en cambio, de una falta grave. Sin embargo, este margen no está definido. Las partes no son enteramente libres de definir como debe entenderse la diligencia del deudor. [...] Esto porque se admite que la libertad de las partes choca aquí con el doble límite de no conferir a la ejecución de la obligación menores cuidados que a los propios asuntos y de no cometer faltas graves». Cfr. op. cit. en nota 409, p. 639.

[435]VINEY menciona el artículo 38 de la ley de 18 de junio de 1966 relativa al fletamento y al transporte marítimo que dispone: «El transportista es responsable de la muerte o lesiones de los viajeros causadas por naufragio, abordaje, varada, explosión, incendio o todo otro siniestro mayor, salvo prueba, a su cargo, de que el accidente no es imputable ni a su falta ni a la de sus encargados. Añadimos que a veces ha sido propuesto dar este contenido a ciertas aplicaciones de las obligaciones de seguridad. El régimen de estas obligaciones es entonces intermedio entre el de las obligaciones de medios y el de las de resultado. La obligación de resultado que está a veces

Por último, las obligaciones de medios y de resultado no deben ser consideradas como dos secciones o estamentos estancos e independientes entre sí[436]. Un mismo contrato puede comportar varias obligaciones que pertenezcan, en su caso, a ambas categorías e, incluso, una misma obligación puede ser considerada como de una o de otra clase según el objeto que se considere, o según la fase de ejecución del contrato durante la cual ésta deba ser realizada[437].

4.3. LOS CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y LAS DE RESULTADO

Se han elaborado por la doctrina una serie de pautas o criterios cuya aplicación, en

---

disminuida *-allegée-* por relación al modelo propuesto por el artículo 1147, está, en cambio, algunas veces agravada *-aggravée-*. En efecto, la exoneración por una causa extraña *-étrangère-* puede estar parcialmente o totalmente descartada por la voluntad del deudor que se obliga entonces a «todo acontecimiento» o que toma a su cargo expresamente ciertos casos fortuitos o el hecho de ciertos terceros. Tales cláusulas son ciertamente válidas. Existen, por otra parte, disposiciones legales que prevén explícitamente compromisos de este género, por ejemplo el artículo 1772 en materia de arriendo (el arrendatario puede estar gravado con los casos fortuitos por una cláusula expresa), el artículo 1953 en lo que concierne al depósito... Algunos estiman igualmente que se le puede a veces, en razón de las circunstancias, presumir». Cfr. op. cit. en nota 409, pp. 639-640; vid. también LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 67; DERRIDA, op. cit. en nota 401, p. 5, nº. 53; por su lado, CABANILLAS indica que las obligaciones de resultado atenuadas implicarían una especie de *tertius genus*, «híbrido de las dos categorías típicas, en el cual la culpa del deudor no cumplidor se presumiría, pero, para vencer dicha presunción, al deudor le bastaría la prueba de la diligencia (ausencia de culpa), no siendo necesaria la del caso fortuito». Cfr. op. cit. en nota 401, p. 34; vid. también, en esta misma orientación, LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 707.

[436]Cfr. LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, pp. 712-713.

[437]VINEY indica que, en cuanto al contrato de arrendamiento de cosas, éste comportaría una obligación de seguridad que debe ser considerada como una obligación de medios en relación a los daños causados en los bienes y como obligación de resultado para los daños originados a las personas. Asimismo, en materia de transporte, la obligación de seguridad está sometida al régimen de las obligaciones de resultado durante la fase de transporte propiamente dicho, «es decir, aquella que surge «a partir del momento en el que el viajero comienza a montarse en el vehículo y hasta el momento en que acaba por descender», mientras que cuando el pasajero circule por la estación provisto de su pasaje antes de la subida o después de la bajada del vehículo, no se beneficia más que de una simple obligación de medios. Semejante división ha sido además admitida en otras hipótesis, en particular para la obligación de seguridad que aprovecha al cliente de maniobras foráneas. La distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado está pues admitida hoy día explícitamente por nuestro derecho positivo. Pero éste no consagra una oposición radical entre estas dos categorías. Se reconoce la existencia de situaciones intermedias y no existe una línea de demarcación rígida entre ellas. Esta flexibilidad y estos matices no son, además, de tal naturaleza que faciliten la aplicación de esta distinción». Cfr. op. cit. en nota 409, pp. 640-641; asimismo, LOBATO GÓMEZ, a propósito de estas consideraciones, destaca que: «deben, por tanto, llevar al intérprete a conducir la utilización de esta clasificación con flexibilidad, pero también con extrema prudencia y cautela, atendiendo siempre a las circunstancias del caso concreto, especialmente respecto de las obligaciones de medios, pues de lo contrario esta distinción, no sólo podría perder su utilidad, sino introducir distorsiones en la determinación del hecho generador de la responsabilidad y en su prueba». Cfr. op. cit. en nota 401, p. 713.

una situación precisa, permite considerar a una determinada obligación como de medios o como de resultado. Se trata de un conjunto de reglas que, en casos dudosos, facilitan la inclusión del supuesto concreto en uno de los dos órdenes señalados[438].

Uno de los caminos ha consistido en señalar un criterio único que permitiera encuadrar cada obligación en una de las dos categorías. En este sentido, se han seguido principalmente dos vías. La primera radica en fijar la atención en la consideración de una de las dos especies como predominante sobre la otra, de este modo, se consideraría a las obligaciones de resultado como supuesto de carácter general, mientras que a las de medios como excepción[439].

La segunda de las vías señaladas supone introducir un criterio general que permita eliminar cualquier incertidumbre que pueda plantear la inclusión de una obligación concreta en uno u otro grupo. Los análisis se han dirigido, por un lado, a la investigación de la situación de las partes y, por otro, al examen del contenido de la obligación[440].

---

[438]Para FROSSARD, los criterios de la doctrina pueden ser clasificados en dos grupos. Unos se refieren a las dificultades de ejecución de la prestación. Según la naturaleza de la prestación tenida en cuenta los denomina criterios objetivos. Los otros, que denomina subjetivos, consideran la situación personal de las partes independientemente de tal prestación particular: de este modo, son factores determinantes, la profesión, el oficio del deudor, los derechos de la víctima o la organización comercial de la empresa. Vid. op. cit. en nota 416, p. 127; también vid. LOBATO GÓMEZ que señala que nuestro Código civil ofrece algunas indicaciones a este respecto. De esta manera, indica como ejemplos el artículo 1094 que establecería una obligación de medios en cuanto a la obligación de velar por la conservación de la cosa con la diligencia de un buen padre de familia, del mismo modo, también para la misma obligación del depositario (art. 1758 y 1766) y del comodatario (art. 1749), igualmente, el artículo 1719 obliga al mandatario a un comportamiento diligente en cuanto a la gestión de los negocios de su principal. Do otro modo, continúa el autor, se regulan obligaciones de resultado en los artículos 1461 sobre la obligación de entrega de la cosa por el vendedor y en los artículos 1589 y 1590 para el contrato de obra. Vid. op. cit. en nota 401, p. 697.

[439]LOBATO GÓMEZ señala que en virtud del artículo 1.105 y concordantes de nuestro Código civil («Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los que así lo declare la obligación») podría configurarse un régimen según el cual las obligaciones de resultado se considerarían como el supuesto general, mientras que las de medios quedarían como excepción. «Tal opción es inaceptable, ya que carece de una base sólida, pues la generalidad con la que se expresa el artículo 1104, en el que encajan perfectamente las obligaciones de medios, no permite de ningún modo considerar a éstas como excepcionales». Cfr. op. cit. en nota 401, p. 698; Igualmente CABANILLAS se manifiesta en contra de considerar existente una presunción en favor de uno u otro tipo de obligaciones. Vid. op. cit. en nota 401, p. 38.

[440]VINEY apunta que entre los partidarios de un criterio extraído del examen de la situación de las partes, algunos autores insisten sobre los deberes del deudor, otros sobre los derechos del acreedor y otros sobre la confianza que existe o debería existir entre uno y otro. Señala que DEMOGUE, al considerar la situación del deudor, distingue entre los miembros de las profesiones liberales, quienes estarían obligados por simples obligaciones de medios, y los del resto de las profesiones que estarían obligados de modo más estricto. Para la autora, este criterio no es generalmente bien aceptado, por la dificultad de distinguir entre profesiones liberales y otras profesiones u oficios, así como, incluso, se ha señalado que el mismo profesional puede asumir variadas

De otro lado, al seguir la posición de los Tribunales franceses, parte de la doctrina ha indicado que para distinguir una obligación de medios de otra de resultado es preciso tener en cuenta los siguientes criterios: la voluntad de las partes en la obligación, la naturaleza de la prestación y la atención a criterios de equidad.

Según un sector de la doctrina, la voluntad de las partes, en relación a las obligaciones contractuales, parece ser un criterio concluyente para concretar si se trata de una obligación de medios o una de resultado[441].

---

obligaciones de muy distinta naturaleza. Igualmente, esta civilista menciona a STARCK entre los partidarios de seguir un criterio instaurado sobre los derechos del acreedor, para este último, existen derechos que tienen la cualidad de ser esenciales, tales como el derecho a la integridad. De este modo, las obligaciones que se contienen en este tipo de derechos serían consideradas como obligaciones de resultado, mientras que aquéllas que protegen al individuo contra un daño moral o la pérdida de un provecho económico serían simples obligaciones de medios. Para VINEY esta tesis no ha tenido una buena acogida ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, en tanto que parece que la misma «se vincula directamente a una concepción de conjunto de la responsabilidad civil que, a pesar de su incontestable rigor lógico y el talento desplegado por su autor para imponerlo, no ha penetrado realmente en nuestro Derecho positivo». En cuanto a las Teorías que ponen su acento en la confianza otorgada por el acreedor al deudor, y señalan que cuando aquél confía en la competencia de una persona no se beneficiaría más que de una obligación de medios, puesto que un sujeto no puede prometer jamás algo más que una diligencia humana irreprochable, así como que si el deudor utiliza, para ejecutar su obligación, medios técnicos y, en particular maquinaria, el acreedor podrá entonces exigir más en función de la fiabilidad que se vincula a la utilización de medios mecánicos; para la autora este criterio es incontestablemente seductor, puesto que permitiría justificar una cierta simetría entre responsabilidad contractual y responsabilidad delictual en lo que concierne a los daños causados por medio de las cosas, pero, continúa esta jurista, reposa sobre un postulado que, en su generalidad, es difícil admitir, es decir, que el acreedor tendría siempre más confianza en las máquinas que en los hombres. Asimismo, y respecto al apartado relativo al examen del contenido de la obligación, señala la autora que la doctrina francesa ha estudiado los siguientes aspectos: la aleatoriedad del resultado debido por el deudor, el papel activo o pasivo del acreedor y la mayor o menor precisión de la prestación prometida. Vid. op. cit. en nota 409, pp. 644 y ss.

[441]Para MAZEAUD, H., un importante criterio de clasificación de las obligaciones contractuales es la averiguación de la voluntad de las partes. El contenido de la obligación cede a la voluntad de las partes que pueden, por consiguiente, crear una obligación determinada -*déterminée*- y modificar ésta en una general de prudencia y diligencia o a la inversa, modificar esta última en una determinada. Cfr. op. cit. en nota 411, pp. 42-43; para VINEY el criterio de la voluntad de las partes no es eficaz si ésta no está claramente expresada, o por lo menos, sea susceptible de deducirse. De hecho, continúa la autora, ocurre que las partes suelen tomar precauciones a la hora de precisar el alcance de las obligaciones del deudor. A veces, se estipulan expresamente garantías en el cumplimiento, especialmente, en los contratos que llevan aparejada la entrega de un aparato o de un conjunto industrial o de una transferencia de procedimientos tecnológicos, en estos supuestos, para la autora existe una obligación de resultado. En otras hipótesis, por el contrario, el deudor no se compromete expresamente más que a procurar una cierta diligencia, como en el ejemplo de un profesional que promete que «respetará las reglas de su arte», sin garantizar un resultado preciso. No obstante, para esta jurista, en la mayoría de los casos, las cláusulas contractuales no aportan toda la luz deseable sobre el alcance de la obligación estipulada. «Por otra parte, el contenido obligatorio de la mayor parte de los contratos no está enteramente determinado por la voluntad de las partes. Nosotros hemos visto, en efecto, que la ley y la jurisprudencia vienen a incorporar, sobre la mayor parte de los contratos, numerosas obligaciones en las que las partes no han generalmente pensado. Aquí es dudoso que, para estas obligaciones de origen legal o jurisprudencial, las partes tengan siempre la posibilidad de modelar a su voluntad el compromiso del deudor». Para la autora, en este punto es necesario introducir ciertos matices, así, señala que es perfectamente posible la transformación de una obligación de medios en otra de resultado, pues de

Sin embargo, la alusión a la voluntad de las partes se revela en muchos casos insuficiente respecto a la especificación con precisión del contenido de la obligación, puesto que éste, en la mayor parte de los contratos, no se encuentra enteramente determinado por la intención de los contratantes[442]. Habrá que tener en cuenta, en estos casos, los límites al principio de la autonomía de la voluntad que se contienen en el respeto a la Ley, a la moral y al orden público -artículo 1.255 del Código civil[443]-, o a aquéllos que sean capaces de impedir la transformación de una obligación en uno u otro tipo[444].

En cuanto a la observación sobre la naturaleza de la obligación, se admite que ciertas prestaciones sean por naturaleza de resultado, pues su mismo objeto implica la realización de un *opus*[445]. No obstante, la mayor parte de las obligaciones de hacer presentan problemas en orden a su determinación en función de su naturaleza, pues, en la mayoría de ellas, de sus propias cualidades no se infiere que se trate de obligaciones de medios o de resultado, además de que, en muchos casos no existe una regulación legal expresa que permita

---

esta manera se garantiza al acreedor una protección suplementaria que generalmente no choca contra principios de orden público. De este modo, se acepta que un médico, cuya obligación sea ordinariamente de pura diligencia, pueda perfectamente garantizar un resultado. Pero, en cambio, la transformación inversa de una obligación de resultado en una de medios debe estar sujeta a mayores precauciones, pues priva parcialmente al acreedor de la protección que la Ley y la jurisprudencia han querido asegurarle al crear la obligación. En este caso, la autora piensa que, para las obligaciones legales, no es lícita esta conversión en la medida que pueda contravenir una disposición de orden público. Y, en cuanto a las obligaciones creadas por la jurisprudencia, como la obligación de seguridad o de información y consejo, VINEY señala que las consideraciones que imposibilitan separarlas (de la obligación principal) por convenio prohíben también debilitarlas por un simple acuerdo de voluntad. Vid. op. cit. en nota 409, pp. 647-648; vid. igualmente JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 10; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 699; CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 38-39; LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 62.

[442]Cfr. LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 62; vid. también, CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 39; VINEY, op. cit. en nota 409, pp. 647-648.

[443]Artículo 1.255. «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».

[444]LOBATO GÓMEZ señala que se acepta que la obligación del médico, que es por regla general considerada como obligación de medios, se convierta en una obligación de resultado, posibilidad admitida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 1990, «pero en todos aquellos supuestos que pueda derivarse una infracción de los códigos deontológicos y de las normas reguladoras de la profesión sería inadmisible tal cambio por contravenir el orden público». Cfr. op. cit. en nota 401, p. 699.

[445]Cfr. VINEY que señala que tal es el caso de la obligación de pagar una suma de dinero o de entregar una cosa de género, o, en particular, de la obligación de liberación que pesa sobre el vendedor o sobre el arrendador, y las obligaciones de no hacer que entran igualmente en la categoría de obligaciones de resultado. Op. cit. en nota 409, p. 648; vid. también WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 433; LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 63.

colocarlas en una u otra categoría, así como tampoco consta de forma expresa la voluntad de los contratantes[446].

De este modo, cuando estos criterios no sean suficientes para la precisa delimitación de una concreta obligación, será necesario aproximarse a otras reglas que coadyuven en esta función. Así, se ha sugerido la utilización de tres presupuestos de carácter objetivo: el alea, el papel activo o pasivo del acreedor y la mayor o menor determinación de la prestación[447].

Mediante la hipótesis del criterio del alea se vincula la calificación de la obligación a la aleatoriedad del resultado deducido en la ejecución de la prestación[448]. Supone, por tanto, la presencia o la ausencia del azar en la obtención del resultado esperado por el acreedor y, por ello, recae una cierta incertidumbre en orden a la satisfacción del interés primario del mismo[449], pues el elemento aleatorio depende esencialmente de condiciones externas a las partes y, en su caso, el deudor deberá esforzarse por vencerlas[450].

Si la obligación tiende a la realización de un resultado aleatorio o incierto, es decir, cuya realización o consecución no dependa del deudor, sino de factores ajenos a su control[451], ésta se consideraría de medios, pues en este supuesto no es equitativo exigir al

---

[446]Cfr. VINEY, op. cit. en nota 409, p. 650; vid. igualmente LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 63.

[447]Vid. FROSSARD, op. cit. en nota 416, pp. 127-170; DERRIDA, op. cit. en nota 401, p. 4, nº. 50; LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 64-66; VINEY, op. cit. en nota 409, pp. 644-646; CABANILLAS, op. cit. en nota 401, pp. 41-44; MARTÍN PÉREZ, *Comentario al artículo 1.088 del Código Civil. Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo*, Madrid, 1989, pp. 88-93; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 10.

[448]Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 10; VINEY, op. cit. en nota 409, p. 644; FROSSARD, op. cit. en nota 416, p. 128; LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 64; DERRIDA, op. cit. en nota 401, p. 4, nº. 50; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, pp. 475-476.

[449]Cfr. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 41; por otro lado, FROSSARD señala que no debe confundirse el alea en este supuesto con aquello que caracteriza a los llamados contratos aleatorios. En este último caso, señala el autor, el azar concierne a la existencia misma de la obligación, en el primero, el alea, no se dirige más que sobre el contenido de una obligación cuya realidad no se pone en duda. El contrato aleatorio, continúa, es una suerte de juego que, aquí, implica que el riesgo existe para las dos partes, que la prestación no puede ser evaluada de antemano y que éste es siempre oneroso. Pero un contrato aleatorio puede comportar obligaciones de resultado y obligaciones de medios; en sentido inverso, menciona este autor todo contrato en el cual el contenido de ciertas prestaciones es aleatorio no es por sí mismo un contrato aleatorio, pues puede ser gratuito y en estos casos, normalmente, el alea no lo soporta más que una sola de las partes. Vid. op. cit. en nota 416, pp. 128-129.

[450]Cfr. FROSSARD, op. cit. en nota 416, p. 130.

[451]Vid. VINEY, op. cit. en nota 409, p. 644; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 10.

deudor un resultado que en sí mismo es incierto[452].

De otro modo, la obligación se considera de resultado, cuando el fin al que la prestación tiende debe obtenerse mediante la ejecución por el deudor de las técnicas de las que dispone o debería disponer[453].

El criterio del alea se aplica perfectamente a la obligación del médico, para la cual ha sido señalado que parece haber sido construida[454]. El médico no se obliga a la curación de su paciente, pues ésta depende en gran medida de factores que escapan de su intervención, tales como los propios hábitos del paciente o su disposición anímica, entre otros[455].

Y esto mismo, en cuanto a la prestación del abogado, que se compromete a prestar su asistencia, cumpliendo su obligación de acuerdo a las reglas de la pericia propia de su arte, pero no garantiza el resultado de ganar la causa, pues éste depende de circunstancias imprevisibles que exceden sus propias posibilidades[456].

Así, se ha indicado que el alea se manifiesta cuando el acreedor no puede contar, a efectos de cumplimiento, con la certidumbre de un resultado concreto en función de razones o eventualidades imprevistas que superan toda posibilidad humana[457].

---

[452]Cfr. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 42; vid. asimismo, VINEY, op. cit. en nota 409, p. 644; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 447, pp. 89-90; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, p. 476.

[453]LÉGIER indica que la obligación, en aplicación del criterio del alea, se considera de resultado cuando éste puede ser alcanzado, sin incertidumbres particulares, mediante la ejecución de los medios de los que dispone el deudor. Vid. op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 64.

[454]Cfr. FROSSARD, op. cit. en nota 416, p. 128.

[455]LOBATO GÓMEZ apunta que en este supuesto el alea consiste en las particularidades de las reacciones de cada paciente en un mismo tratamiento, conjuntamente con la evolución peculiar de la enfermedad. Cfr. op. cit. en nota 401, p. 702 en nota 145; vid. también JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 10; CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 42; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 447, p. 90.

[456]JORDANO FRAGA señala que en este caso, el alea está constituido por la formación y el talante de los jueces. Vid. op. cit. en nota 401, p. 10; vid. igualmente, LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 64; VINEY, op. cit. en nota 409, p. 644.

[457]Para ESMEIN, P., una empresa determinada es aleatoria cuando puede fracasar sin que se deba a un error de la conducta humana. En este caso, no es posible atribuirle al deudor la carga de justificar el fracaso de su actividad. Vid. *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1970, p. 659; asimismo PLANCQUEEL indica que un resultado es incierto cuando depende en parte de fuerzas que escapan a la voluntad humana, el acreedor, entonces, no podrá pretender jamás la completa reparación del perjuicio imputado al defecto de este resultado. Vid. op. cit. en nota 409, p. 340.

En otros supuestos, igualmente, se señala que el elemento aleatorio esencialmente proviene de una dificultad de prevenir un hecho o un evento dañoso para el acreedor[458].

Por otro lado, cabe asimismo la posibilidad de que las partes puedan transformar una obligación que normalmente fuera de medios, debido a la presencia de una alea evidente, en una obligación de resultado, o a la inversa[459].

No obstante lo anterior, el criterio del alea no se encuentra en la doctrina admitido de un modo absoluto y, en este sentido, se han señalado una serie de críticas al mismo, pues es una noción demasiado incierta para que pueda ser útil[460]. De este modo, se le ha censurado la dificultad que existe de distinguir aquellas obligaciones realmente aleatorias de aquellas otras que presentan un riesgo normal[461]. Sin embargo, las críticas que se le han dirigido, parece que no están dirigidas tanto a negar que este criterio pueda tener influencia en orden a la presente clasificación, sino a que éste sea el único fundamento que pueda decidir sobre la misma[462].

Se indica que la actuación del acreedor, su labor activa o pasiva en el cumplimiento de la obligación, puede combinarse con el criterio anterior, a los efectos de determinar cuando una obligación sea de medios o de resultado[463]. Se hace con ello referencia a la actitud más o menos dinámica del acreedor en la ejecución de la prestación[464].

Para algunos autores, la actuación de la víctima o la aceptación de riesgos o aún, la

---

[458]FROSSARD propone como ejemplo el siguiente: la posibilidad de suicidio de un enfermo mental, cuando en las clínicas de salud mental únicamente se asume un deber de prudencia y diligencia en relación a las reacciones imprevistas de los enfermos. El alea proviene de la dificultad de prevenir un hecho dañoso para el propio paciente. Vid. op. cit. en nota 416, p. 133-135.

[459]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 43; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 447, p. 90.

[460]Vid. FROSSARD, op. cit. en nota 416, p. 134; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 447, p. 90; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 702.

[461]VINEY señala, en este sentido, que el riesgo existe, en efecto, en todo contrato y esto no debe obstaculizar la calificación de la obligación como de resultado. Vid. op. cit. en nota 409, p. 645; vid. igualmente CABANILLAS op. cit. en nota 401, pp. 42-43.

[462]Vid. LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 64; VINEY, op. cit. en nota 409, p. 645; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 703.

[463]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 43; LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 64 y 65; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 703.

[464]Vid. VINEY, op. cit. en nota 409, p. 645.

libertad de acción permitida al acreedor son indicios de la consideración de una obligación como de medios[465]. Mientras que, por el contrario, la constatación de la pasividad de la víctima, de su impotencia para franquear las condiciones atribuidas por el deudor se consideran señales de la pertenencia de la obligación a la categoría de las de resultado[466].

Sin embargo, parece que, en general, este último criterio se presenta como insuficiente para resolver todas las dificultades de orden práctico que pudieran plantearse, y por ello la doctrina lo admite con ciertas reservas[467].

Finalmente, para compensar las carencias de los criterios anteriores, se ha empleado el recurso al criterio de la mayor o menor precisión de la prestación en la obligación. Según este parecer, cuando, ante una prestación determinada, ésta se configure mediante unos contornos jurídicos y materiales precisos, nos encontramos en presencia de obligaciones de resultado. De otro lado, cuando el deudor mantiene una libertad más o menos amplia de acción en el cumplimiento de la obligación, pero no garantiza la obtención del objetivo a

---

[465]Cfr. VINEY, op. cit. en nota 409, p. 645; vid., en la misma línea, LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 703; LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 65; por su parte, PLANCQUEEL señala que la libertad de acción que confiere el contrato al acreedor, si por su actitud y su iniciativa éste ha podido ser la causa del incumplimiento de su deudor, la obligación puede ser clasificada como de medios. Vid. op. cit. en nota 409, p. 339; para FROSSARD la doctrina de la aceptación de riesgos supone que únicamente se aplicaría a aquellas personas que han sufrido un perjuicio cuando se han colocado voluntariamente en una situación de peligro. Sus caracteres son los siguientes: 1. Protección de la persona. Este criterio limita la aplicación de la teoría a aquellos daños producidos a la persona física; 2. Carácter objetivo; 3. Existencia de un verdadero riesgo; 4. La aceptación de los riesgos no debe ser por sí misma culpable *-fautive-*. «Nosotros pensamos que cuando el autor de un accidente ha cometido una falta *-faute-*, la víctima, que se ha colocado voluntariamente en una situación que sabe que es peligrosa, es en general igualmente culpable», este jurista señala, como ejemplos, el de aquél que monta en un vehículo en mal estado o cuyo conductor esté ebrio o el boxeador inexperto que acepta un combate. Asimismo indica que la jurisprudencia se refiere a la teoría de los riesgos en dos hipótesis: en el transporte no remunerado *-bénévole-* y en el ejercicio de ciertos deportes o juegos. Vid. op. cit. en nota 416, pp. 137-157.

[466]CABANILLAS destaca el carácter relativo del papel pasivo del acreedor en el cumplimiento de la obligación. Insiste, en este sentido que, en el ámbito de la responsabilidad médica, admitir que la obligación es de resultado debido al comportamiento pasivo del acreedor-paciente sería excesivo. Vid. op. cit. en nota 401, p. 43; LOBATO GÓMEZ, en este sentido, se manifiesta en los siguientes términos: «Se entiende así que la utilización por los esquiadores de los remontes y otros medios mecánicos, que presuponen una «participación» de su parte, no obligan a quien los explota más que a una obligación de medios; a la inversa, cuando la víctima abandona su libre arbitrio y su autonomía al otro contratante, como el viajero de un tren, la idea del papel pasivo del acreedor lleva a confirmar la obligación como de resultado». Vid. op. cit. en nota 401, p. 703 en nota 151; vid. también, VINEY, op. cit. en nota 409, p. 645; LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 65.

[467]VINEY considera que este criterio es deficiente por sí solo a pesar de que, «al igual que el del alea, toma en consideración que el papel jugado por el acreedor se muestra adaptado, en ciertos casos, a la cualificación de la obligación». Vid. op. cit. en nota 409, p. 645; vid. asimismo, CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 43; LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 9, nº. 65.

alcanzar, queda, en este caso, sujeto a las reglas relativas a las obligaciones de medios[468].

Se ha señalado, no obstante, que parece que las mayores dificultades de esta Teoría se presentan a propósito de aquellas obligaciones que no están expresamente estipuladas en virtud del contrato, tales como las obligaciones de seguridad, de consejo y de cuidados, y en el cual éstas no tienen plenamente definidos sus contornos[469]. Por ello, resulta que la misma no se considera como un criterio decisivo para la inclusión de una concreta prestación en la presente clasificación[470].

De este modo, la utilización conjunta de los anteriores criterios permite solucionar los inconvenientes que presenta la clasificación de numerosas obligaciones de hacer. No obstante, estas pautas se muestran insuficientes para una gran parte de ellas, lo que ha llevado a la jurisprudencia francesa a recurrir a consideraciones basadas en la equidad para solventar aquellas complicaciones que pudieran presentarse. Se pretende en estas hipótesis situar al acreedor perjudicado en la posición más ventajosa para hacer efectiva la

---

[468]Este criterio ha sido propuesto por FROSSARD que señala que existen tres razones que lo justifican: 1. La primera razón es de orden jurídico. Esta postura se corresponde perfectamente, en el ámbito contractual, con la regla «*pacta sunt servanda*». El deudor está obligado a cumplir aquello que ha prometido. Al igual que la ejecución forzosa se encuentra influida por el contenido de la promesa, la responsabilidad está directamente relacionada, en su fundamento y en sus modalidades, a la fuerza del vínculo de derecho. Si el deudor promete un hecho preciso, todo incumplimiento ocasiona su responsabilidad, pues el acreedor no ha obtenido aquello que tenía derecho a alcanzar. En el supuesto de que la prestación sea indeterminada, únicamente el deudor debe simples medidas de prudencia; 2. Asimismo, el criterio propuesto tiene en cuenta las necesidades de la economía moderna. El derecho -*droit*- del acreedor es un bien que forma parte de su patrimonio al igual que los diferentes objetos y valores que posee, si este derecho se corresponde con una prestación determinada, es económicamente inconcebible que su existencia, su devenir, su valor, esté sometido a una cierta voluntad del deudor. El objeto de una promesa, antes de toda ejecución, es un bien que ha podido ya ser cedido por el acreedor o que, por lo menos, debe poder serlo, tales son las exigencias de un comercio racional. El contrato civil debe obedecer a las mismas reglas, si la prestación es indeterminada, tal como la obligación del médico que no promete jamás la curación, el acreedor no puede exigir de la otra parte más que una conducta prudente y diligente; 3. Al menos en el contrato, el carácter determinado o indeterminado de la prestación corresponde a la psicología de las partes. La prestación indeterminada es, en definitiva, escasa, infrecuente, pues es forzoso suponer que, o bien las partes han excluido voluntariamente todo hecho preciso de la obligación, o bien que la naturaleza del contrato es tal que el deudor no puede prometer otra cosa que la conducta de un buen padre de familia. De otro modo, el autor precisa que la terminología utilizada por él tiene un distinto significado que la empleada por los MAZEAUD, puesto que estos autores al hablar de obligaciones determinadas cualifican un deber jurídico, mientras que para este autor la determinación o indeterminación tiene en consideración, en este caso, a la prestación. Cfr. op. cit. en nota 416, pp. 167-168; vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, pp. 43-44; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 447, pp. 91-92; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 703-704.

[469]Cfr. VINEY, op. cit. en nota 409, p. 646; vid. también CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 44.

[470]Vid. LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 704. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 44.

responsabilidad del deudor[471].

Como factores determinantes de la presencia de una obligación de medios se han señalado los siguientes: el carácter gratuito del contrato, que se perfila como uno de los factores más decisivos[472]; las dificultades particulares y el carácter aleatorio de la actividad que el deudor se ha comprometido a desplegar en beneficio del acreedor[473]; el ya señalado papel activo del acreedor en la ejecución de la prestación y, por último, también se ha hecho mención a la situación social del deudor y su dependencia respecto del acreedor[474].

Se consideran elementos que favorecen la clasificación de obligaciones de resultado: el papel pasivo del acreedor y la constatación de una situación de inferioridad respecto del deudor e, igualmente, la fiabilidad de las técnicas y de los instrumentos utilizados por el deudor para ejecutar su obligación[475].

En nuestro Derecho, estos criterios se articulan mediante la combinación de los artículos 3.2, 1.103 y 1.104 del Código Civil[476] y, por ello, deben ser tenidos en cuenta a los

---

[471]Cfr. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, pp. 45-46.

[472]MARTON, G., señala que en los contratos gratuitos, el deudor no debe hacer nada más que aquello que se encuentre en su poder, «el cumplimiento de esta obligación deberá estar limitado a la esfera de su voluntad: y no se extenderá más que a los actos personales del deudor. En estos supuestos sería bastante injusto gravar al deudor con aquellos actos o acontecimientos que fueran extraños a su voluntad». Señala asimismo que cuando el obligado asume este tipo de eventos ajenos a su voluntad, «lo hace solamente en tanto que contrae, para su propio beneficio un contrato que comporta, según la concepción de la vida económica, la realización completa de un resultado objetivo que se compone naturalmente de elementos tanto internos como externos. Es precisamente este último elemento el que falta en la obligación del donante *-donateur-*». Cfr. op. cit. en nota 409, pp. 514-515.

[473]Cfr. MAZEAUD, H., op. cit. en nota 411, pp. 44-45; vid. además, VINEY que, con amplias referencias jurisprudenciales, indica que esta idea está especialmente presente en las decisiones relativas a la responsabilidad de los médicos, clínicas y abogados. Op. cit. en nota 409, pp. 650-651.

[474]VINEY ha señalado que es difícil manifestar una gran severidad con respecto a un deudor que no tenga el dominio total de la operación y cuyos esfuerzos se han visto contrariados por las intempestivas iniciativas de la víctima. Asimismo, ha propuesto, como ejemplo de la situación del deudor y de su dependencia con el acreedor, la hipótesis del asalariado que se considera respecto a su empleador obligado a una simple prestación de medios, puesto que no es responsable de su trabajo más que si su modo de proceder revela, en comparación a un obrero normalmente diligente, no un simple error involuntario, sino una falta grave que pueda incluso ser asimilada al dolo. Vid. op. cit. en nota 409, p. 651.

[475]Cfr. VINEY, op. cit. en nota 409, p. 651.

[476]Artículo 3.2 del Código civil. «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

Artículo 1.103 del Código civil. «La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos».

efectos de considerar adecuadamente una determinada obligación como de medios o de resultado[477].

De todo lo anterior, puede afirmarse que no existe un criterio objetivo y único que sea suficiente para precisar, de modo absoluto, cuando ante un supuesto concreto, se trata de una obligación de medios o de resultado. Esto no significa que las investigaciones realizadas en esta dirección hayan sido vanas, sino que habrá que tenerlos en cuenta al completo, pues todas estas pautas son, en efecto, valiosas para interpretar y determinar la presencia de obligaciones de una o de otra clase[478].

4.4. LA CONCRECIÓN DEL CUMPLIMIENTO-INCUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

Se ha señalado que la importancia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado se ciñe en el ámbito del cumplimiento/incumplimiento de la obligación[479].

Se considera que el cumplimiento de la obligación supone la realización, por parte

---

Artículo 1.104 del Código civil. «La culpa o negligencia del deudor 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».

[477]LOBATO GÓMEZ señala a este respecto lo siguiente: «Debe señalarse, no obstante, que el encaje sistemático de estas consideraciones traspasan en nuestro Derecho el puro ámbito que con carácter general reconoce el artículo 3.2 del Código Civil a la equidad como criterio de ponderación en la aplicación de las normas jurídicas, pues, además de la facultad moderadora de la diligencia que tienen encomendada los Tribunales en el cumplimiento de toda clase de obligaciones *ex* artículo 1.103 del Código Civil, es notorio que el artículo 1.104 del Código Civil permite al juzgador deducir la conducta que debe observar el deudor para no incurrir en negligencia en el cumplimiento de la obligación, no sólo de la naturaleza de la misma, sino de sus posibilidades, de las aptitudes del acreedor y de las coordenadas del tiempo y lugar, con lo que los antedichos criterios encuentran un preciso encaje normativo que debe ser tenido muy en cuenta, pues permiten valorar con una cierta consistencia los distintos elementos de una obligación para calificarla de obligación de medios o de obligación de resultado». Vid. op. cit. en nota 401, p. 705.

[478]VINEY señala que en definitiva, se puede concluir que las tentativas hechas por la doctrina para proponer un criterio de distinción no han logrado separar una postura única que permitiera, en todos los casos, clasificar una obligación dentro de una de las dos categorías. Vid. op. cit. en nota 409, p. 646.

[479]Vid. DI MAJO, op. cit. en nota 403, p. 457; CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 123; SANCHO REBULLIDA, op. cit. en nota 405, p. 61; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 247; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 20.

del deudor, de aquel programa de conducta que constituye el objeto de la misma y que deberá corresponderse, en cada caso, con los términos en que el citado programa prestacional fue inicialmente concebido-definido.

Según lo anterior, en las obligaciones de medios, se entiende que el deudor cumple al desarrollar la actividad diligente debida que constituye su objeto[480].

De otro modo, en las obligaciones de resultado, el obligado únicamente cumple cuando obtiene el concreto resultado que integra el contenido de la obligación[481].

En ambos tipos de obligaciones el deudor habrá de ejecutar aquello que es debido en virtud de la obligación que ha contraído, es decir, la realización de la concreta prestación tal y como fue configurada en la específica relación obligatoria[482]. De esta manera, la importancia de esta distinción, en el plano del cumplimiento, se proyecta asimismo en el ámbito del incumplimiento de las mismas: de la ausencia, de la falta o del retraso en el cumplimiento de la obligación[483]. Será, por ello, el contenido de la obligación la medida precisa para determinar, por un lado, todos aquellos supuestos en los que se alcanza el

---

[480]Esta actividad diligente, constituye, en sí misma, un fin o un resultado útil para el acreedor, pero igualmente ésta se encuentra encaminada hacia la consecución de un fin ulterior, a cuya realización el deudor no está obligado. De este modo, el deudor cumple aunque no se obtenga, en virtud de su actividad, este fin ulterior. Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 123; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 247.

[481]No basta que el deudor desarrolle una conducta diligente, si el resultado debido no se consigue. La consecución del resultado -*opus*- debido se integra en la prestación del deudor, forma parte de la misma y del propio derecho del acreedor, y sin éste no hay cumplimiento de la obligación. DI MAJO apunta que en las obligaciones de resultado el cumplimiento coincide con la plena realización del objeto perseguido por el acreedor, independientemente de la actividad y de la diligencia desplegada por la otra parte para conseguirlo. Este autor se apoya en la Sentencia de la *Cassazione* de 10 de *dicembre* de 1979 (*in Mass. Foro It., 1979: n. 6416*) y señala que la obligación de resultado puede considerarse cumplida solo cuando se haya realizado el evento previsto como consecuencia de la actividad desarrollada por el deudor y, por el contrario, no puede considerarse cumplida la obligación si la actividad del deudor, aunque diligente, no es válida para alcanzar el resultado previsto. Cfr. op. cit. en nota 403, p. 485; vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 123 y ss.; TRABUCCHI, op. cit. en nota 183, p. 480.

[482]En las obligaciones de medios el contenido de la prestación se configura en virtud de la actividad diligente del deudor dirigida a la satisfacción del interés primario de acreedor. En las obligaciones de resultado es la presencia de este resultado lo que determina el cumplimiento de la misma.

[483]LOBATO GÓMEZ señala que el hecho generador de responsabilidad contractual es el incumplimiento de la obligación derivado de la inejecución de la prestación o su cumplimiento tardío, incompleto o defectuoso. «Será a la hora de determinar qué se entiende por incumplimiento de la obligación cuando aparezcan claramente marcadas las diferencias entre las obligaciones de medios y las de resultado». Vid. op. cit. en nota 401, pp. 715-716; vid. también DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 247; YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. en nota 231, pp. 267-269.

cumplimiento de la obligación y, por otro, opuestamente, cuando éste no se produce, aquellas otras hipótesis en las que la obligación se incumple[484].

En las obligaciones de resultado el incumplimiento de las mismas surge ante la no obtención del resultado debido por el deudor[485]. Es, como ya ha sido visto, su propio contenido el que determina cuando nos encontramos ante una infracción-contravención de la obligación[486].

En las obligaciones de medios, la falta de obtención del resultado -*opus*- por el deudor, no implica por sí mismo incumplimiento de la obligación. El incumplimiento surge en todos aquellos supuestos en los que la actuación del deudor no supuso el desarrollo de un comportamiento diligente en la ejecución de la prestación[487]. De este modo, al no alcanzar el deudor un comportamiento diligente en el cumplimiento de la prestación, el

---

[484]JORDANO FRAGA, en este sentido, señala lo siguiente: «La misma prestación (definida con un determinado contenido) que es parámetro del (exacto) cumplimiento, es, precisamente por ello, parámetro del no (exacto) cumplimiento: todo lo que no sea (exacto) cumplimiento -realización (exacta) de la prestación debida, tal y como se define por la relación obligatoria de que se trate-, es no (exacto) cumplimiento -no realización (exacta) de dicha prestación debida-, y como tal, punto de partida de un juicio de responsabilidad contractual (art. 1.101 Cc.), que concernirá al deudor no (exactamente) cumplidor». Cfr. op. cit. en nota 401, p. 24.

[485]DI MAJO señala que la producción del resultado puede estar relacionada con un preciso comportamiento del deudor, «donde este comportamiento podrá asumir forma y contenido a partir precisamente de este resultado (se piensa en la prestación consistente en procurar la adquisición de un bien al acreedor o la ejecución de una obra). Siendo mucho menor la posibilidad de que el resultado no haya de realizarse por factores independientes de la voluntad del deudor, no existen obstáculos para deducir que el deudor esté obligado a la producción de éste». Vid. op. cit. en nota 403, p. 459; vid. también CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 124; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 716; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 165, pp. 475-476; YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. en nota 231, p. 267; SANCHO REBULLIDA, op. cit. en nota 405, p. 61.

[486]El deudor puede infringir la obligación: no realizando la prestación en absoluto (falta total de cumplimiento); no realizándola en parte (falta parcial de cumplimiento); no realizándola puntualmente en el tiempo señalado en la obligación (retraso en el cumplimiento) o realizándola de forma inexacta.

[487]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 124; por otro lado, DI MAJO indica que en la categoría de obligaciones de medios se incluyen, en gran medida, las obligaciones de profesionales intelectuales como el médico o el abogado y el profesor, que responden si no han usado los medios más seguros de diagnóstico o de cura o de una defensa completa y sagaz de los intereses del cliente o de los instrumentos más eficaces de didáctica. Pero ciertamente, no pueden considerarse incumplidores por el solo hecho de la no obtención de la curación de su paciente, o de la malograda intervención quirúrgica, o de la condena de su cliente o de la frustrada promoción del alumno. Vid. op. cit. en nota 403, p. 459; por otro lado, LOBATO GÓMEZ apunta que en las obligaciones de medios el incumplimiento se determina cuando la conducta o el comportamiento del deudor, considerados de forma objetiva, no han observado la diligencia, «no haya puesto los medios», que la obligación estipulada requería o, en su caso, según aquel modelo abstracto del buen padre de familia. Vid. op. cit. en nota 401, pp. 716 y ss.

grado de diligencia exigible[488], su conducta deberá ser calificada como negligente[489].

De este modo, en las obligaciones de hacer de medios, observamos una función muy importante de la culpa-diligencia en el terreno de la responsabilidad contractual: la diligencia es por un lado, criterio del exacto cumplimiento[490] y, por otro, consecuencia de esto mismo

---

[488]El objeto de la obligación de medios es la conducta diligente del deudor, el empleo de aquella medida de esfuerzo y de empeño que, en el orden natural de las cosas, debería llevar al resultado esperado, nada más. JORDANO FRAGA indica lo siguiente: «La diligencia, norma de conducta diligente, como criterio de cumplimiento de las obligaciones de medios y, precisamente por serlo, se nos aparece, así, como un límite de la discrecionalidad de su deudor a la hora de cumplir: no bastará cualquier gestión, cautela o medida a la hora de cumplir: ha de realizarse todo aquello que la diligencia debida imponga».Vid. op. cit. en nota 401, p. 25 en nota 34; LOBATO GÓMEZ, por su parte, señala que el concepto de diligencia debe obtenerse a partir del artículo 1.104 del Cc. En este sentido, para lograr una perfecta interpretación del mismo, habrá que coordinar la aparente contradicción que encierran sus dos párrafos. Para este autor, la interpretación más coherente consiste en dar primacía a la aplicación del primer párrafo, y entender el segundo párrafo, no en el sentido tradicional de utilizarlo cuando las partes no hayan convenido una diligencia especial, sino en el de entender que interviniendo los factores del primer párrafo, no sea posible determinar la concreta diligencia con la que habrá de obrar el deudor. De esta manera, para el autor, cobraría un nuevo sentido la norma contenida en el artículo 1.103 que quedaría incorporada al párrafo primero del artículo 1.104, resaltando la función que el prudente arbitrio judicial ha de jugar en el modelo español de determinación de la culpa (o de la falta de diligencia), como criterio de determinación del incumplimiento en las obligaciones de medios . Cfr. op. cit. en nota 401, pp. 719-720; vid. igualmente las importantes consideraciones de BADOSA en torno a la unificación de ambos párrafos del artículo 1.104, que señala que el modelo de diligencia de este artículo es fundamentalmente el propuesto en su segundo párrafo, con la adecuación o precisión técnica o instrumental fundada en los datos del párrafo primero del mismo, y con la intensidad o grado precisado también según el criterio del art. 1.104,2. Cfr. op. cit. en nota 35, pp. 292-296; vid. por otro lado también CABANILLAS, op. cit. en nota 401, pp. 124-140; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 247.

[489]Para MENGONI la diligencia en sentido técnico es un criterio de imputabilidad, una medida de la culpa del deudor y de aquí que se resuelva en una valoración ética del mismo.«Como tal, ésta no implica el alcance del objeto de la obligación y correspondientemente una medida objetiva de la capacidad física e intelectual necesarias para el exacto cumplimiento, sino solamente una cierta combinación de esfuerzos, una tensión más o menos comprometida de la voluntad en dirección al cumplimiento. Cierto que la valoración, en cuanto procede según un modelo ideal del buen padre de familia, es abstracta, y, en este sentido, objetiva. Pero esto no quiere decir que no se deban tener en cuenta las capacidades y disponibilidades personales del obligado, sino que el grado de empeño de tal capacidad y disponibilidad, bajo el cual el deudor sería juzgado negligente, viene fijado sin relación a sus actitudes morales ni a sus habilidades, sino, antes bien, conforme a la opinión corriente en su ambiente social y económico, referido a los elementos que caracterizan el supuesto concreto». Vid. op. cit. en nota 187, p. 199; JORDANO señala que en las obligaciones de hacer de medios, el hecho de que la culpa/negligencia se constituya en una forma de contravenir o infringir la obligación, es consecuencia de que en éstas y solo en estas obligaciones su cumplimiento se define «en los términos de simple despliegue de una conducta diligente por el deudor». Vid. op. cit. en nota 401, p. 25; por su lado, LOBATO GÓMEZ indica que en estos casos se trata de determinar que el deudor, para verificar el incumplimiento de la obligación, no ha actuado con la diligencia exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar o, en su caso, a la que correspondería a un buen padre de familia, «o lo que es lo mismo, que el deudor ha incurrido en culpa o negligencia». Vid. op. cit. en nota 401, p. 717.

[490]DI MAJO apunta que en las obligaciones de medios, diligencia y cumplimiento son todo uno, no existe un supuesto de cumplimiento cuya individualización, también en sentido objetivo, tenga lugar fuera del respeto del «esfuerzo debitorio debido» en la medida de la regla de la diligencia. Vid. op. cit. en nota 403, p. 460; por otro lado, MENGONI indica que: «Pero cuando la ley prescribe al tutor o al albacea testamentario administrar con la diligencia del buen padre de familia (arts. 382, 424, 703 C.c. it.), al mandatario de ejecutar su encargo con igual diligencia (arts. 1710, 2260, 2392, 2487 C.c. it.), al trabajador de usar la diligencia requerida por la naturaleza de

y en sentido inverso, la culpa-negligencia es una específica forma de infringir la obligación[491].

4.5. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD

Cualquier forma de incumplimiento o contravención de la obligación se constituye en fundamento normativo, en virtud del artículo 1.101 del Código Civil, y en antecedente indispensable de la responsabilidad del deudor y del juicio sobre la misma[492].

A propósito de la interpretación del régimen de responsabilidad aplicable a las obligaciones de medios y de resultado, la doctrina se encuentra dividida en dos sectores bien diferenciados.

Por un lado, se ha llegado a extrapolar la distinción entre obligaciones de medios y de resultado al campo de la responsabilidad contractual. Se ha afirmado, en este caso, que existe un sistema doble de responsabilidad contractual, conjunta subjetiva y objetiva,

---

la prestación (art. 2174 C.c. it.), al aparcero -*soccidario*- de usar la diligencia de un buen criador (art. 2174 C.c. it.), en estos casos no se puede negar que la referencia a la diligencia enuncia un parámetro para establecer si la actividad de la prestación, desarrollada por el deudor, corresponde al exacto cumplimiento de la obligación».Vid. op. cit. en nota 187, p. 205.

[491]RESCIGNO, en este sentido señala: «El discurso sobre la diligencia del buen padre de familia y sobre la diligencia propia de una específica actividad profesional, sugiere, antes bien, la oportunidad de individualizar obligaciones en las cuales la diligencia, además de la medida para valorar la exactitud del cumplimiento, constituye y agota el objeto mismo de la obligación. En aquellas obligaciones el comportamiento negligente es ya de por sí solo incumplimiento. Se piensa en el abogado que abandona la vista del proceso -*udienze*- o en el médico que se limita a informarse de un modo intermitente del proceso de una enfermedad que exige un personal y constante control». Vid. op. cit. en nota 405, p. 191; JORDANO FRAGA indica que si la culpa-negligencia del deudor es una forma de infringir las obligaciones de hacer de medios y solo en éstas, «es un resultado directo de que, precisamente en ellas, y también sólo en ellas, su cumplimiento (el contenido de la prestación que tienen por objeto) se define en términos de simple despliegue de una conducta diligente por el deudor». Vid. op. cit. en nota 401, p. 25.

[492]Vid. DI MAJO, op. cit. en nota 403, pp. 463 y ss.; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, pp. 715 y ss.; JORDANO FRAGA precisa que una vez fijado el hecho de incumplimiento, de la falta de exacto cumplimiento, se inicia el llamado juicio de responsabilidad, que supone la especificación de aquellos supuestos en los cuales el deudor incumplidor responde e, igualmente, de aquellos en los que el deudor incumplidor queda, por el contrario, exonerado de toda responsabilidad. O lo que es lo mismo, la fijación de la imputabilidad al deudor de su incumplimiento: «En este segundo plano del juicio de responsabilidad (o de la imputabilidad del incumplimiento) es donde juegan los criterios legales de responsabilidad contractual, que implican, sustancialmente, la consideración del límite legal de la responsabilidad contractual: es esta consideración, la que señalará las infracciones del deudor que, por estar dentro del ámbito de responsabilidad definido por tal límite, son jurídicamente relevantes, y las que, por contra, por situarse más allá de él, no acarrean responsabilidad». Vid. op. cit. en nota 401, p. 27.

aplicable a las obligaciones de medios y a las de resultado respectivamente[493].

La responsabilidad objetiva implica que el deudor deberá cumplir la prestación en todo momento y que únicamente se exonerará de responsabilidad, en el supuesto de incumplimiento de la obligación, en virtud de la prueba del caso fortuito[494]. De otro modo, la responsabilidad subjetiva supone que el deudor se exonera de la misma probando que ha actuado diligentemente[495].

El sistema bipolar de responsabilidad contractual, entiende que en las obligaciones de resultado, si el acreedor prueba la no obtención del *opus* debido y, con ello, el incumplimiento de la obligación, el deudor será considerado responsable del mismo aunque pruebe que en el cumplimiento de su obligación ha empleado la diligencia exigible y que su actitud es irreprochable, en este caso, sólo la prueba del caso fortuito se considera apta para exonerarle de responsabilidad[496]. En las obligaciones de medios, por el contrario, el acreedor deberá probar que el deudor no ha empleado la diligencia que constituye el objeto de la obligación, en estos supuestos, el actuar negligentemente se confunde con el incumplimiento de la obligación[497].

---

[493]Junto a un sistema de responsabilidad por culpa o subjetiva, en la que el deudor se libera de responsabilidad probando su comportamiento diligente, en el que la prueba liberatoria, por tanto, es la ausencia de culpa, surge paralelamente un régimen de responsabilidad objetiva que se desvincula de la culpa, en este caso, el deudor no se exonera probando su diligencia, sino mediante la prueba de la concurrencia del caso fortuito. Vid. TRIMARCHI, op. cit. en nota 354, pp. 342-350; DI MAJO, op. cit. en nota 403, pp 478 y ss.; FROSSARD, op. cit. en nota 416, p. 3 y ss.

[494]Vid. WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 427 y ss. y 456 y ss.; LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 8, nº. 59; DERRIDA, op.cit. en nota 401, pp. 4-5, nº. 52; VINEY, op. cit. en nota 409, pp. 636-637; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 410, pp. 456 y ss.

[495]Cfr. TRIMARCHI, op. cit. en nota 354, pp. 343-347.

[496]Cfr. WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, pp. 428-429; VINEY, op. cit. en nota 409, p. 637.

[497]Vid. VINEY, op. cit. en nota 409, p. 636; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, p. 429; DERRIDA, op. cit. en nota 401, p. 5, nº. 53; LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 8, nº. 59; PLANCQUEEL, op. cit. en nota 409, pp. 334-335; TUNC, A., *Responsabilité (en général)*, Encyclopèdie Droit Civil Dalloz, París, 1991, p. 5, nº. 82 y 83; MAZEAUD, H., op. cit. en nota 411, pp. 48 y ss.; JORDANO FRAGA critica este sistema dual de responsabilidad contractual y se manifiesta partidario de la consideración de un sistema único de responsabilidad, que se contiene en los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código Civil, y que supone que el único límite de la responsabilidad contractual está constituido, para toda clase de obligaciones, por la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor, o lo que es lo mismo, el caso fortuito. Con respecto al sistema dualista de responsabilidad señala: «En efecto, el equívoco ha funcionado en el sentido de que, si en estos casos el cumplimiento viene dado por la actuación diligente del deudor, el incumplimiento vendrá, a su vez, dado por su actuación negligente, por la culpa, de donde se trae ulterior confirmación en este ámbito de que la responsabilidad

Para esta postura doctrinal la cuestión se centra en la determinación del funcionamiento de la culpa como criterio de imputación del incumplimiento de la obligación.

En las obligaciones de resultado, el deudor se libera de responsabilidad cuando prueba que el incumplimiento ha estado motivado por un impedimento de la realización de la prestación a él no imputable. Extinguida la obligación de este modo, el deudor se exime de responsabilidad incluso si no ha realizado la prestación y no se ha obtenido el resultado debido.

En las obligaciones de medios bastaría al deudor, para exonerarse de responsabilidad, probar la ausencia de culpa, de este modo, si prueba su diligencia prueba el cumplimiento de la obligación[498].

El segundo grupo de autores, considera que existe un único régimen de responsabilidad contractual y, por ello, rechazan la existencia de dos límites a la misma, es decir, aquél constituido, por un lado, por la ausencia de culpa en las obligaciones de medios y, por otro, por la imposibilidad no imputable en las obligaciones de resultado[499].

En nuestro Derecho, se señala que la regla general de la responsabilidad es la establecida por los artículos 1.105, 1.182 y 1.184 del Código Civil[500] en relación con el

---

contractual se funda siempre sobre la culpa». Vid. op. cit. en nota 410, p. 457; vid. también LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 722 y ss.

[498]Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 410, p. 176; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 723; no obstante, en algunos autores concurre la duda de si en las obligaciones de medios cabe o no la aplicación del criterio según el cual, el deudor puede liberarse probando la concurrencia de una imposibilidad sobrevenida no imputable. A este respecto vid. MAZEAUD, H., op. cit. en nota 411, pp. 48 y ss.

[499]Vid. MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 447, p. 93.

[500]Artículo 1.105 del Código civil. «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».

Artículo 1.182 del Código civil. «Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora».

Artículo 1.184 del Código civil. «También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible».

artículo 1.101[501] del Código Civil[502]. Para esta doctrina, existe una única regla de responsabilidad, ésta viene determinada por el incumplimiento-contravención de la obligación, a tenor de su propio contenido, y esta norma tiene un único límite que está establecido por la inimputabilidad del incumplimiento al deudor, es decir, por la prueba del caso fortuito en sentido amplio[503].

Esta regla de exoneración de la responsabilidad se aplicaría del mismo modo a las obligaciones de medios y a las de resultado y tanto en las hipótesis de cumplimiento inexacto o retardado como en los supuestos de ausencia total o parcial de cumplimiento. En todos estos casos el deudor se liberaría de responsabilidad si prueba la inimputabilidad de su incumplimiento.

En las obligaciones de medios, no es suficiente la falta de diligencia para determinar la responsabilidad del obligado, pues si esta inexactitud (falta de diligencia) o la falta total de la prestación han estado motivadas por un impedimento ajeno a su ámbito de control, imprevisible e inevitable, tiene como consecuencia la extinción de la obligación y la exclusión de la responsabilidad del sujeto obligado.

En todas las obligaciones, el inexacto cumplimiento, y todas las formas de infracción/contravención de la obligación se determinan en relación al propio contenido de la prestación. Pero, sin embargo, en las obligaciones de medios el contenido de la misma es una actividad diligente, por ello, solo en éstas la diligencia es el criterio del exacto cumplimiento. De este modo, cuando nos encontramos ante un supuesto de inexacto cumplimiento, la diligencia actúa en sus dos funciones posibles, es decir, como modelo de

---

[501] Artículo 1.101 del Código civil. «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».

[502] Vid. a este respecto, JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 410, pp. 176 y 459; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 721; CABANILLAS op. cit. en nota 401, pp. 124-135. No obstante, deben tenerse en cuenta las importantes consideraciones que al respecto ha efectuado PANTALEÓN en *El sistema de la responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, Anuario de Derecho Civil, 1991, pp. 1044 y ss.

[503] Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 502, p. 1044; para JORDANO FRAGA, la prueba liberatoria de la responsabilidad contractual del deudor, está constituida por la imposibilidad sobrevenida de la prestación por una causa no imputable al deudor. Vid. op. cit. en nota 410, p. 461.

exacto cumplimiento, por un lado y, por otro, como criterio general de imputación[504].

No obstante, para algún autor, este criterio deberá ser matizado pues, aunque se admita que el artículo 1.184 del Código civil da entrada a la aplicación de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en las obligaciones de hacer, en tanto que permite que el deudor quede liberado de responsabilidad cuando la prestación resulte «legal o físicamente imposible», parece que en ellos sólo encajarían aquellas hipótesis de incumplimiento en las que no se puede entrar a valorar el carácter de la conducta del deudor, por haber impedido

---

[504]Para JORDANO la culpa-diligencia tiene dos planos distintos: 1. Exclusivo de las obligaciones de medios: consecuencia del contenido de la obligación, como criterio del exacto cumplimiento; 2. Otro común a todas las obligaciones: criterio de imputación de la concreta causa que imposibilita cumplir. «Son, en suma, dos esfuerzos diligentes del deudor diversos: uno para cumplir, que resulta del contenido de la obligación (su objeto: la prestación debida); otro para impedir la imposibilidad del cumplimiento o del exacto cumplimiento, que, conforme a la buena fe (art. 1.258 Cc.), impone la ley al deudor (arts. 1.105, 1.182 y ss. Cc.), como deber accesorio o integrativo de la relación obligatoria, anexo al deber principal prestacional: *quien no ha cumplido exactamente el deber de prestación* (en las obligaciones de medios, no ha alcanzado en su conducta de cumplimiento la diligencia impuesta por la obligación infringida), puede haber hecho lo diligentemente exigible *para vencer el obstáculo que se lo impide* (en cuyo caso, no responde: la obligación, con el contenido de diligencia en ella previsto, se ha extinguido, ex arts. 1.184-1.182, 1.105 Cc.); o si no hay obstáculo que le impida prestar el nivel de diligencia exigible, o, habiéndolo, tampoco ha hecho lo diligentemente exigible para vencerlo (entonces la imposibilidad de cumplir o hacerlo exactamente le es imputable), hay responsabilidad, porque hay incumplimiento de una obligación: que subsiste y no exactamente cumplida, infringida (arts. 1.101, y 1.184-1.105 Cc., *a contrario*)». En las obligaciones de hacer de resultado, la diferencia está en que el contenido de la obligación no se determina en función de un comportamiento diligente, o con arreglo a un modelo de conducta, sino por la presencia o ausencia de un determinado *opus*. En ambos tipos de obligaciones existe un único límite general de la responsabilidad contractual/prueba liberatoria del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor: la imposibilidad liberatoria/ extintiva, el caso fortuito. Cfr. op. cit. en nota 410, p. 461 y en op. cit. en nota 401, pp. 29 y ss.; en el mismo sentido MENGONI que señala que, en virtud de los artículos 1.218 Cc. it. (El deudor que no ejecuta exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retardo han estado determinados por imposibilidad de la prestación derivada de una causa a él no imputable) y del 1.256 Cc. it. (La obligación se extingue cuando, por una causa no imputable al deudor, la prestación deviene imposible. Si la imposibilidad es solo temporal, el deudor, hasta que ésta perdure, no es responsable del retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad persiste hasta que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, al deudor no se le pueda ya más mantener obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tenga mayor interés en conseguirla) resulta que la exoneración del deudor de responsabilidad se vincula exclusivamente a la imposibilidad no imputable del cumplimiento, o sea, al caso fortuito. Para este autor, cuando el deudor no haya usado las reglas del arte, no haya adoptado ciertas cautelas observadas para cumplir, o no se haya adecuado a las reglas de comportamiento señaladas en el artículo 1.176 Cc. it. (En el cumplimiento de la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse con relación a la naturaleza de la actividad ejercitada), fija únicamente la materialidad del incumplimiento: «no es una prueba de culpa, ni de culpa en sentido técnico, sino que es un elemento relevante solo cuando se ha verificado la imposibilidad del exacto cumplimiento, ni de culpa en sentido amplio e impropio. [...] Para exonerarse de responsabilidad el deudor debe probar haberse hallado, por una causa a él no imputable, en la imposibilidad objetiva de conformar la prestación a las determinaciones conferidas por el modelo de diligencia del buen padre de familia o más específicamente, tratándose de actividades profesionales, del buen profesional». Cfr. op. cit. en nota 187, pp. 281, 313 y 366 y ss. y en *Responsabilitá contrattuale (diritto vigente)*, Enciclopedia del Diritto, T. 39, Milano, 1988, p. 1097.

el caso fortuito el desarrollo de la prestación. En este supuesto, se considera que nos encontramos en presencia de un hecho extintivo de la responsabilidad, en tanto que la obligación no se puede cumplir porque se ha extinguido, que queda fuera del entorno del propio juicio de responsabilidad y, por ello, se entiende que más que de exoneración de responsabilidad, en sentido propio, debería hablarse de extinción de la obligación[505].

Asimismo, en las obligaciones de resultado, se aplicaría el mismo sistema de responsabilidad que, ya se ha visto, para las de medios, es decir, el deudor se liberará de la misma si prueba que la ausencia o falta de obtención del *opus* debido, o su realización parcial, defectuosa o retrasada, no le puede ser objetivamente imputada, lo que supone que la malograda consecución del resultado debido ha estado motivada por un impedimento ajeno a su ámbito de control, que no cabría razonablemente esperar que lo tuviera en cuenta en el momento de celebrar el contrato y que no era razonablemente posible esperar que evitase o superase tal obstáculo o que evitase o superase sus consecuencias[506]

Finalmente, para algún autor, la solución a este debate se encuentra en la indagación, sobre el terreno práctico, de una distinta combinación de los elementos objetivos y

---

[505]Cfr. LOBATO GÓMEZ que, además, indica que «en los casos restantes, cuando el acreedor pruebe que el incumplimiento ha tenido lugar por haber desarrollado el deudor un comportamiento negligente o culposo, no procederá la consideración del caso fortuito al faltarle uno de sus requisitos esenciales, a saber, la ausencia de culpa». Cfr. op. cit. en nota 401, p. 725.

[506]Acerca de la definición de impedimento inimputable vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 502, pp. 1060 y ss.; vid. también JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, pp. 29 y ss.; en contra de estas opiniones, se manifiesta YZQUIERDO TOLSADA que opina que la imposibilidad sobrevenida de la prestación, en sentido técnico, es exclusivamente aplicable a las obligaciones de resultado: «Y es que, si bien en las obligaciones de resultado coincide siempre el hecho de la insatisfacción del interés final del acreedor con el hecho del incumplimiento (que éste resulte o no imputable dependerá de la prueba del caso fortuito), esta coincidencia no tiene por qué darse necesariamente en las obligaciones de medios. Habrá, claro, insatisfacción del interés final cuando el paciente no sane o el cliente del abogado no venza en el juicio, pero esa insatisfacción sólo se corresponderá con el incumplimiento cuando se logra demostrar que la actividad -que era lo único debido- no fue diligente. Y entonces el incumplimiento será siempre imputable. En una palabra, en las obligaciones de actividad o de medios no existe la figura del incumplimiento inimputable. O hay diligencia (y con ella habrá cumplimiento, al margen de su éxito o fracaso) o no la hay (existiendo así, y solo así, incumplimiento, y siempre imputable). [...] La imposibilidad sobrevenida resulta, en un sentido técnico, exclusivamente aplicable a las obligaciones de resultado. Es en ellas donde la irresponsabilidad por incumplimiento coincide con la imposibilidad objetiva y absoluta: hay incumplimiento, pero incumplimiento no imputable al deudor, por resultar imposible la prestación (el resultado final) debido a la *sopravvenienza* del caso fortuito. Pero si se desea referir el concepto de imposibilidad sobrevenida a las obligaciones de actividad, nunca se podrá hacer para aludir a una imposibilidad de cumplimiento -pues se cumple con el actuar diligente-, sino a la imposibilidad de satisfacción del interés final del acreedor: por más esfuerzos y desvelos que haya desplegado el deudor para alcanzar la finalidad pretendida, ello no ha sido posible. No ha existido imposibilidad en la prestación -ésta no solo ha resultado posible, sino, de hecho cumplida-, sino imposibilidad en una satisfacción final que nunca había sido exigible». Cfr. op. cit. en nota 231, pp. 288-289.

subjetivos del juicio sobre responsabilidad[507].

De lo anterior, podría deducirse que el juicio de responsabilidad tendría un carácter más abierto, en tanto que consentiría la aplicación de numerosas variables. De este modo, en las obligaciones de medios cabría la posibilidad de objetivar al máximo el acatamiento del esfuerzo diligente debido, haciendo rigurosa la prueba del hecho impeditivo no imputable y en estrecha relación con el caso fortuito, y en las obligaciones de resultado, podría tenderse, por el contrario, a preservar la connotación subjetiva de la responsabilidad con

---

[507]DI MAJO indica que para las obligaciones de medios se ha admitido la posibilidad de que el deudor demuestre que, en el caso concreto, le ha sido imposible el respeto del esfuerzo diligente debido. «Podría considerarse la noción alemana de imposibilidad subjetiva, pero referida a un impedimento que tuviera carácter objetivo (p.e.: indisposición del obligado). Con esto se saldarían los aspectos objetivo y subjetivo de la responsabilidad por incumplimiento». Para este autor, esta relación entre elementos objetivos y subjetivos del juicio de responsabilidad es aún más evidente cuando el contenido de la diligencia asume un mayor aspecto objetivo como regla técnica y/o también como «*standard*» típico-social sobre el que debe inspirarse el comportamiento del deudor. «Lo que hace que el aspecto por así decirlo subjetivo se «descargue» en el polo contrario del juicio, es decir, sobre la prueba del hecho impeditivo no imputable a la voluntad del obligado». Para las obligaciones de resultado, la combinación de estos dos elementos es distinta. «Admitido que el incumplimiento, en su materialidad, coincide con la consecución frustrada del resultado debido, la función de la regla sobre la diligencia está en orden a la reconducción del hecho impeditivo (del cumplimiento) a la voluntad o como fuere a la esfera de control o de dominio del obligado. Es innegable que, en cuanto a esto, el uso de la diligencia es aquel de observancia del esfuerzo y/o empeño debido en orden a la evitabilidad del hecho impeditivo o, si se quiere, positivamente en orden a la posibilidad del cumplimiento. La diligencia es criterio de control social del comportamiento del sujeto-obligado [...] Frente a esta combinación de los elementos del juicio de responsabilidad podrá discutirse hasta el infinito cual sea el elemento que constituya o represente el fundamento de la responsabilidad debitoria. Podrá decirse que, también para las obligaciones de medios, las más cercanas a una valoración en términos de culpa del obligado -y que hoy terminan por cubrir los grandes sectores de prestaciones profesionales y/o mejor de servicios insertados en contextos y estructuras que implican la adopción de reglas técnicas o de cualquier modo objetivas- la responsabilidad puede alcanzar un nivel máximo de objetivación, casi hasta alcanzar formas de garantía para la culpa profesional o para servicios técnicamente defectuosos o deficientes. No se excluye que esto suceda donde, en la aplicación jurisprudencial, debería prevalecer la idea de que el único límite a la responsabilidad por error y/o culpa profesional fuera el caso fortuito o la fuerza mayor. Estaríamos, en tal caso, en presencia de un elemento que está (*cuasi*) fuera del juicio de responsabilidad, desde que éste se identifica con un hecho extintivo de la obligación. El fundamento de una responsabilidad, cuyo solo límite fuera el caso fortuito, deberá necesariamente entreverse en un criterio distinto de la culpa del obligado. Los jueces tratan de sustraerse a este dilema, utilizando como instrumento la regla del artículo 2.236 sobre prestaciones que implican la solución de problemas técnicos de especial dificultad (Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el que realiza la obra no responde de los daños, salvo en caso de dolo o culpa grave). Ellos interpretan esta regla en clave de atenuación de la responsabilidad debitoria (limitada a dolo o culpa grave) cual pendiente *-pendant-* de la responsabilidad por error profesional. Para las obligaciones de resultado la dirección podría ser diversa. Una dirección menos rigurosa de los jueces podría consentir una más elástica apreciación del hecho impeditivo que ha obstaculizado la consecución del resultado y del grado de esfuerzo necesario para evitarlo o prevenirlo. Paradójicamente, no estando en tal caso *in re ipsa* la falta de observancia del esfuerzo diligente debido (como en el incumplimiento de las obligaciones de medios), la diligencia puede recuperar, al menos en la aplicación de los jueces, su valor de criterio de «control social». Es sobre este terreno sobre el que pueden realizarse tentativas dirigidas a atribuir relevancia a la mayor o menor *difficultas praestandi*, manifestada por el deudor». Cfr. op. cit. en nota 403, pp. 479-483.

respecto a la falta de consecución del resultado debido[508].

4.6. LA CARGA DE LA PRUEBA

La principal repercusión de las distinción entre obligaciones de medios y de resultado se encuentra, según la opinión mayoritaria de la doctrina, en el terreno de la carga de la prueba del incumplimiento de ambos tipos obligatorios[509].

La regla general respecto a la carga de la prueba viene señalada, en nuestro Derecho por el artículo 1.214 del Código Civil[510], en Italia por el artículo 2.697[511] y en Francia por el artículo 1.315[512], lo que implica que el actor deberá probar los hechos en los que fundamenta su pretensión (hechos constitutivos de la misma) y al demandado le incumbe la de aquellos que sirven para desvirtuarla (hechos extintivos u obstativos)[513].

Sin embargo, algún sector de la doctrina y, especialmente la francesa, señalan dos criterios diferentes en torno a la carga de la prueba según se trate de obligaciones de medios o de resultado. En primer lugar, en las obligaciones de resultado el acreedor, para reclamar

---

[508]Vid. DI MAJO, op. cit. en nota 403, pp. 483-484.

[509]Vid. MENGONI, op. cit, en nota 187, pp. 366-382; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 134, pp. 427 y ss.; VINEY, op. cit. en nota 409, p. 636; DERRIDA, op. cit. en nota 401, p. 4, nº. 49; LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 8, nº. 59; PLANCQUEEL, op. cit. en nota 409, pp. 343 y ss.; MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 167, p. 13; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, pp. 74 y ss.; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, pp. 725 y ss; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 4, p. 247.

[510]Artículo 1.214. «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone».

[511]Articulo 2.697 del *Codice civile* italiano. «*Onere della prova. Chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costutiuscono il fondamento.*

Chi eccepise l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepise che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

«Quien quiere hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen su fundamento.

Quien excepciona la ineficacia de tales hechos o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido debe probar los hechos sobre los cuales la excepción se funda».

[512]Art. 1.315 *del Code civil.* «*Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouvier. Réciproquement, celui qui se prétend libérer doit justifier le payament ou le fait qui a produit l'extintion de son obligation*».

«El que requiera el cumplimiento de una obligación la debe probar. Recíprocamente, el que se pretenda liberar debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación».

[513]Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 74; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 729.

la responsabilidad del deudor por incumplimiento contractual, deberá probar la contravención de la obligación (no realización, realización inexacta o retrasada). Con esta prueba al acreedor le es suficiente para que se declare la responsabilidad del obligado, pues la culpa del mismo se presume cuando no ha habido obtención del resultado previsto y, por ello, no es necesario probarla. En las obligaciones de medios, de forma diferente, el acreedor habrá de probar no solamente que la obligación no ha sido ejecutada sino, además, la culpa del deudor[514].

Para otro grupo de autores franceses, en virtud del artículo 1.315 del *Code*, el acreedor de una obligación de resultado, que pretenda la responsabilidad contractual del deudor por incumplimiento, únicamente deberá probar la existencia de la obligación y sólo alegar el hecho del incumplimiento o contravención, pues, se entiende que de la sola prueba por el acreedor de la presencia de la obligación se deduce una presunción de incumplimiento del deudor, lo cual supone un adecuado fundamento para pretender la responsabilidad contractual del obligado. De otro lado, en las obligaciones de medios, aquél deberá probar,

---

[514]WEILL et TERRÉ señalan que la presunción de culpa *-faute-* que pesa sobre el deudor de una obligación de resultado no es incontestable, pues éste, en general, puede liberarse probando que el incumplimiento se ha debido a una causa ajena *-étrangère-* a él no imputable (fuerza mayor, hecho del acreedor o de un tercero). En las obligaciones de medios el acreedor insatisfecho habrá de probar el incumplimiento de la obligación y también, y por referencia a un modelo de conducta, que el deudor no se ha conducido como era necesario, es decir, como un buen padre de familia. Cfr. op. cit. en nota 134, pp. 431-432; vid. también, LÉGIER, op. cit. en nota 428, p. 8, nº. 59; DERRIDA, op. cit. en nota 401, p. 4, nº. 49; VINEY, op. cit. en nota 409, pp. 636 y ss.; por su parte, JORDANO FRAGA se manifiesta en contra de esta postura, y señala que quienes se expresan de esta manera no se han percatado de lo siguiente: «a) Que la prueba de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento en las obligaciones de resultado, es la prueba del incumplimiento material, que, con arreglo a los principios generales: art. 1.101 Cc. y norma general de la carga de la prueba inducible del art. 1.214 Cc. (1.315 Cc. fr.), incumbe, efectivamente, probar al acreedor que pretende la responsabilidad contractual; b) Que la prueba de la culpa-negligencia del deudor en la actividad de cumplimiento de una obligación de medios, no es otra cosa, que la prueba de una concreta forma de infracción (el inexacto cumplimiento) de tal obligación, con arreglo al contenido específico -el objeto- de esa misma obligación, que, del mismo modo que en las obligaciones de resultado, y, conforme a los mismo principios generales (arts. 1.101, 1.214 Cc.), incumbe probar, también, al acreedor que pretende la responsabilidad contractual. La necesidad de probar la culpa en la actividad de cumplimiento de una obligación de medios, no sólo no deriva de la falta de aplicación del art. 1.214 Cc. (1.315 Cc. fr.), sino que es consecuencia de su aplicación (o mejor, de la de la norma general de él inducible), a la calificación que el art. 1.101 Cc. hace del cumplimiento inexacto de cualquier obligación (y, en particular, el de la de medios: la culpa en la actividad de cumplimiento), como hecho constitutivo de la pretensión de responsabilidad contractual del acreedor que lo denuncia; c) Que en las obligaciones de medios, como en las restantes obligaciones, existen, además del inexacto cumplimiento, otras formas de contravenirlas: falta total o parcial de cumplimiento, cumplimiento atrasado; formas de contravención, que, en aplicación de los mismos principios generales: 1.101 Cc. y 1.214 Cc. -que, tampoco aquí dejan de aplicarse-, también incumbe probar al acreedor que pretende la consiguiente responsabilidad contractual (acreedor que tendrá que probar, así, y en el ámbito de las obligaciones de medios, algo distinto de la culpa del deudor: la concreta infracción del deudor por él denunciada)». Cfr. op. cit. en nota 401, pp. 81-82.

a los efectos de reclamar la responsabilidad, la negligencia del deudor[515].

A esta concepción se le ha objetado el que no nos encontramos ante una regla general acerca de la carga de la prueba en el supuesto de incumplimiento, sino que se trata de una utilización de esta fórmula en el supuesto de la pretensión de cumplimiento, que no es exactamente la misma que en la pretensión de resarcimiento[516].

Sobre esta base, se afirma que lo que modifica el contenido de la prueba de acreedor y deudor, no es la aplicación de distintas reglas de Derecho sustantivo o procesal a la misma, sino el uso de las mismas reglas a obligaciones con distinto contenido y a las distintas formas posibles de infringir o contravenir la obligación[517].

De esta manera, al acreedor que pretenda la responsabilidad contractual se le aplica la regla general sobre la carga de la prueba (incumbe al actor probar los hechos constitutivos

---

[515]Vid. TUNC, A., op. cit. en nota 497, p. 5, nº. 82-83; YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. en nota 231, pp. 299 y ss; PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad contractual, Tomo II, Vol. 1º*, Barcelona, 1992, p. 50; JORDANO FRAGA, a este respecto, señala que el artículo 1.315 del *Code* no fija un principio general de carga de la prueba, sino que se aplica solamente para la pretensión de cumplimiento: «entonces sí, hecho constitutivo de tal pretensión, para el acreedor que la ejercita, es la sola existencia de la correspondiente obligación; mientras que hecho obstativo de tal pretensión, que incumbe probar al deudor requerido de cumplimiento, es el pago u otra cualquiera causa extintiva de la obligación de que se trate». Cfr. op. cit. en nota 401, p. 83; para LOBATO GÓMEZ esta idea parece sustentar la inversión de la carga de la prueba, al acreedor, en las obligaciones de resultado, le bastará demostrar la obligación y afirmar el incumplimiento de la misma, en tanto que al deudor le corresponde probar su diligencia, en las obligaciones de medios no existe presunción a favor del acreedor, quien deberá probar que el deudor se comportó con negligencia. Vid. op. cit. en nota 401, p. 727; vid. también CABANILLAS, op. cit. en nota 401, pp. 141 y ss.

[516]MENGONI, en este sentido, señala que: «Es exacto que el cumplimiento es un hecho extintivo, es exacto que la prueba de los hechos extintivos incumbe a aquel contra el cual se hace valer el derecho, pero de esto no se puede inferir que el cumplimiento constituye una tema fijo de prueba, asignado al deudor. La repartición de la carga de la prueba depende del modo en el que el proceso ha sido planteado por el acreedor. Cuando demanda el resarcimiento del daño, el acreedor no hace valer simplemente la obligación, sino la obligación en cuanto incumplida, no ya el cumplimiento como hecho extintivo se tiene en consideración, sino, antes bien, el incumplimiento como hecho constitutivo de la pretensión, y por tanto, es deber del actor probarlo. Más precisamente, como quiera que el incumplimiento presupone la existencia actual de la obligación, corresponde al acreedor probar el hecho constitutivo de la obligación y el estado de insatisfacción de su derecho: conseguida esta prueba, que en rigor no es la prueba definitiva del incumplimiento sino solamente de la materialidad del incumplimiento, corresponde al deudor demostrar que se ha verificado un hecho extintivo distinto del cumplimiento, en particular que la prestación ha devenido imposible sin su culpa. Respecto a la prueba del incumplimiento, aportada por el actor, la prueba del caso fortuito tiene un valor de contraprueba, ya que demuestra que los hechos, fijados por el acreedor insatisfecho, no tienen esencia de incumplimiento, una vez verificada la extinción de la obligación, no se puede hablar de incumplimiento. La contraposición de las obligaciones de resultado a las obligaciones de medios o diligencia no incide pues sobre la carga de la prueba del cumplimiento». Vid. op. cit. en nota 187, pp. 317-318 y 366 y ss.; vid. asimismo JORDANO FRAGA, op. cit, en nota 410, p. 268; YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. en nota 231, p. 304.

[517]Vid. LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, p. 268; CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 154; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 447, p. 93.

de su pretensión). En este sentido, deberá probar la infracción de la obligación por el deudor, en cualquier tipo de obligación, y cualquiera que sea la forma de contravención de la misma. En las obligaciones de medios, el acreedor deberá probar la negligencia del deudor en el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones de resultado, aplicando estos mismos principios generales, el acreedor deberá probar, para reclamar la responsabilidad contractual de aquél, la falta de obtención del resultado debido (o su cumplimiento parcial, inexacto o retrasado)[518].

Igualmente, respecto al deudor no cumplidor que intenta eludir su responsabilidad contractual, existe también una regla general en cuanto a la carga de la prueba. Deberá aportar, en su caso, su específica contraprueba frente al acreedor que ha acreditado el hecho constitutivo de su pretensión (el hecho del incumplimiento), es decir, deberá demostrar la inimputabilidad de su incumplimiento, el caso fortuito. Esta misma regla vale tanto para las obligaciones de medios como para las de resultado, y siempre que se parta del presupuesto de que tal clasificación no implica un fraccionamiento de las reglas de responsabilidad/exoneración contractual[519].

Por todo ello, la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado no supone una ruptura del sistema de responsabilidad contractual, sino que las reglas acerca de ésta son las mismas para todo tipo de obligaciones y para cada una de las formas de contravenirlas, y deducida de estas normas, existen igualmente, para todas las obligaciones y para todas sus formas de infringirlas, las mismas reglas en lo que a la carga de la prueba se refiere. Parece pues, más justo y conforme a Derecho que considerar que en esta materia se produce una

---

[518]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 401, p. 154; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, p. 84; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, pp. 729-733.

[519]Cfr. JORDANO FRAGA que indica, además, que la determinación de la carga de la prueba del deudor incumplidor resulta de compaginar las siguientes normas: 1. Con arreglo al art. 1.214 Cc. incumbe al demandado la carga probatoria de los hechos obstativos o extintivos de la pretensión del actor y 2. Según los arts. 1.105 y 1.182 y ss. del Cc. en relación al art. 1.101, el deudor no cumplidor responde siempre excepto en el supuesto de que concurra un caso fortuito: cuando la falta total o parcial de exacto cumplimiento esté motivada por la imposibilidad de ejecutar la prestación, por una concreta causa no imputable al deudor. Cfr. op. cit. en nota 401, pp. 85-86 y en op. cit. en nota 410, pp. 456 y ss.; vid. también MENGONI, op. cit. en nota 187, p. 366 y ss.; PANTALEÓN, op. cit. en nota 502, pp. 1044 y ss.

inversión de la carga de la prueba de la culpa del deudor[520].

[520]Vid. MENGONI, op. cit. en nota 187, pp. 366 y ss.; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 401, pp. 94 y ss. y en op. cit. en nota 410, pp. 456 y ss.; CABANILLAS, op. cit. en nota 401, pp. 151 y ss.; LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 401, pp. 733-734.

CAPÍTULO II

LA MORA DEL DEUDOR, CONCEPTO, PRESUPUESTOS Y REQUISITOS

1. LA NOCIÓN DE LA MORA DEL DEUDOR

Tradicionalmente, la doctrina ha venido entendiendo a la figura jurídica de la *mora debitoris* como aquella situación de retraso en el cumplimiento de la obligación cualificado por determinados presupuestos, por sus efectos y por la responsabilidad agravada del deudor[1].

Para otros autores, lo que verdaderamente se significa en este caso es la nota de retraso en el cumplimiento de la obligación[2] que algunos, además, califican de culpable[3].

---

[1]Vid. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, pp. 18 y 85; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, pp. 236 y ss.; MAZZARESE, *Mora del debitore*, Digesto, Tomo XI, Torino, 1994, p. 444; RAVAZZONI, *Mora del debitore*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo X, Torino, 1957, p. 905; VALSECCHI, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, Rivista del Diritto Commerciale, 1964, p. 282; VALSECCHI, *Sulla illiceità del ritardo nell'adempimento*, Rivista del Diritto Commerciale, 1963, p. 247; BESSONE, *Istituzioni di Diritto privato*, Torino, 1994, p. 446; ALBALADEJO, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones Vol. 1°*, Barcelona, 1989, p. 192; ALBALADEJO, *Comentario al artículo 1.100 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. I*, Madrid, 1989, p. 355; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, pp. 620 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996, pp. 507 y ss.; GRAMUNT, *La mora del deudor en el Código civil*, Barcelona, 1993, p. 9; HERNÁNDEZ GIL, F., *La intimación del acreedor en la mora "ex persona"*, Anuario de Derecho Civil, 1962, p. 331; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990, pp. 80 y 92.

[2]Vid. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, París, 1925, p. 24; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français, Tome VII, Obligations*, París, 1954, pp. 80 y ss.; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental del derecho civil, Tomo III*, Madrid, 1960, p. 33; ENGEL, *Traité des obligations en Droit suisse*, Neuchatel, 1973, pp. 463 y ss.; WEILL et TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, París, 1975, pp. 470 y ss.; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, *Droit civil. Les obligations*, París, 1989, p. 245; BONNEAU, *Mise en demuere*, Encyclopédie Droit Civil Dalloz, núm. 13, París, 1992, p. 1; CARBONNIER, *Droit civil 4. Les obligations*, París, 1993, p. 316; GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Vol. II, Le obbligazioni e i contratti*, T. I, Padova, 1993, p. 71; TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Milano, 1983, p. 357; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, Padova, 1993, pp. 526 y ss.; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, Vol. III. L'attuazione*, Milano, 1964, p. 247.

[3]Vid. en este sentido, RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil, T. II, Vol. I*, Madrid, 1931, p. 140; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español, Tomo III, obligaciones y contratos, Vol. I*, Barcelona, 1966, p. 167; GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno, Vol. II*, Madrid, 1928, p. 86; PUIG BRUTAU, *Mora*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XVI, Barcelona, 1978, p. 645; DE CUPIS, *Istituzioni di Diritto privato II*, Milano, 1975, p. 114; SANTOS BRIZ, *Comentario al artículo 1.100 del Código civil, Código*

La mora, en este sentido, se constituye en un determinado tipo de infracción del derecho de crédito, en una categoría especial dentro de los incumplimientos retrasados[4]. De este modo, y para que exista la figura jurídica en cuestión, se hace necesario que no se haya efectuado el cumplimiento preciso de la obligación en el momento señalado para el mismo[5], pero también, es indispensable que la obligación pueda ser cumplida tardíamente y que, igualmente, persista el interés del acreedor en un cumplimiento retrasado[6].

Si la prestación se ha hecho imposible o, en su caso, el acreedor ha perdido

---

civil. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo IV, Madrid, 1995, p. 62.

[4]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 513.

[5]MAZZARESE señala, en este sentido, que en su acepción más amplia, la mora indica la violación de la obligación de cumplir tempestivamente la prestación. Vid. op. cit. en nota 1, p. 444.

[6]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, pp. 619-620; LASARTE, *Principios de Derecho civil, T. II. Derecho de obligaciones*, Madrid, 1994, p. 186; RAVAZZONI, op. cit. en nota 1, p. 904; MAZZARESE, op. cit. en nota 1, p. 444; ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 355; SANTOS BRIZ, op. cit. en nota 3, p. 62; en contra, se manifiesta DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ en los siguientes términos: «A mi juicio, ni la mora es una infracción del derecho de crédito, ni se aplica exclusivamente a los incumplimientos que afectan a la modalidad del tiempo en el cumplimiento, como tampoco ha de predicarse necesariamente de los definitivos que no pueden ser purgados con un cumplimiento tardío. No se puede afirmar con rotundidad que o bien hay mora o bien incumplimiento definitivo, sobre todo cuando las partes previamente al incumplimiento han pactado que el deudor corre con los riesgos de los casos fortuitos, o si la ley así lo dispone o si de la naturaleza de la propia prestación así se desprende. El deudor que incumple definitivamente por un caso fortuito y ha asumido este riesgo, será responsable del incumplimiento (tanto desde la perspectiva de los daños como la de los riesgos, puesto que de lo contrario quedará exonerado de responsabilidad y su obligación, por efecto del fortuito, se habrá extinguido). Mora y retraso se relacionan íntimamente, como mora y prestación defectuosa o mora y cumplimiento parcial. Pero, mora y retraso no es la única proposición jurídica que se puede hacer. El hecho de que la obligación sea susceptible de un cumplimiento posterior tiene incidencia cuando se contempla la posibilidad de una ejecución forzosa o cumplimiento *in natura*, pero si ha devenido imposible definitivamente igualmente tiene relevancia el hecho de que el deudor corra con los casos fortuitos, puesto que deberá cumplir por equivalente. La afirmación de DÍEZ-PICAZO tiene sentido y es absolutamente correcta cuando se contempla el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil, pero sólo éste. Si el deudor no tenía atribuídos los riesgos con anterioridad al momento en el que se determina el incumplimiento, y la infracción es temporal, o lo que es lo mismo, susceptible de un cumplimiento tardío, el hecho de que mediante el requerimiento se haya constituido en mora al deudor, significa hasta que efectivamente cumpla la obligación, correrá con los casos fortuitos que puedan afectar al exacto cumplimiento, fortuitos que hasta ese momento le eran inimputables. Pero si la obligación incumplida no es susceptible de cumplimiento tardío y, en consecuencia, se trata de un incumplimiento definitivo, significa que el deudor, al no haberle sido trasladados los riesgos de la obligación, podrá exonerarse de su responsabilidad probando el caso fortuito, que no le es imputable (art. 1.105 Cc.). El primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil está contemplando, desde mi punto de vista, los supuestos de incumplimiento temporales (y no necesariamente sólo los retrasos) en los que la obligación está sometida a un plazo inicial de cumplimiento y en las que, en consecuencia, no rige la máxima *dies interpellat pro homine*». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 513-514.

objetivamente el interés en recibir la prestación tardía[7], nos encontramos con una hipótesis de incumplimiento definitivo de la obligación, no ante un supuesto de mora[8].

Por lo tanto, según los anteriores criterios, la mora del deudor puede ser definida como el retraso jurídicamente relevante en el cumplimiento de la obligación, que no imposibilita el cumplimiento tardío de la prestación debida, ni éste es inidóneo para satisfacer el interés creditorio, del cual es responsable el sujeto obligado[9].

Por otro lado, también se ha señalado que la mora del deudor supone un incumplimiento provisional de la obligación[10]. Así, la *mora debitoris* supone una calificación previa del incumplimiento del deudor en el mismo instante en que éste surge. Esta valoración tiene asimismo un carácter transitorio, en la medida en que este estado preliminar se modifica al transformarse en un incumplimiento definitivo -contravención al tenor de la obligación, artículo 1.101 del Código civil[11]- o se purga en virtud del cumplimiento de la prestación debida o mediante la concesión de una prórroga -artículo 1.124 del Código

---

[7]Señala GRAMUNT, en este sentido, que la situación jurídica de mora sólo es posible si la obligación puede ser cumplida con posterioridad, ya que de no ser así nos encontraríamos con otro tipo de infracción de la obligación, que puede consistir, *v. gr.*, en la contravención de la misma (ejecutar la prestación de forma defectuosa), o también puede estribar en una infracción de la carga de diligencia en la conservación de la cosa (cuando la cosa se destruye o deteriora por culpa del deudor). «Por ello, a efectos de la constitución en mora bastará con que la susceptibilidad de un cumplimiento posterior sea objetiva, esto es, con que se mantenga íntegra la posibilidad de realizar la prestación: excluido el término esencial, el interés del acreedor en el cumplimiento se presupone. La constitución en mora sólo tiene sentido si a priori (o sea, en el momento en que se establece la obligación) no existe una voluntad expresa o tácita del acreedor que excluya la posibilidad de purgar la mora. Otra cosa será que una vez infringida la obligación el acreedor mantenga aún el interés en el cumplimiento tardío, cuestión ésta que deberá ser tomada en consideración a posteriori cuando se trate de determinar la posibilidad de que la mora sea purgada». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 24-25; vid. igualmente, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, op. cit. en nota 1, pp. 81-82.

[8]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 620; ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 355; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, op. cit. en nota 1, pp. 81-82; MAZZARESE, op. cit. en nota 1, p. 444; RAVAZZONI, op. cit. en nota 1, p. 904.

[9]Cfr. ALBALADEJO, *Derecho...*, cit. en nota 1, p. 192.

[10]Vid. BADOSA que, en esta línea, además, indica que: «Esta afirmación exige diferenciar la «*mora solvendi*» que es una situación que se predica del deudor que «incurre» en ella (arts. 1.100 primera, 1.108) o se «constituye» en ella (arts. 1.096 III, 1.501.3°, 1.724) del «cumplimiento moroso» que es cumplimiento efectivo *post moram* (art. 1.101)». Cfr. *Comentario al artículo 1.100 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 33.

[11]Artículo 1.101 del Código civil. «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».

civil[12]-[13]. Desde esta perspectiva, se ha indicado que la descripción de la mora del deudor como un retraso en el cumplimiento de la obligación es del todo inexacta, pues con el término retraso se está haciendo referencia a una noción *a posteriori* que únicamente cabe utilizar cuando la mora ha sido purgada por un cumplimiento posterior[14].

Sin embargo, desde otro punto de vista, la mora del deudor puede ser exactamente considerada como un medio previsto por el legislador para trasladar los riesgos[15] al deudor

---

[12]Artículo 1.124, párrafo tercero, del Código civil. «El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo».

[13]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 10, p. 33; GALGANO, op. cit. en nota 2, p. 71; GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, Napoli, 1996, p. 611.

[14]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 10, p. 33.

[15]Respecto al concepto de riesgo, GRAMUNT considera que éste puede entendido en un doble sentido, desde un punto de vista general por un lado, y desde un punto de vista estricto, por otro. «Por un lado, en sentido general, el riesgo hace referencia a los posibles avatares que inciden sobre el objeto de un derecho, sea éste real o de crédito. En esta acepción amplia quedan comprendidos los aumentos, las disminuciones y la imposibilidad física o jurídica del objeto para serlo de un derecho; quizás sea en el art. 882 2 (legado de cosa específica y determinada) donde con mayor claridad se recoge este concepto amplio: «la cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora». [...] En sentido estricto, el riesgo ofrece una connotación de carácter negativo, por cuanto sólo se toman en consideración la posibilidad de disminución y la imposibilidad del objeto; desde esta óptica, se está recogiendo la idea de *periculum*». Con respecto a la imputación del riesgo, señala la autora que se trata, en su caso, de determinar sobre quién recae la responsabilidad de la imposibilidad fortuita de la ejecución de la prestación, en este sentido, la imputación del riesgo establece la perpetuación de la obligación del deudor cuando éste se hubiera constituido en mora, y se concreta, de este modo, en el artículo 1.182 del Código civil. En relación a las obligaciones de hacer, señala esta autora, que el Código civil, en su artículo 1.184, solamente se ocupa de su extinción, sin hacer referencia alguna a la eventual culpa del deudor como causa de la imposibilidad o a haber ésta ocurrido tras la mora. Tampoco existe un precepto paralelo, según esta jurista, al artículo 1.096 aplicable a las obligaciones de hacer.«No obstante, creemos que la imposibilidad del servicio subsiguiente a la *mora solvendi* también perpetúa la obligación a través del mecanismo de la traslación del riesgo, puesto que aunque el art. 1.182 no lo contemple expresamente, coincidimos con la afirmación de Badosa de que debe entenderse como norma de carácter general». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 116-117; por su parte, BADOSA indica que en el artículo 1.096, párrafo tercero, del Código civil se describe un concepto del riesgo de acuerdo a dos notas características. La primera es que consiste en una avatar sobrevenido al objeto de la prestación. Cuando el objeto consista en una cosa el avatar puede ser negativo o positivo; el negativo se designa como daño (art. 1.452, 1°) y puede subdividirse en pérdida (arts. 1.122.1ª y 2ª, 1.135.1°, 1.136, 1.182, 1.563, 1.744) y deterioro (arts. 1.122.3ª y 4ª, 1.563, 1.464) que incluye, igualmente, la pérdida parcial (art. 1.460, 2°); el positivo es la mejora (art. 1.122.5ª y 6ª) o el provecho (art. 1.452.1°). «Sin embargo, en sentido estricto, el «riesgo» se limita a los avatares «negativos». La segunda nota es subjetiva y restringe la primera. El riesgo implica que los avatares descritos no sean materialmente imputables al deudor. Es en los avatares negativos donde esa dualidad imputabilidad-no imputabilidad se presenta más claramente (en los arts. 798, 1.122.1ª y 3ª, de un lado y 2ª y 4ª de otro, 1.136.1ª en contraposición a las reglas 2ª y 3ª, 1.147 I y II, 1.183, 1.488 I, 1.625 I y II, en contraposición al párrafo III, 1.687 I). Esta dualidad, que se repite en materia de extinción de obligaciones por imposibilidad de la prestación (art. 1.182, 1.183) tiene su propia terminología. Por lo que hace a los avatares «negativos» la «imputabilidad» al deudor se designa con el término de «culpa» y la «no imputabilidad» con los de «sin culpa» (arts. 798, 1.122.1ª y 3ª, 1.147 I, 1.182, 1.746), «caso fortuito» (arts. 1.096 III, 1.136.1ª, 1.183, 1.488 I, 1.625 I) o «riesgo» (arts. 1.452 I, 1.687). La dualidad también se presenta en los avatares «positivos»; así se distinguen «mejoras» de la cosa «por su naturaleza» (arts. 456 que

en caso de incumplimiento, y en el supuesto de que las partes o la ley no hayan dispuesto otra cosa para la infracción de la obligación[16].

Constituir en mora al deudor supone, por tanto, la traslación o la imputación de los riesgos al obligado[17]. El momento en el que, según el artículo 1.100 párrafo primero del Código civil[18], se señala el nacimiento de la mora es el de la efectiva exigencia o requerimiento de la prestación por parte del acreedor al deudor. Esta exigencia del cumplimiento, intimación o interpelación, equivale a determinar el momento en que la prestación ha quedado incumplida[19], así como pone fin a la presunta tolerancia del acreedor

---

añade el «tiempo», 1.122.5ª) o «a expensas del deudor» (art. 1.222.6ª)». Cfr. *Comentario al artículo 1.096 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid., 1993, pp. 24-25; por otro lado, ALPA indica que el riesgo contractual se compone de diversos factores, es decir, del evento, la causa, la incertidumbre, el daño y la incidencia sobre el contrato. «En todo caso, se puede asumir como punto de partida que el riesgo es en sentido lato la consecuencia económica de un evento incierto [...] Una posición central está dada por la incertidumbre, que puede ser subjetiva u objetiva. La incertidumbre, como es notorio, se refiere a todos los negocios, también a aquellos de formación instantánea; puede estar constituida por temores y previsiones del todo personales, o bien por futuros y sobrevenidos acaecimientos objetivos, o bien por la presencia de circunstancias desconocidas a las partes y preexistentes al asunto, o manifestarse sucesivamente». Cfr. *Rischio contrattuale*, Contratto e impresa, 1986, p. 619 y ss.; vid también BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969.

[16]Vid. en este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que señala, en torno a la mora del deudor, que: «Se trata, en mi opinión, de una figura jurídica creada por el legislador como vehículo de traslación de riesgos al deudor incumplidor cuando nada se haya previsto por las partes contratantes o por la propia ley que regula la relación obligacional. Pero al contratante no solamente se le atribuyen los riesgos fortuitos que puedan afectar a la relación obligatoria cuando se le constituye en mora, sino que la situación de *perpetuatio obligationis* aparece en otros tantos supuestos que el propio ordenamiento contempla. Así, por ejemplo, cuando se ha transmitido doblemente una misma cosa (art. 1.096 III), cuando el deudor de mala fe ha aceptado un cobro indebido, cuando la cosa debida procede de delito o falta (art. 1.185) y, de manera general, en todos aquellos supuestos *expresamente mencionados en la ley y de los que así lo declare la obligación*, según establece el artículo 1.105 del Código civil, en los que el acaecimiento de un evento fortuito será considerado imputable al deudor y, en consecuencia, la imposibilidad sobrevenida de la prestación no extinguirá la obligación. Incluso cuando esta imposibilidad sea de carácter definitivo existirá la *perpetuatio obligationis* que, naturalmente, se resolverá en la obligación del deudor de indemnizar los daños y perjuicios causados al acreedor por efecto del incumplimiento definitivo». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 507; vid. respecto del Ordenamiento Jurídico italiano, GALGANO, op. cit. en nota 2, p. 74; BRANCA, *Instituciones de Derecho privado*, México, 1978, p. 297; BESSONE, op. cit. en nota 1, pp. 446-447; TRIMARCHI, op. cit. en nota 2, p. 358.

[17]Puede, en este sentido, ser definida la constitución en mora como aquella situación jurídica en la que se encuentra el deudor tras el incumplimiento de su obligación, porque su acreedor, al haberle reclamado la prestación, le ha colocado en esta situación de «especial responsabilidad».

[18]Artículo 1.100, párrafo primero, del Código civil. «Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación».

[19]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 509, 510 y 520.

en el retraso en el cumplimiento ocasionado por el deudor[20].

En este sentido, se contemplan en este primer párrafo del señalado artículo 1.100 las hipótesis de aquellos incumplimientos temporales de la obligación en la que no rige la máxima *dies interpellat pro homine*[21]. En cualquier caso, se ha señalado que se trata de un precepto que otorga al acreedor diversas posibilidades de protección de su interés cuando el cumplimiento no se ha verificado a tiempo[22]. Como regla general, se estatuye la mora mediante interpelación -o *mora ex persona*- y de modo excepcional se regula la constitución en mora del deudor sin necesidad de interpelación o intimación por parte del acreedor -o *mora ex re*-, cuando las partes así lo hayan convenido o venga determinado por la ley o por la propia naturaleza y circunstancias de la obligación[23].

Por otro lado, del propio artículo 1.100 se deduce que el único presupuesto imprescindible para que la mora exista es el incumplimiento de la obligación positiva de dar o de hacer[24]. Por ello, puede señalarse que el citado precepto contiene un mecanismo de protección del interés creditorio que ignora de modo íntegro la actitud del deudor ante la

---

[20]GALGANO indica que como herencia del antiguo *favor debitoris*, el retraso en la ejecución de la prestación debida se presumía tolerado por el acreedor, sobre el que incumbe la carga, para vencer esta presunción, de requerir formalmente la prestación al sujeto obligado. «De esta carga, el acreedor está dispensado cuando es imposible esperar el cumplimiento (porque se trate de obligaciones de no hacer) o no cabe razonadamente esperar una ejecución tardía de la prestación (porque el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir), o cuando la ejecución de la prestación no depende de la iniciativa del acreedor (prestación vencida a exigir en su propio domicilio o hipótesis similares), o cuando el deudor es considerado indigno, tratándose de obligaciones derivadas de actos ilícitos, del *favor debitoris*». Cfr. op. cit. en nota 2, p. 72; para BENATTI, desde un punto de vista estrictamente lógico, el acto de constitución en mora desarrolla su función principalmente en las obligaciones sin término: «fijando el momento del tiempo en el que el acreedor tiene interés en recibir la prestación y no tolera más retraso alguno por parte del deudor. En las obligaciones a término, por el contrario, el simple vencimiento es suficiente para advertir al deudor que ha llegado el momento de pagar, sin que sea necesario un requerimiento de cumplimiento por parte del acreedor: de aquí la regla «*dies interpellat pro homine*». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 185.

[21]Para un estudio histórico del señalado axioma *dies interpellat pro homine*, vid., por todos, BENATTI, op. cit. en nota 1, pp. 185 y ss.; CANNATA, *Mora (storia)*, Enciclopedia del Diritto, Tomo XXVI, Milano, 1984, pp. 931 y ss.

[22]Vid. GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 98; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 515.

[23]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 10, p. 33; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, pp. 631-635; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 98.

[24]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 509 y 521-522.

falta de cumplimiento de la obligación[25].

En este sentido, por tanto, se considera que la constitución en mora del deudor es un dispositivo para la tutela del derecho de crédito lesionado, que el Ordenamiento Jurídico activa cuando se ha verificado la infracción del mismo[26].

Para algún autor, sin embargo, el presupuesto de la *mora solvendi* es la exigibilidad del cumplimiento *ex* párrafo primero de artículo 1.100 -«les exija»-, mientras que el elemento de la misma es el incumplimiento de la obligación. Se puede, en esta línea, distinguir entre el incumplimiento de la obligación, que es una infracción del derecho de crédito, y el mero no cumplimiento o simple abstención de cumplir, que no tiene trascendencia jurídica alguna. Se señala, de este modo, que mientras el obligado tenga discrecionalidad para elegir el momento en que ha de cumplir la obligación, es decir, en tanto no haya sido exigida la prestación, si no cumple hay «no cumplimiento», sin relevancia jurídica alguna, como ya ha sido precisado, pero cuando esta discrecionalidad finaliza, si no cumple, surgirá el incumplimiento o la infracción de la obligación. Por ello, se considera que el paso del «no cumplimiento» al «incumplimiento» como infracción de la obligación, viene dado precisamente por la constitución en mora del deudor, que es la constatación jurídica de la actitud del deudor de no cumplir[27].

Asimismo, se estima que el único efecto que, por sí misma, produce la mora del deudor es el de la traslación de los riesgos -párrafo tercero del artículo 1.096 del Código

---

[25]Acerca del mecanismo de protección del interés creditorio, señala MAGAZZÚ que: «La *mora debendi*, en suma, entra en el ámbito de los múltiples medios de tutela puestos por la ley a disposición del acreedor insatisfecho por el incumplimiento de la obligación, todos ellos caracterizados por el mismo fin genérico: el de reconstruir, entre las posiciones de las partes de la relación obligatoria, el equilibrio alterado por el incumplimiento, y el de satisfacer también, en vía de remedio, el interés preeminente del mismo acreedor. Pero en este ámbito, la constitución en mora del deudor se sitúa con su propia y peculiar función cautelar que se desarrolla a través de particulares efectos, los cuales tienen la tarea de aliviar al acreedor por las desventajas causadas por el retardo del obligado [...] Que la mora agrave la posición del deudor (se piensa en el traspaso del riesgo a su cargo) es una circunstancia de notable relieve que merece ser considerada atentamente, porque incide sobre el mecanismo de su constitución, acentuándose su perfil de carga, con particular referencia al régimen del formalismo que imprime la disciplina del instituto. La no insignificante gravedad de los efectos de la *mora debendi* y la correlativa posición de mayor ventaja que los mismos efectos comportan para el acreedor, imponen la carga al acreedor de realizar por escrito el requerimiento de cumplimiento, a fin de verificar de una manera idónea e inequívoca si y desde cuando sus efectos operan (se piensa en los intereses moratorios que precisamente se deben «desde el día de la mora»: art. 1.224 c.c.)». Cfr. *Mora del debitore*, Enciclopedia del Diritto, Tomo XXVI, Milano, 1984, p. 938.

[26]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 516; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, pp. 98-99.

[27]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 10, p. 33.

civil[28]-, a través del mecanismo de la perpetuación de la obligación -artículos 1.182 y 1.184 del Código civil[29]-. De este modo, se puede considerar a la constitución en mora como una regla de imputación al deudor de los riesgos de pérdida, perecimiento o imposibilidad de la prestación, cuando no haya sido previsto, por la ley o por las partes, nada al respecto.

Lo anterior supone que, en virtud de la perpetuación de la obligación, el deudor asume la responsabilidad por la concurrencia de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, aunque la misma le sea inimputable, que surgida tras el incumplimiento contractual, impide la satisfacción del interés creditorio[30].

A esta situación jurídica de especial responsabilidad es a la que se le denomina mora del deudor que, además, sostiene una rigurosa vinculación con los llamados incumplimientos temporales en los que la prestación es todavía apta para que pueda verificarse un cumplimiento posterior[31].

---

[28]Artículo 1.096, párrafo tercero, del Código civil. «Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega».

[29]Artículo 1.182 del Código civil. «Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora».

Artículo 1.184 del Código civil. «También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible».

[30]Vid. RAVAZZONI, op. cit. en nota 1, pp. 908 y ss.; MAZZARESE, op. cit. en nota 1, p. 451; MAGAZZÚ, op. cit. en nota 25, pp. 944-945; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 99; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 517; BADOSA, op. cit. en nota 15, p. 26 y también en *Comentario al artículo 1.184 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, pp. 259-260; BONNEAU, op. cit. en nota 2, pp. 3-4, nº 31 y ss.; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 2, p. 86; ENGEL, op. cit. en nota 2, pp. 467 y ss.; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 2, pp. 475 y ss.; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, op. cit. en nota 2, pp. 244-245; CARBONNIER, op. cit. en nota 2, p. 318.

[31]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que, por otro lado, considera que sí tiene sentido, en contra de lo que opina la mayoría de la doctrina, hablar de mora cuando el incumplimiento es definitivo.«Tiene razón de ser estudiar la situación de mora en el deudor, entendida como imputación de los riesgos de los fortuitos al obligado, pero no como acto de constitución en mora, cuando el incumplimiento no es susceptible de un cumplimiento posterior, porque el propio artículo 1.100 del Código civil prevé este supuesto al establecer las excepciones al requerimiento. En estos casos también hay mora en el deudor, si se entiende exclusivamente como situación de imputabilidad de los casos fortuitos, pero no es necesaria su previa constitución, porque el deudor ya está incurso en ella antes del incumplimiento. Lo que significa en la práctica que responde de los eventos que hayan imposibilitado el cumplimiento, porque le han sido atribuidos bien por ley, bien por convención o bien porque vienen implícitamente asumidos con la obligación de que se trate. Se preguntará, entonces, ¿cuándo se entiende que el deudor no responde del caso fortuito? La respuesta adecuada, a mi juicio, es cuando el evento no le sea imputable por ninguna de estas causas, siendo el propio deudor quien debe probar que el suceso impeditivo no le es imputable y sí lo es cuando ha asumido convencionalmente el riesgo, se le han atribuido legal o implícitamente o se le ha traspasado cuando se ha determinado con la efectiva exigencia del crédito por parte del acreedor. Estar en mora (automáticamente o mediante requerimiento) es sinónimo de imputabilidad». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 514 y 518.

La constitución en mora supone, por tanto, que el deudor se encuentra en una situación jurídica que se define por la asunción por su parte de los riesgos fortuitos. Estos riesgos son asumidos por éste bien de modo convencional o legal, o en virtud de la propia naturaleza y circunstancias de la concreta prestación.

En esta dirección, cabe señalar que nuestro Ordenamiento fija el momento de imputación de tales riesgos al deudor en tres instantes esenciales, en orden a la atribución de los mismos.

El primero de ellos es el contemplado en el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil, que hace referencia a la *mora ex persona*, y supone que el obligado se constituirá en mora desde el momento en el que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación[32].

El segundo momento al que nuestro Ordenamiento incorpora la obligación de responder por los casos fortuitos es el que surge con el preciso nacimiento de la obligación. Esta hipótesis es la que se incluye en el segundo párrafo sel señalado artículo 1.100, es decir, cuando expresamente haya sido así establecido por las partes o lo disponga de esta manera la ley o quepa deducir que, de la naturaleza y circunstancias de la prestación, la indicación del instante en que había de entregarse la cosa o realizarse el servicio fue motivo concluyente para constituir la obligación[33].

Y, finalmente, el tercer momento a partir del cual el obligado contrae los riesgos del perecimiento fortuito de la cosa o la imposibilidad inimputable, física o legal, del servicio es el recogido en el tercer párrafo de la norma citada, que hace referencia a las obligaciones recíprocas, y en el que se hace depender del tiempo en el que una de las partes cumple su obligación o se allana a cumplirla.

---

[32]Para DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ la norma del primer párrafo del artículo 1.100 hace referencia exclusivamente a «las obligaciones con término de cumplimiento inicial, a aquellas otras en las que este último viene implícito, es decir, a las obligaciones *querables* y a las obligaciones sin plazo y sin condición». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 520.

[33]Pueden señalarse como ejemplos los supuestos contemplados en los artículos 1.096, tercer párrafo; 1.185 y 1.896 del Código civil.

2. EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN Y SU CONFIGURACIÓN COMO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Muchos son los autores que han tratado el tema de la relevancia que el simple retraso en el cumplimiento de la obligación pueda tener dentro de la Teoría general de la obligación. Este asunto ha sido abordado de forma brillante y extensa recientemente[34] y, por ello, en este trabajo únicamente se hará una somera referencia al estado actual de la cuestión, en virtud de las importantes relaciones entre esta materia y la mora.

Se ha mencionado acertadamente que los términos mora y retraso no son coincidentes entre sí en todo momento. Surge el retraso si el deudor, acaecido el vencimiento de la obligación, no ejecuta la prestación debida, por lo que se hace necesario concederle un plazo de tiempo superior al previsto en el momento de la constitución del vínculo obligatorio. De otro modo, en situación de mora se halla el deudor incumplidor al que el acreedor le ha exigido el cumplimiento, salvo que por ley, por convenio, o según las circunstancias y la naturaleza de la obligación se haya prescindido, expresa o tácitamente, del requerimiento como medio para constituirlo[35].

2.1. EL RETRASO Y LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

Ante el interrogante de si el retraso en el cumplimiento de la obligación era fuente de responsabilidad contractual, la doctrina tradicional dio una respuesta negativa, pues se consideraba que solamente tenía trascendencia, a efectos de responsabilidad, el retraso al

---

[34]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 341 y ss.; asimismo, puede consultarse la obra de BARAONA, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1998, pp. 27 y ss.

[35]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, pp. 620 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 344; BENATTI, op. cit. en nota 1, pp. 15-83; GIORGIANNI, *Inadempimento. Diritto Privato,* Enciclopedia del Diritto, Tomo XX, Milano, 1970, pp. 867-871; RAVAZZONI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1957, pp. 8-12; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore, Commentario del Codice civile, diretto da Piero Schlesinger*, Milano, 1987, pp. 425-431; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, pp. 223-236.

que se le hubiera anticipado la constitución en mora[36].

Sin embargo, hoy en día, se admite que basta el simple retraso en el cumplimiento de la obligación para justificar una acción de resolución contractual[37].

No obstante, aún se discute si es necesaria la previa constitución en mora del deudor, es decir, si ésta se constituye en requisito del ejercicio de la facultad de resolver el contrato[38].

Para algunos autores la acción resolutoria encuentra su fundamento en la idea de sanción que se impone al contratante incumplidor, de este modo, para poder ser sancionado éste deberá ser considerado como responsable, y la responsabilidad del incumplidor deriva

---

[36]Vid. BENATTI, op. cit. en nota 1, pp. 16 y ss.; RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, p. 40; BRANCA, *Mora e rizoluzione: considerazioni spicciole*, Il Foro Italiano, 1967, pp. 466 y ss.; VALSECCHI, *Sulla illiceità...*, cit. en nota 1, pp. 243 y ss.; RUBINO, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, Rivista del Diritto Commerciale, 1947, pp. 55 y ss.; JORDANO BAREA, *Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita*, Anuario de Derecho Civil, 1951, pp. 303 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, Anuario de Derecho Civil, 1969, pp. 383 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, *La mora del deudor en la resolución contractual por incumplimiento*, Revista de Derecho Privado, 1985, pp. 91 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 398.

[37]No obstante, en la doctrina italiana, BRANCA ha señalado que únicamente la mora se constituye en presupuesto de una demanda de resolución contractual por retraso. Apunta que del artículo 1453 del *Codice civile* se deduce que la demanda de resolución solamente cabe contra quien no cumple, no contra el que simplemente se ha retrasado, pues no se puede afirmar que éste sea aún incumplidor. «La mora, solo la mora, en caso de retardo, legitima la demanda de resolución así como la pretensión de resarcimiento». Cfr. op. cit. en nota 36, p. 470; en contra se pronuncia BENATTI que observa que estas consideraciones no tienen en cuenta que la demanda de resolución transforma el incumplimiento temporal en definitivo, y entonces el derecho al resarcimiento *ex* párrafo primero del artículo 1453 es una consecuencia no del retardo, sino de la total ausencia de satisfacción del interés del acreedor a la prestación. Vid. op. cit. en nota 1, p. 52; por su lado, NATOLI y BIGLIAZZI-GERI se refieren a que el artículo 1453 se limita a requerir que la parte contra la que se dirige la acción «no cumpla su obligación». Asimismo, señalan que: «no precisa que el incumplimiento deba estar cualificado en un modo o en el otro, excepto la limitación general de la no escasa importancia del mismo, impuesta por el artículo 1455 del *Codice*, y válida para cualquier especie de incumplimiento y, de allí, también para el simple retardo no modificado en mora por la ausencia del acto formal de «constitución» requerido por el párrafo primero del artículo 1219. En línea de máxima, se puede decir que la jurisprudencia es, en general, de la opinión de no requerir que sea necesaria, a los fines del artículo 1453, la previa constitución en mora». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 231; en nuestro Derecho DÍEZ-PICAZO ha realizado un estudio detallado de nuestra jurisprudencia y, a raíz de éste, ha indicado que: «El examen pormenorizado de esta jurisprudencia parece demostrar que las cosas ocurren de diferente manera en vía de máxima y en la realidad jurídica. En vía de máxima, la resolución por retraso parecía excepcional: solo si se ha frustrado el fin o si hay un interés atendible. De facto es al revés: el retraso es, por regla general, resolutorio y excepcionalmente se trata de salvar determinadas hipótesis de la resolución fundando el salvamento en razones de mayor o menor fuerza dialéctica». Cfr. op. cit. en nota 36, p. 396; vid. también CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 36, pp. 114 y ss.

[38]DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ observa que para dar solución a este problema es necesario estudiar cual sea la función y la naturaleza de la acción resolutoria y cual la finalidad de la constitución en mora del deudor. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 401 y ss.; vid. igualmente DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 36, pp. 383 y ss.

de la mora, no del simple retraso[39].

Asimismo, se señala que es necesaria la previa constitución en mora del deudor porque ésta tiene la función de fijar la certeza del incumplimiento, así que si no se produce no habrá quedado determinado el incumplimiento de la obligación por parte del sujeto obligado[40].

En esta misma línea, también se ha afirmado que el deudor incumplidor, para poder ser demandado en resolución del contrato, necesariamente habrá de estar constituido en mora, no porque la situación de mora se contemple como un requisito o presupuesto de la

---

[39]Vid. NICOLÓ que, en este sentido, se pronuncia en los siguientes términos: «Que la resolución por incumplimiento deba conceptualmente configurarse como una verdadera y propia sanción, y no tenga la condición resolutiva en sentido técnico más que una lejana y empírica analogía, puede considerarse un dato pacífico en la doctrina moderna, y está confirmado por las disposiciones textuales del nuevo Código». Cfr. *Termine essenciale e mora debendi*, Il Foro Italiano, 1944-46, p. 932; vid. también RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, p. 41; en contra se manifiesta BENATTI que, en esta orientación, apunta lo siguiente: «Cuando se parte de la premisa según la cual la acción de resolución tendría función de sanción por el incumplimiento, no se puede después concluir que la constitución en mora esté planteada por los principios propios de la resolución, en tanto que una tesis similar no aclararía si para el artículo 1453 del *Codice* sea incumplidor solo quien se niega a prestar en presencia de una intimación escrita o bien también aquél que no cumpla después de una intimación oral». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 50; tampoco considera suficiente el argumento de la naturaleza sancionatoria de la acción de resolución DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 36, p. 399; igualmente, vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que señala que según el propio artículo 1124 del Código civil basta el hecho del incumplimiento para ejercitar la acción de resolución que, incluso, se admite en aquellos casos en los que la ejecución de la prestación ha devenido imposible de modo fortuito. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 402-403.

[40]Vid. VALSECCHI, *Costituzione...*, cit. en nota 1, pp. 283 y ss.; BENATTI, por su parte, indica que tal argumentación asigna a la constitución en mora una función distinta a aquélla típica que le confiere la ley: «en el sentido del artículo 1219, párrafo primero, el objeto de la intimación no es el de verificar el incumplimiento, sino el de requerir la prestación». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 51; en el mismo sentido que el anterior autor vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 36, pp. 399-400; vid. asimismo, los argumentos de CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 36, pp. 119-120; igualmente señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que si la constitución en mora tuviera como finalidad la de fijar el momento de la responsabilidad del deudor por su incumplimiento debería ser exigido para cualquier tipo de incumplimiento y no únicamente para el retrasado. Observa, igualmente, que tiene razón DÍEZ-PICAZO cuando señala que para que el deudor incumpla no se precisa que el acreedor le haya reclamado el cumplimiento de la obligación, pero discrepa de éste en el sentido que entiende que, al igual que lo hace CRISTÓBAL MONTES, la finalidad de la constitución en mora no es la de reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación, sino la traslación al obligado, durante el tiempo que tarde en cumplir definitivamente la obligación o mientras no lo haga, de los riesgos fortuitos que puedan afectar al exacto cumplimiento de la misma, lo cual solo puede tener lugar cuando se está en presencia de un incumplimiento susceptible de cumplimiento posterior. No obstante, la autora matiza la opinión de DÍEZ-PICAZO en el sentido de señalar que cabe entender que la función de la constitución en mora consista en reclamar la prestación únicamente en el supuesto de obligaciones puras o en obligaciones con plazo final o esencial, pues en éstas la reclamación va implícita en el mismo acto de constitución de la obligación. Por el contrario, para esta jurista, si se ha pactado un plazo inicial o suspensivo para el cumplimiento, el acreedor no puede exigir la prestación hasta que éste llegue. «El acreedor, por consiguiente, vencida la obligación, está legitimado para exigírsela al deudor y esto sólo puede hacerlo interpelándole [...] Desde ese momento, sin que el deudor haya respondido a la interpelación con el cumplimiento exacto de la obligación, ha de entenderse que jurídicamente ha incumplido». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 404-407.

acción de resolución, sino en tanto que su condición de incumplidor únicamente podrá ser constatada de forma fehaciente e indubitada a través del requerimiento de pago que, en su caso, no ha sido atendido, lo cual, evidentemente, habrá derivado hacia el estado de deudor moroso[41].

Los partidarios de la tesis de que no sea necesaria la previa constitución en mora del obligado para el ejercicio de la acción resolutoria, se apoyan en dos argumentos, el primero, es el de la misma letra de la ley[42], y el segundo supone considerar que mora y resolución

---

[41]Vid. en este sentido CRITÓBAL MONTES que, asimismo, entiende que para el ejercicio de la acción de resolución de contrato es preciso que el deudor se encuentre constituido en mora, y no porque ésta se considere que forme parte de la propia resolución, sino porque el requerimiento de pago es necesario en cuanto constituye al deudor en mora previamente. Es requisito imprescindible que para el ejercicio de la acción de resolución se haya producido el incumplimiento del deudor, y tal incumplimiento solo se verifica, si el deudor se niega a cumplir la obligación, una vez haya sido requerido por el acreedor para ello. «De esta manera la condición de moroso del legitimado pasivamente en la acción resolutoria no se predica en función de que la *mora solvendi* constituya un requisito para que pueda operar el mecanismo de ineficacia contractual sobrevenida a que aquélla da lugar, sino que su presencia viene determinada como una simple consecuencia del hecho de que deba contrastarse la verificación efectiva de algo que sí constituye *condicio sine qua non* para que pueda entrar en juego la acción resolutoria: el incumplimiento del obligado. Que dicho incumplimiento tan sólo se patentice cuando el deudor queda incurso en mora por no haber atendido de manera adecuada el requerimiento de pago formulado por el acreedor, determina, sin duda alguna, que la figura de la *mora debitoris* entre a jugar en el campo de la resolución contractual, pero no por vía principal y como elemento constitutivo, sino como mera consecuencia obligada o efecto reflejo de la *interpellatio* al deudor, necesaria para acreditar su incumplimiento, ya que si no consta no puede operar con éxito el recurso resolutorio». Cfr. op. cit. en nota 36, p. 126; vid. asimismo, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 422, 423, 430, 433 y 434.

[42]Se señala que en aquellos supuestos en los cuales el legislador ha querido que la resolución del contrato vaya precedida de la constitución en mora lo ha exigido así de forma expresa. Tal es el caso del artículo 1.504 del Código civil («En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle un nuevo término»). De este modo, se indica que la consideración del artículo 1504 como *lex specialis* permite deducir que la *lex generalis* no impone la especial constitución en mora del deudor a efectos resolutorios. Vid. en este sentido, DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 36, p. 400; por su parte, CRISTÓBAL MONTES observa que establecer una relación entre los artículos 1504 y 1124 de *lex specialis* a *lex generalis* supone un esfuerzo baldío, ya que la única relación que existe entre ambos es la de que los dos artículos contemplan el tema de la resolución del contrato, uno de manera genérica, para cualquier contrato, y otro de manera singular referido a la compraventa de inmuebles. Para el citado autor, el artículo 1124 se caracteriza por la presencia de dos notas, una positiva, que es la necesidad de un pronunciamiento judicial, y otra negativa, que es la de que no es necesario que las partes hayan contemplado expresamente la posibilidad de poner en marcha semejante mecanismo para el caso de que tenga lugar, mediante el incumplimiento contractual. Por el contrario, el artículo 1504 regula el supuesto de un contrato de compraventa de inmueble con inclusión de la cláusula *lex commissoria*, que faculta al vendedor para apartarse del contrato si el comprador no paga el precio en el tiempo convenido. En este último caso, el deudor puede evitar la resolución del contrato siempre que abone el precio debido antes de que se le haya constituido en mora, mediante requerimiento judicial o notarial. «Como se observará, la consecuencia que cabe extraer de esta peculiar regla, claramente fundada en el principio *favor debitoris*, no es la que en la resolución general del artículo 1124 no hará falta la previa constitución en mora del deudor en razón de que cuando excepcionalmente se precisa así lo establece la ley, sino la de que si bien la inclusión de la *lex commissoria* en un contrato de compraventa determina su resolución *ope legis* caso de que el comprador no satisfaga el precio dentro

tiene antecedentes históricos diversos[43].

Frente a las críticas señaladas a las anteriores construcciones, se ha elaborado, partiendo del análisis de supuestos de hecho concretos, una hipótesis de carácter general que ha permitido suponer que es la constitución en mora y no el retraso en el cumplimiento de la obligación la que justifica el ejercicio de la acción de resolución[44].

El anterior sistema permite clasificar los supuestos de retrasos en el cumplimiento de la obligación en relación a la acción resolutoria en tres grupos. El primero, incluye todos aquellos casos en los que el deudor ha cumplido enteramente la prestación, pero retrasadamente. Aquí, se considera que no cabe la resolución al no haber ejercitado el acreedor, cuando pudo, la facultad de resolver el contrato. El segundo grupo comprende aquellas hipótesis en las que el deudor está cumpliendo la prestación, pero lo hace de forma retrasada. En esta categoría, se estima que la constitución en mora del deudor es un presupuesto ineludible para el ejercicio de la facultad de resolver el contrato. Y, finalmente, el tercero abarca los supuestos en los que el deudor no ha cumplido en modo alguno la prestación debida y el plazo para ejecutarla ha vencido. En esta escala, se admite que para el ejercicio de la acción de resolución del contrato sea necesaria la constitución en mora del

---

del plazo convenido, tratándose de la *emptio-venditio fundi* tal efecto no se produce de manera automática, sino que el deudor puede todavía evitarlo, «aún después de expirado el término», procediendo al pago extemporáneo del precio antes de que mediante la *interpellatio* correspondiente se le haya hecho caer en mora. Es decir, no una excepción al régimen del artículo 1214, con el que no guarda conexión alguna, sino excepción a los efectos normales que produce en el contrato de compraventa la inclusión del pacto comisorio». Cfr. op. cit. en nota 36, pp. 120-122.

[43]BENATTI apunta que la mora del deudor tiene su origen en el Derecho romano, mientras que la resolución surge en el Derecho consuetudinario francés. «El poder de requerir la resolución, pues, no desciende de los principios de la *mora debendi*, que es de origen romano, sino es un efecto de la cláusula resolutoria tácita, creación de los tribunales de los países de Derecho consuetudinario. La misma disciplina de la cláusula resolutoria tácita demuestra su autonomía respecto de la mora [...] la historia demuestra la independencia del instituto de la resolución del de la mora: y esta indicación permite resolver correctamente el problema de las relaciones entre el artículo 1453 y el artículo 1219 [...] Desde esta perspectiva, la falta de referencia del artículo 1453 al artículo 1219, asume el significado preciso de desvincular la resolución del contrato de la constitución en mora». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 58-63; por su lado, DÍEZ-PICAZO indica que si bien el argumento histórico es aparentemente muy fuerte, éste no es decisivo, pues el distinto origen histórico no determina la plena autonomía de las instituciones. «Por el contrario, aun tratándose de normas e instituciones con orígenes históricos distintos, su disciplina y funcionamiento en el Derecho moderno puede imponer la coordinación entre ambas si resulta exigida por aquellas finalidades de orden empírico que se trata de conseguir». Cfr. op. cit. en nota 36, pp. 400-401.

[44]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 36, pp. 401 y ss.

deudor[45].

Parece, por tanto, que la previa constitución en mora del deudor no debe considerarse como presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria, si además estimamos que ambas instituciones jurídicas tienen finalidades diferentes. Por un lado, la resolución tiene como finalidad la disolución del vínculo contractual que todavía se mantiene vigente entre las partes, cuando una de ellas ha incumplido su obligación. Y, por otro, la constitución en mora se configura como un medio previsto por el Ordenamiento Jurídico a los fines de trasladar los riesgos al deudor que puede todavía ejecutar un cumplimiento tardío de la obligación[46].

---

[45]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 36, p. 404, para CRISTÓBAL MONTES la anterior fórmula es ingeniosa y está elaborada a partir de la forma en la que los acontecimientos se desarrollan en la práctica, pero, entiende este último autor, que las elaboraciones jurídicas aunque no puedan apartarse o prescindir de los supuestos de hecho, no deben enunciarse exclusivamente a partir de datos fácticos, pues carecerían del necesario carácter general que ha de tener toda doctrina jurídica, así como sería difícil que la misma pudiera servir como criterio de clasificación, reglamentación y organización de todos los supuestos que pudieran plantearse en la vida real. Es por ello, por lo que este jurista considera que las conclusiones de aquél se resienten de esa excesiva dependencia del dato concreto. «Así estimar que cuando el deudor está cumpliendo retrasadamente la prestación, hace falta, para que el acreedor pueda pedir la resolución, que previamente se constituya a aquél en mora, mientras que tal cosa no se precisa cuando el deudor no ha cumplido en absoluto la prestación y el plazo para realizarla está vencido, supone poner a jugar el instituto de la *mora solvendi* en función de acontecimientos contingentes que nada tienen que ver con la circunstancia de que la misma constituya o no un elemento integrador de la *fattispecie* del mecanismo resolutorio por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas. Aparte de que si la presencia de la mora se requiere o excluye en razón de la situación de menor o mayor perjuicio que la conducta irregular del deudor pueda ocasionar al acreedor, tal como parece deducirse del cuadro que plantea el profesor Díez-Picazo, toda la fórmula se resiente de manera sensible en función de las mismas consideraciones prácticas sobre las que la misma se asienta. En efecto, habrá casos en que por más que el deudor esté precediendo tardía y fragmentariamente al cumplimiento de su prestación, el daño que semejante actuación ocasione al acreedor sea sensiblemente inferior del que al mismo irrogue el supuesto de incumplimiento total en el momento debido, pero en el entendido, por ambas partes, de que se trata tan solo de un escueto retraso de algo que tendrá entera verificación pasado cierto tiempo. Exigir en la primera hipótesis el juego de la mora y excluir el mismo en la segunda no sólo hallaría muy difícil justificación teórica, sino que, aunque no se manejen al respecto más que meras consideraciones prácticas, resulta de muy gravosa explicación y aceptación. Y es que los conceptos jurídicos se resisten a ser utilizados teniendo a la vista tan sólo algunos de los aspectos o manifestaciones de la total realidad a la que han de tener aplicación». Cfr. op. cit. en nota 36, p. 123.

[46]DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ indica que la acción de resolución del contrato y la constitución en mora del deudor son dos medios de defensa del derecho de crédito. Derecho que está protegido por nuestro Ordenamiento Jurídico en virtud de dos instituciones independientes y autónomas entre sí, que pueden coincidir en un momento determinado de la relación obligatoria. «Ahora bien, si se continúa pensando en la resolución contractual como una sanción que impone el ordenamiento a los incumplidores «culpables» (con esa intención que, en el fondo subyace de castigar los «pecados» de aquellos contratantes que no se han comportado según las reglas morales que rigen en un momento concreto en la sociedad y la de moralizar los comportamientos), si se piensa que el ordenamiento civil tiene atribuida esta tarea punitiva y que, incluso, participa de esta idea la constitución en mora del deudor incumplidor (el empleo actual de la expresión «moroso» denota ya un cierto carácter despectivo o peyorativo), se tiene por fuerza que afirmar la necesidad de la previa constitución en mora para permitirle al acreedor insatisfecho ejercitar la defensa de su derecho de crédito lesionado, puesto que, aun reconociendo tal lesión, el deudor no será

Por último, y a modo de conclusión, puede afirmarse que siempre que exista una lesión del derecho de crédito es posible que el acreedor perjudicado pueda solicitar la resolución del vínculo contractual[47]. Por ello, cualquier incumplimiento ya sea temporal, ya sea defectuoso o parcial, es susceptible de ser resuelto, sin necesidad de exigir requisito formal alguno.

2.2. EL RETRASO JURÍDICAMENTE RELEVANTE

Se plantea el supuesto de que si el retraso no cualificado como mora, el simple retraso, es susceptible por sí solo de hacer surgir en el deudor el deber de resarcir los daños y perjuicios que el mismo haya ocasionado al acreedor.

Un sector de la doctrina considera que el retraso no precedido de la constitución en mora no puede producir efectos jurídicos[48]. En este sentido, como argumentos en apoyo de

---

todavía lo suficientemente «culpable» para las concepciones morales que rigen en la sociedad. Pero, aunque esto fuera así, no escaparía de la crítica, porque los defensores de tal afirmación deberían tratar con la misma dureza y rigor a cualquier otro tipo de incumplidor y no permitir, entre otras cosas, la resolución por un incumplimiento fortuito, ya que en esos deudores no concurren el elemento de reprochabilidad que la resolución necesita». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 408-409.

[47]Señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que siempre que se produzca un daño al acreedor, de modo general y en línea de principio, debe permitírsele al mismo accionar la resolución contractual. «Si el Tribunal que conozca del recurso tiene fundados motivos para estimar que se trata de un ejercicio abusivo de tal derecho, podrá (justificándolo) fijar un plazo para el cumplimiento. Y si llegado el momento previsto, el deudor no ha hecho nada al respecto o lo realizado es inadecuado o defectuoso, la resolución se activará *ipso ture* sin necesidad de un nuevo proceso». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 410; para el Derecho italiano, se exige, en virtud del artículo 1455 del *Codice civile*, a los efectos resolutorios, que el retardo en el cumplimiento no sea considerado de escasa importancia, en este sentido, BENATTI se pronuncia en los siguientes términos: «Aplicando el artículo 1455 a la hipótesis en la cual el acreedor requiere la resolución por retardo, se deriva que el Juez, cuando el retardo revista escasa importancia, teniendo en cuenta los intereses de la contraparte, debe desestimar la demanda; y esto se encuentra muy próximo a lo que ocurría bajo el imperio del Código abrogado, cuando, pudiendo aparecer «según las circunstancias» excesivo un requerimiento de resolución frente a un leve retardo, el Juez concedía una dilación». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 54-55; vid. también NATOLI y BIGLIAZZI-GERI , op. cit. en nota 1, p. 231; VISINTINI, op. cit. en nota 35, pp. 428 y ss.

[48]Vid. en la doctrina italiana RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, pp. 9 y ss. y op. cit. en nota 1, p. 910; MAGAZZÚ, op. cit. en nota 25, p. 935; VALSECCHI, *Sulla illiceità...*, cit. en nota 1, p. 247; BENATTI por su parte indica que no existen normas que puedan invocarse a favor de la opinión que considera el retardo en el cumplimiento suficiente para fundamentar una responsabilidad por daño. Si a esto se le añade la falta de cualquier otro argumento en apoyo de esta tesis debería ser evidente que el *Codice civile* de 1942 permanece fiel al sistema tradicional según el cual la obligación de resarcimiento es, junto a la *perpetuatio obligationis*, un efecto exclusivo de la mora. Para el autor, el punto débil de la tesis que atribuye relevancia al retardo, consiste en haber separado el efecto del resarcimiento del daño del de la *perpetuatio obligationis*, uniéndolos a dos supuestos diferentes: el primero, el mero retardo y el segundo, la mora. «Históricamente los dos efectos han estado siempre estrechamente

esta orientación se señalan, por un lado que si el acreedor tuviera un gran interés en recibir la prestación, en un momento concreto, nada le impediría pactar un supuesto de mora automática con la llegada del término o del plazo fijado para cumplir. Igualmente, en segundo lugar, se ha destacado que si el término es esencial, el retraso en el cumplimiento de la prestación no da lugar a una situación de mora sino a un incumplimiento definitivo. Y, finalmente, también se ha subrayado el hecho de que dado que el sistema de constitución en mora fijado por el Código civil es de carácter objetivo, no sería justo, en este supuesto, que el riesgo tuviera que soportarlo el deudor sin que previamente hubiera sido constituido en mora[49].

Por el contrario, no menos importante es el segundo grupo de autores que opina que si el deudor se retrasa injustificadamente en el cumplimiento de la obligación a su cargo, ello es suficiente para originar un perjuicio de carácter patrimonial al acreedor. Por ello, se considera que el simple retraso es relevante a los efectos de considerarlo fundamento de la indemnización de daños y perjuicios[50].

---

conectados, y tal conexión no deriva de una ocasional coincidencia, sino se funda en una profunda exigencia: éstas representan dos aspectos de la tutela del idéntico interés del acreedor de ser indemnizado por el perjuicio sufrido por no haber recibido puntualmente el cumplimiento. La regla del art. 1218 está dirigida a resarcir el daño que el acreedor sufre a causa de la violación, por parte del deudor, de la obligación de cumplir tempestivamente, en cuanto que tal daño sea «consecuencia inmediata y directa» del retardo (1223). El art. 1221, haciendo recaer sobre el deudor el riesgo de la imposibilidad no imputable sobrevenida durante la mora, protege, por otra vía pero con el mismo objeto, al acreedor, evitando que se resienta de un evento dañoso que no se habría verificado si el deudor hubiese cumplido en debido tiempo. Aparece, por ello, más coherente sobre el plano sistemático afirmar que la aplicación de las dos normas está subordinada a la presencia de los mismos presupuestos, tanto más que una interpretación diferente, la cual una la *perpetuatio* a la mora y el efecto del artículo 1218 al simple retardo, está en oposición con el desarrollo histórico de la mora y no encuentra justificación alguna [...] La alternativa que se presenta al intérprete es, por ello la siguiente: o se admite que el simple retardo produzca al mismo tiempo la obligación de resarcimiento y la *perpetuatio obligationis*, o bien se reconducen ambos efectos a la constitución en mora. Esta última es, sin duda, la solución exacta. Está conforme con la tradición histórica y también con el dato positivo: en el caso de que se coordinase al retardo no solo el artículo 1218, sino también el artículo 1221, el instituto de la mora perdería su significado; seria, en definitiva, un instituto inútil [...] La interpretación del art. 1139 debe tener en cuenta el proceso histórico a través del cual esta regla se ha venido formando y del cual resulta que la responsabilidad del deudor por retardo en el cumplimiento debe estar subordinada a la constitución en mora». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 36-43; en nuestra doctrina vid. GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 56; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 423 y ss.

[49]Cfr. GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 56.

[50]En este sentido se pronuncian NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, que afirman que no se puede dudar de que en las hipótesis en las que exista un simple retraso nos encontremos ante un supuesto de incumplimiento y, por ello, no se debe considerar de otro modo el que aquél tenga la misma relevancia que cualquier tipo de incumplimiento, el cual se concreta, en primer lugar, en el resarcimiento del daño ocasionado. «Según las disposiciones de los artículos 1218 y 1223 que, aludiendo genéricamente a un retardo, hacen referencia a todo aplazamiento de la

Desde esta perspectiva, el retraso puede adquirir una evidente relevancia, no únicamente económica sino también jurídica en una economía de intercambio de géneros y de servicios, donde se requiere una mayor rapidez en el desarrollo de las relaciones obligatorias, a través de una disposición ágil y veloz de los bienes y de los servicios contratados[51].

Negarle la importancia al retraso en el cumplimiento, a efectos de la indemnización de daños y perjuicios, supondría impedir los avances científicos, tecnológicos, económicos, sociales y jurídicos en una sociedad en constante crecimiento y de avanzado progreso como la actual.

De este modo, se ha indicado que, con la finalidad de impulsar el desarrollo comercial y económico, es preciso proteger la prontitud, la rapidez y el dinamismo en los negocios a través de mecanismos que permitan la disminución de los riesgos en las relaciones obligatorias y jurídicas. Para ello se hace necesaria la penalización de cualquier tipo de incumplimiento no justificado, y la adopción de un concepto estricto y riguroso de cumplimiento, que permita que el coste de tal ejecución de la prestación sea siempre inferior al importe de las posibles indemnizaciones consecuencia de cualquier lesión contractual[52].

2.3. PRESUPUESTOS Y EFECTOS DEL RETRASO

El retraso indica aquella situación jurídica en la que se halla la relación obligatoria cuando, vencido el término dentro del que la prestación debía haber sido ejecutada, el

---

prestación de cualquier modo imputable al deudor, independientemente del hecho de que éste haya ya estado o no constituido en mora. Ni tampoco puede traerse como argumento en contrario el artículo 1224, que se refiere a los daños en las obligaciones pecuniarias, liquidándose sustancialmente según la medida de los intereses legales a partir «del día de la mora». Porque aunque se admita que aquí el término mora esté efectivamente empleado en sentido técnico y no como equivalente de un retardo no cualificado posteriormente (como ciertamente hace el Código en otras ocasiones, por ejemplo en el artículo 1591), esto no suprimiría la posibilidad del resarcimiento en modo diverso para el período de retardo eventualmente anterior a la mora; prescindiendo de la liquidación legal y recurriendo a la regla general indicada en el artículo 1223». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 230-231; vid. también MAGAZZÚ, op. cit. en nota 25, p. 935; BARAONA, op. cit. en nota 34, pp. 109-113; puede, asimismo, verse DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 410-411.

[51]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 621; CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1979, pp. 315 y ss.; BARAONA, op. cit. en nota 34, pp. 109 y ss.

[52]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 338; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 414.

deudor no la ha cumplido exactamente, lo que no impide un cumplimiento posterior[53].

Este retraso, para ser considerado jurídicamente relevante, se distingue por el no cumplimiento a tiempo de la prestación debida[54], por la ilicitud del mismo[55] por su incertidumbre acerca de una posterior ejecución[56], y por la posibilidad objetiva de cumplimiento tardío y satisfacción diferida del interés creditorio[57].

---

[53]Vid. GIORGIANNI, op. cit. en nota 35, p. 867, VALSECCHI, *Sulla illiceità...*, cit. en nota 1, p. 246; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 224.

[54]Es preciso que llegado el vencimiento de la obligación, el deudor no haya realizado acto o comportamiento de clase alguna para ejecutar la prestación a su cargo, pues, de otro modo, si éste la realizó de un modo incorrecto o parcial, no cabe la consideración de la misma como retraso, sino como incumplimiento. Si, por otro lado, el término de cumplimiento pactado tiene la consideración de esencial o final, el no cumplimiento de la prestación, llegado el día señalado para ello, supondría un verdadero y definitivo incumplimiento.

[55]Señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que la ilicitud del retraso se produce cuando se ha verificado judicial o extrajudicialmente la exigibilidad de la deuda. A partir de ese momento se podrá considerar que nos encontramos ante una dilación injusta y, por ello, el deudor será responsable de su incumplimiento. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 424-427; vid. asimismo CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 51, pp. 179 y ss.; RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, pp. 8 y ss.; VALSECCHI, por su parte, indica que cuando no se cumple la prestación se puede hablar de retardo, pero no es cierto que con solo verificarse el momento de la exigibilidad de la prestación y de la actuabilidad de la obligación el deudor sea siempre responsable del retardo y sujeto a la sanción correspondiente. «Responsabilidad por retardo y sanción reposan en un presupuesto diverso, que puede cronológicamente coincidir con la exigibilidad, como puede también no coincidir con ésta, pero que, lógicamente se distingue de la exigibilidad. Para indicar este último momento, se suelen emplear diversas fórmulas, pero lo que cuenta es que esté claro el concepto con el que se quiere indicar el momento hasta el cual el deudor puede no cumplir sin incurrir en la sanción y después del cual la sanción se produce. Se ha hablado de término de mora, de momento de actualización del deber, pero más expresiva me parece la fórmula momento de responsabilidad por retardo o de ilicitud del retardo, o bien, más claramente, momento de responsabilidad por ilicitud del retardo». Cfr. *Sulla illiceità...*, cit. en nota 1, p. 246.

[56]Lo que califica la situación de incertidumbre es la falta de conocimiento objetivo acerca de si el deudor va a cumplir o no la prestación en un momento posterior. Señalan NATOLI y BIGLIAZZI-GERI que esta situación provisional está destinada a asumir un relieve diferente según el modo en el que se resuelve la incertidumbre. Puede ocurrir que el deudor se decida a cumplir, ejecutando tardíamente la prestación. En este caso, la situación de retardo se puede decir que ha terminado, pero adquirirá un relieve autónomo, en particular a los fines del resarcimiento de los eventuales daños, que el aplazamiento de la prestación pudiera haber ocasionado al acreedor. Puede, por el contrario, ocurrir que la inicial situación de retardo se transforme en incumplimiento definitivo y pierda, de este modo, toda autónoma relevancia. Esto ocurre, precisamente, cuando la incertidumbre, se resuelve en la certeza de la imposibilidad física, material o jurídica de una ejecución posterior de la prestación. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 226-227; vid. también, GIORGIANNI, op. cit. en nota 35, p. 867; MAGAZZÚ, op. cit. en nota 25, p. 934.

[57]GIORGIANNI, en este sentido, indica que el retardo en el cumplimiento de la obligación debe suponer que la prestación sea aún posible, dado que una sobrevenida imposibilidad de la misma excluiría definitivamente el cumplimiento. «En el sistema legislativo, sin embargo, la imposibilidad de la prestación no incide siempre de igual manera sobre el vínculo obligatorio, en cuanto ésta produce la extinción exclusivamente en el caso en el que derive de una causa no imputable al deudor, mientras que, diversamente, el vínculo perdura aún con un contenido transformado (resarcimiento del daño) [...] Para que exista un simple retraso en la prestación, en el sentido de que el infructuoso vencimiento del término no provoca el definitivo incumplimiento, es además necesario que la prestación sea aún útil para el acreedor». Cfr. op. cit. en nota 35, pp. 867-868.

De este modo, puede considerarse que todo retraso que no reúna las características antes señaladas deberá ser considerado como incumplimiento definitivo, parcial o defectuoso, incluyéndose en este último supuesto a los incumplimientos temporales, cuando sea posible una corrección posterior de los mismos[58].

En cuanto a los efectos del retraso, si tras el mismo el cumplimiento de la obligación resulta imposible, o no satisface de forma objetiva el interés del acreedor, éste puede ejercitar el derecho a resolver el contrato[59].

En caso contrario, es decir, cuando se mantenga intacta la posibilidad de cumplir la obligación tardíamente y sea aún idónea para satisfacer el interés creditorio, el acreedor de una obligación retrasada puede igualmente optar por el cumplimiento extemporáneo de la prestación[60].

En relación a la indemnización de daños y perjuicios[61], se ha observado que la misma es una institución jurídica que tiene como fundamento la necesidad de compensar al acreedor de los menoscabos que haya podido sufrir como consecuencia de un incumplimiento contractual, y que la constitución en mora del deudor es un vehículo regulado por el Ordenamiento Jurídico para trasladar al deudor incumplidor los riesgos de los casos fortuitos que pudieran afectar al exacto cumplimiento de la prestación. De este modo, se precisa que para que el retraso dé lugar a la indemnización de daños y perjuicios no es necesario que haya estado precedido por la constitución en mora del deudor[62].

---

[58]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 419.

[59]De todos modos, hay que tener presente que la resolución contractual es un mecanismo que nuestro Ordenamiento Jurídico contempla para las obligaciones recíprocas. Se considera, por tanto, como requisito de tal acción, no solamente la exigibilidad de la prestación sino, además, que la parte que la pretenda haya cumplido o se haya allanado a cumplir la obligación a su cargo.

[60]Señala, en este sentido DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que cuando la obligación es a plazo, el deudor estará constituido en mora desde el momento en que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación y, en consecuencia, se le trasladarán todos los riesgos inimputables de pérdida, perecimiento o imposibilidad física o legal de la prestación. Si, de otro modo, nos encontramos ante un supuesto de *mora ex re*, el deudor continúa obligado a cumplir la prestación si el acreedor tiene interés en el mismo, pues, además, los casos fortuitos no le exoneran de responsabilidad. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 431-432.

[61]Para una exposición de las doctrinas contrapuestas en torno a esta cuestión, vid. lo señalado en los epígrafes 2.1 y 2.2 de este capítulo.

[62]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 432-434.

Pero, en realidad, a pesar de que ambas instituciones jurídicas tengan un distinto fundamento y surjan para regular y satisfacer necesidades diversas, pueden coincidir en el tiempo, pues, para que el deudor responda de los daños y perjuicios que el retraso haya originado, es necesario que sea considerado incumplidor, y esto únicamente se constata cuando ha habido una efectiva exigencia de la prestación por parte del acreedor. El momento de la interpelación, por ello, es el que verdaderamente determina el instante del incumplimiento y, asimismo, el que provoca el traslado de los riesgos al deudor[63]. En este sentido es en el que coincidirían vencimiento, exigibilidad y constitución en mora; así, si el deudor no cumple no solamente será responsable del incumplimiento, sino que además, se encontrará constituido en mora, lo que supone que asumirá los riesgos de los fortuitos que sobrevenidamente afecten a la prestación[64].

3. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR

Ha sido señalado que el único presupuesto que, con carácter general, debe ser tenido en cuenta para la plena eficacia del traspaso de los riesgos al deudor es el incumplimiento de la obligación.

---

[63]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 36, pp. 126-128.

[64]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que, además, advierte que: «las obligaciones sometidas a plazo inicial de cumplimiento que para devenir exigibles (o más bien exigidas) necesariamente han de venir precedidas de una interpelación del acreedor al deudor exigiéndole el cumplimiento. El incumplimiento coincide con la constitución en mora porque ambos en este caso requieren del acto formal (judicial o extrajudicial) de la intimación. Ni siquiera es un requisito entendido estrictamente de la constitución en mora. Lo que sucede es que no se pueden trasladar los riesgos a un deudor que todavía no está obligado a cumplir, es un deudor cuya obligación es hasta el vencimiento la de garantizar el posterior cumplimiento exacto de la obligación y que hasta la efectiva exigencia del acreedor está legitimado para cumplir, está facultado para realizar la prestación y si lo hace será un pago que se ajusta estrictamente a las consecuencias jurídicas del pago. Por ello, la interpelación deviene, por así decirlo de algún modo, requisito tanto del incumplimiento como de la constitución en mora (o de traslado de los riesgos fortuitos) [...] En las obligaciones con término esencial, vencimiento, exigibilidad y constitución en mora son automáticas, surgen con la misma obligación y, por tanto, el incumplimiento de la obligación da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios. En las obligaciones sinalagmáticas habrá de estarse a su tiempo de cumplimiento y si son de cumplimiento simultáneo, el problema de la determinación del momento del incumplimiento se resuelve cuando uno de ellos haya cumplido o se allane a cumplir lo que le incumbe (*exceptio non adimpleti contractus*). Desde ese momento ya no existe concurrencia de incumplimientos contractuales, sino que la configuración como incumplimiento vendrá dada por el cumplimiento de la parte que lo reclama. En las de cumplimiento no simultáneo, las reglas a aplicar son las mismas que las de las obligaciones con plazo inicial de cumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 422-423.

La mora, en esta línea, se concibe como un efecto más de la responsabilidad por incumplimiento y, por ello, comparte los requisitos esenciales de los demás efectos que éste origina[65].

Por otro lado, no existe uniformidad en la doctrina a la hora de configurar los elementos constitutivos de esta institución como requisitos o bien como presupuestos de la misma[66], pues lo que algunos autores consideran requisitos de la constitución en mora, otros, por el contrario, los conceptúan como auténticos presupuestos de la misma[67].

---

[65]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 521-522; señala BENATTI que la mora del deudor es una posible consecuencia del incumplimiento inexacto. No obstante, indica que cualquier investigación que se dirija a determinar si por mora debe entenderse un efecto jurídico, o bien un hecho, es vana, pues «en sí y por sí la mora no es ni un hecho ni un efecto jurídico, sino que la misma indica algunas veces los hechos y otras los efectos jurídicos que de la misma se derivan». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 57.

[66]Define la Real Academia de la Lengua española «presupuesto» como *motivo, causa o pretexto con que se ejecuta una cosa*, mientras que «requisito» lo delimita como *circunstancia o condición necesaria para una cosa*. Cfr. *Diccionario de la Lengua española. Real Academia española, 21ª edición*, Madrid, 1996.

[67]Para GRAMUNT los requisitos de la constitución en mora son los siguientes: la exigencia del cumplimiento, la exigencia expresa o interpelación, la llegada del término, la exigencia resultante de la naturaleza y circunstancias de la obligación y el previo cumplimiento en las obligaciones reciprocas. Indica, asimismo, que los presupuestos de la mora son la exigibilidad, el carácter positivo de la obligación y la posibilidad objetiva del cumplimiento posterior. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 13-54; para DÍEZ-PICAZO los requisitos de la situación de mora son: el carácter positivo de la obligación, la exigibilidad de la prestación, la liquidez de la deuda, la imputación al deudor del retraso en el cumplimiento y la interpelación del acreedor, salvo en los casos en los que la ley no lo considere necesario. Vid. op. cit. en nota 1, p. 626; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, por su parte, estima que el único presupuesto de la constitución en mora del deudor es el incumplimiento de la prestación, asimismo, entiende que los requisitos de la mora son los mismos que los señalados anteriormente por DÍEZ-PICAZO. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 522-538; LARENZ indica que los presupuestos de la mora son el vencimiento, el requerimiento y el incumplimiento de la prestación. Vid. *Derecho de obligaciones, Tomo I*, Madrid, 1958, p. 340; BADOSA estima que el presupuesto de la constitución en mora es la exigibilidad del cumplimiento. Vid. op. cit. en nota 10, p. 33; SANTOS BRIZ considera que los presupuestos de la mora son el retraso en el cumplimiento, la imputabilidad al deudor del retraso, la liquidez de la obligación y su vencimiento, y el requerimiento del acreedor al deudor para que cumpla su obligación. Vid. op. cit. en nota 3, pp. 62-63; BENATTI apunta que los presupuestos de la constitución en mora del deudor son la exigibilidad, la liquidez de la deuda y la intimación del acreedor al deudor. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 85-144; para NATOLI y BIGLIAZZI-GERI muchos de los presupuestos no son comunes a todas las hipótesis de mora, así, el único que es general a todas ellas es el de la exigibilidad del cumplimiento. Vid. op. cit. en nota 1, p. 237; finalmente, MAZZARESE apunta que los presupuestos de la mora son la culpa del deudor, la certeza de la prestación, la exigibilidad de la misma y la liquidez de la deuda. Vid. op. cit. en nota 1, p. 446.

3.1. PRESUPUESTOS DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR

3.1.1. LA NOCIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

Es conveniente, a los fines de facilitar la tarea de definir el incumplimiento, abordar previa y someramente lo que deba entenderse por cumplimiento de la obligación, pues ambos conceptos, dentro de la Teoría general de las obligaciones, se encuentran íntimamente relacionados, y la noción de uno dependerá de cómo hayamos configurado o entendido la otra.

Se ha indicado que la noción de cumplimiento depende en gran medida de la idea que se tenga en torno a la estructura de la obligación misma.

Para la concepción subjetivista de la obligación, según la cual el acreedor es titular de un derecho subjetivo sobre la persona del deudor, la prestación es una actividad de carácter personal que el obligado debe ejecutar y el acreedor tiene derecho a exigir. El cumplimiento de la misma solo puede tener lugar mediante la realización por el deudor de la concreta conducta dirigida a ejecutar lo debido -deber de prestación-. En el supuesto de ejecución forzosa o de actuación voluntaria de un tercero, no estaríamos en presencia de un genuino pago, sino tan solo ante la mera satisfacción del interés creditorio que, a lo sumo, podrían ser considerados como subrogados o sustitutivos del cumplimiento.

De otro lado, para las doctrinas objetivas o patrimonialistas, que parten de las tesis alemanas de *Schuld* y de *Haftung* -deuda y responsabilidad-, conciben el cumplimiento de la obligación como la obtención del fin económico perseguido y la realización del derecho del acreedor sobre el patrimonio del deudor.

Se ha observado, a este respecto, que la concepción personalista lleva consigo una consideración estricta del cumplimiento, que lo reduce a la ejecución de la prestación mediante la oportuna actuación del deudor, mientras que las teorías patrimonialistas nos llevan a una noción amplia del cumplimiento, en la medida en que se difumina la conducta del obligado en beneficio del único objetivo de obtener, por cualquier medio, la plena satisfacción del interés del acreedor[68].

---

[68]Vid. CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, pp. 13-18.

Sin embargo, en la doctrina actual, se ha destacado que la obligación es aquella relación jurídica en virtud de la que una persona determinada, llamada deudor, está vinculada a un comportamiento, patrimonialmente valorable, para satisfacer un interés, aunque no sea patrimonial, de otra persona determinada, llamada acreedor, que tiene derecho al cumplimiento por parte de la primera. Este concepto de obligación nos lleva a una noción de cumplimiento que supone plasmar, mediante unos hechos de uno u otro signo, el plan exacto e íntegro que fue contemplado a la hora de la configuración del vínculo. Cumplimiento de la obligación es, por tanto, la realización exacta y absoluta de la prestación debida, de tal modo que, si la prestación ejecutada por el deudor, o por un tercero, no se acomoda perfectamente a las previsiones establecidas por las partes, el obligado no habrá cumplido y, en su caso, no quedará liberado del vínculo jurídico que le ata mediante este concreto acto[69].

No obstante, cumplimiento de la obligación no debe ser considerado como sinónimo de extinción de la misma, pues ambos son conceptos diferentes. Para que, en este sentido, pueda entenderse que el cumplimiento ha producido la extinción de la obligación y, por ello, la liberación del deudor, es necesario que reúna una serie de requisitos, relativos a los sujetos, al objeto y al tiempo y lugar del mismo.

Respecto a los sujetos, es preciso que en ambas partes concurran la capacidad y legitimación necesarias para la regularidad del cumplimiento.

Desde el punto de vista del objeto, se requiere la identidad y la integridad de la prestación, así como que ésta se adecue al programa pactado por las partes al constituir la obligación.

Y, con referencia al tiempo y lugar, se exige que el cumplimiento se realice en el momento y en el emplazamiento precisos, de acuerdo con la relación obligatoria pactada.

De todo ello, se deduce que para verificar si una obligación ha sido cumplida será necesario tener en cuenta el particular contenido de la concreta relación obligatoria al que se refiere.

La exactitud de la prestación deberá ser, por tanto, valorada en concreto, con relación a la singular prestación. Es, en este sentido, en el que la doctrina italiana ha

---

[69]Cfr. GIORGIANNI, *Lezioni di Diritto civile*, Milano, 1956, pp. 3 y ss.

señalado que el cumplimiento, al menos desde el punto de vista funcional, no puede más que calificarse como realización -*attuazione*- del contenido de la obligación.

Por tanto, para que el cumplimiento produzca la extinción de la obligación ha de ser considerado como la exacta y puntual ejecución de la prestación por parte del deudor. Es preciso que éste sea exacto, es decir, que se ajuste de forma absoluta al programa prestacional pactado y que, además, satisfaga el interés del acreedor.

En términos generales, en consecuencia, puede considerarse como un comportamiento del deudor que se ajusta al programa de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria. Y, por ello, en el supuesto de que la prestación ejecutada por el deudor, o por un tercero, no se adecue a las previsiones dispuestas por las partes, el deudor no habrá cumplido y, de este modo, no podrá liberarse mediante el «cumplimiento» de la misma[70].

3.1.2. EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

El incumplimiento de la obligación se constituye en un presupuesto esencial para la constitución en mora del deudor y, con carácter general, en el único requisito necesario para la efectiva traslación de los riesgos al deudor incumplidor[71].

Hay que tener en cuenta, además, que las expresiones del incumplimiento pueden tener una apariencia diferente según las observemos desde la posición del acreedor o desde la del deudor. Desde el primer punto de vista, la cuestión está en determinar cuando el interés del mismo ha quedado enteramente satisfecho o cuando, por el contrario, ha habido

---

[70]Vid. GIORGIANNI, op. cit. en nota 69, pp. 3 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 68, pp. 13 y ss.; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, pp. 478 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 347 y ss.; NICOLÓ, *Adempimento. Diritto civile*, Enciclopedia del Diritto, Tomo I, Milano, 1958, p. 555; ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, pp. 1-12; CARRASCO PERERA, *Comentario al artículo 1.101 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. I*, Madrid, 1989, pp. 392 y ss.; BERCOVITZ, *Comentario al artículo 1.157 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, pp. 164-165; JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado. (A propósito de una jurisprudencia reciente)*, Anuario de Derecho Civil, 1991, pp. 20 y ss.; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956; DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996, pp. 126-130; CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 51, pp. 28-44.

[71]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 521-522.

una infracción del derecho de crédito del cual aquél es titular. Desde el lado del deudor, habrá que analizar hasta que punto se ha respetado o trasgredido el deber jurídico al que se encuentra sujeto[72].

Sin embargo, de forma habitual, cuando se ha hablado de incumplimiento se ha subrayado su aspecto subjetivo, es decir, el comportamiento culpable del deudor en la obligación que le incumbe[73]. En este caso, ante un supuesto de falta de ejecución de la prestación, llegará a constituir técnicamente incumplimiento si esta situación objetiva está motivada por la culpabilidad del deudor[74].

---

[72]DÍEZ-PICAZO señala, en este sentido, que el problema que se plantea en el uso de la idea de incumplimiento es que gravita principalmente sobre la posición del deudor y la infracción de su deber jurídico, dejándose en un segundo plano el punto de vista de la satisfacción del derecho de crédito. «La cosa se complica todavía más si en la idea de «incumplimiento» se engloba una determinada valoración del comportamiento del deudor, pues resulta muy difícil adoptar una idea neutral y objetiva de incumplimiento que prescinda de tal valoración». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 567-568; por su parte, CRISTÓBAL MONTES apunta que si se tiene en cuenta el punto de vista del deudor y de la infracción de su deber jurídico, se abarcaría un concepto amplio de incumplimiento, que supondría toda infracción del deber jurídico del deudor, lo cual significa cuestionar la responsabilidad, la imputabilidad y la participación del obligado en la violación de su deber jurídico. Si, de otro modo, se analiza el incumplimiento desde la perspectiva del acreedor y de la satisfacción o no de su derecho de crédito, lo único que preocupa sería analizar si el acreedor ha quedado o no satisfecho, lo cual, en principio, es independiente de cualquier juicio que se haga sobre la conducta del deudor y en sí mismo se puede considerar como un hecho totalmente objetivo. Asimismo señala este autor, con respecto a la posición de DÍEZ-PICAZO, que: «si bien es cierto que la idea de incumplimiento cabe contemplarla desde la perspectiva del deber que soporta el deudor o desde la del derecho que ostenta el acreedor, no lo es menos que el punto de vista utilizado no puede dar lugar a dos conceptuaciones diferentes de un fenómeno jurídico que dogmáticamente es uno solo. Algo meramente secundario e instrumental cual es la perspectiva no puede ocasionar la aparición de dos figuras distintas y ni siquiera el ámbito de operatividad mayor o menor de un único mecanismo. Esto es, no cabe estimar que si se parte de la infracción por el deudor de su deber de prestación estamos frente al incumplimiento y si, por el contrario, se considera la insatisfacción del interés del acreedor nos hallamos frente a la lesión del derecho de crédito, correspondiendo al primero un ámbito de actuación significativamente mayor que el de la segunda, porque ello nos introduce en una dinámica que no se corresponde con la particular naturaleza de la relación obligatoria y, sobre todo, porque distorsiona el campo normal en que se manifiesta la dinámica de la misma». Cfr. *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid. 1989, pp. 15-16.

[73]JORDANO FRAGA señala que si se tienen en cuenta los principios de la teoría de la culpa, no es suficiente, para generar la responsabilidad en el deudor, el hecho objetivo del incumplimiento, sino que se requiere una valoración negativa de la conducta del deudor en términos de culpa. «Ahora bien, si el criterio decisivo de la responsabilidad contractual fuese la culpa, es decir, un comportamiento reprobable del deudor, no tendría sentido exigir con carácter general que el impedimento liberatorio incida sobre el contenido de la prestación. Cualquier impedimento -a ser coherentes con la teoría de la culpa- objetivo o subjetivo que fuese, que impidiera la prestación sin culpa del deudor habría de tener eficacia liberatoria. Y ello porque si la culpa es el fundamento de la responsabilidad, la ausencia de la culpa excluye la responsabilidad misma al excluir su fundamento». Cfr. *Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español*, Anuario de Derecho Civil, 1985, pp. 335-336.

[74]Vid. PINTÓ RUIZ, *Incumplimiento de las obligaciones civiles*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XII, Barcelona, 1965, p. 185; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral, Tomo III*, Madrid, 1967, p. 58; ALBALADEJO, *Derecho...*, cit. en nota 1, p. 178; GIORGIANNI, op. cit. en nota 35, p. 861; BARASSI, op.

De otro modo, el incumplimiento también puede ser considerado como una situación jurídica objetiva, que se individualiza en virtud de la ausencia de satisfacción del interés del acreedor, prescindiendo del comportamiento culposo del deudor[75].

El artículo 1.101 del Código civil determina las consecuencias indemnizatorias ante el incumplimiento obligacional[76]. En éste se fijan las distintas consecuencias de la obligación de indemnizar[77].

Del mismo modo, se ha señalado que esta norma contiene una regla clara de responsabilidad contractual, en tanto que el deudor que incumple su obligación resulta responsable. Por ello, lo que en un primer momento se destaca de la lectura de este artículo 1.101 es que la responsabilidad del deudor se vincula al hecho del incumplimiento que, de modo general, se describe de forma objetiva, exento de características subjetivas o de referencias a comportamiento alguno[78].

Sin embargo, el propio artículo 1.101 ha dado lugar a exacerbadas críticas pues se

---

cit. en nota 2, pp. 298 y ss.; vid. también, JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, p. 340.

[75]Vid. GIORGIANNI, op. cit. en nota 35, p. 861.

[76]Señala, en este sentido, CARRASCO PERERA que no es esta la norma que regula la responsabilidad contractual, «sino la genérica responsabilidad obligacional, cuando la obligación que se infringe estaba previamente constituida, por contrato, ley o cuasi contrato. Es de aplicación, en consecuencia, a los contratos, pero también a las obligaciones que surgen directamente de la ley (tutela, régimen económico del matrimonio), así como a las que derivan de una coexistencia de situaciones jurídico-reales entre sujetos, y la ley haya impuesto en estas relaciones la existencia de obligaciones (v.gr., arts. 500, 544, 555, 556, 569, etc.). Igualmente, cuando la obligación nazca con carácter legal en una relación determinada por el hecho sucesorio (arts. 783, 784, 808, 811, 899, 969, 1.064)». Cfr. op. cit. en nota 70, pp. 377-378; en igual sentido SANTOS BRIZ: «El artículo 1.101 es la regla general en nuestro ordenamiento de la responsabilidad obligacional, que se aplica incluso a las obligaciones no situadas en el Derecho civil cuando las leyes especiales nada dispongan al respecto (art. 4, párr. 3° del CC; arts. 2 y 50 del Cco, y 4 de la LCT)». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 83.

[77]Cfr. BADOSA, *Comentario al artículo 1.101 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 35; vid. igualmente CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 70, p. 379; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, p. 276; por su parte, CRISTÓBAL MONTES observa, a este respecto, que: «La idea es clara. Cuando un deudor voluntariamente no realiza la prestación que debe, hay que advertir primero si la misma es susceptible de verificación todavía, en cuyo caso tendrá lugar mediante la ejecución forzosa en forma específica (arts. 1.096 y 1.098 C.c.), o bien cabe obtener similar resultado a través de algún medio sustitutorio del cumplimiento, o si, por el contrario, la prestación resulta de imposible realización en virtud de circunstancias que son imputables al deudor. Es aquí cuando surge una nueva o, mejor, se transforma la primigenia obligación en otra de indemnizar o resarcir el daño causado, mediante la mutación de la originaria prestación en una nueva que consiste en entregar al acreedor el equivalente monetario de aquélla». Cfr. op. cit. en nota 72, p. 208.

[78]Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, p. 288.

le ha considerado confuso y susceptible de provocar múltiples interpretaciones[79].

El precepto hace referencia a cuatro modos diferentes de infracción de la obligación, dos de tipo objetivo, que son la morosidad y la contravención al tenor de la obligación, y dos de tipo subjetivo, que se refieren a la conducta del deudor, que son el dolo y la culpa. Los cuatro supuestos se localizan en el período de cumplimiento de la obligación[80]. Dolo y culpa se consideran como fundamentos subjetivos de responsabilidad, mientras que la mora y la contravención se perciben como modalidades objetivas de infracción obligacional causantes de los daños[81]. Esta localización del dolo y la culpa en el período de cumplimiento supone que se les sitúa en un momento concreto de la evolución de la obligación, en una etapa de la vida de la relación obligatoria[82].

Por otro lado, el artículo 1.101 regula las fuentes de la indemnización de forma independiente a la consideración de si la obligación se ha extinguido o no. El supuesto de

---

[79]Cfr. CRISTÓBAL MONTES que, además, indica que el Código civil español al regular en los términos en los que lo hace el tema del incumplimiento, está contribuyendo muy poco a la recta configuración dogmática de la institución. Para este autor, la redacción del artículo 1.101 «es una forma harto singular de enfocar el incumplimiento, una injustificable mezcla de conceptos y situaciones, y la puesta en escena a un tiempo de factores subjetivos y objetivos que, necesariamente, deben acarrear confusión en torno a la figura» Cfr. op. cit. en nota 72, pp. 17-18; por otro lado, BADOSA observa que una de las peculiaridades del artículo 1.101 es la heterogeneidad de sus supuestos, dos de ellos son subjetivos y se conectan al comportamiento del deudor: el dolo y la negligencia, y los otros dos son objetivos y están referidos a la obligación: la morosidad y la contravención al tenor de la obligación. «Esta heterogeneidad en la configuración oculta una verdadera confusión ya que el art. 1.101 considera que en cada uno de los cuatro supuestos «concurren» dos cualidades diferentes: la de «fundamento de responsabilidad» («Quedan sujetos a la indemnización») y la de «infracción causante de los daños» («daños y perjuicios causados»). Hay que decir además que el art. 1.101 no es el único que incurre en la confusión de ambas funciones; hay otros artículos que también contemplan la infracción a la vez como causa de daños y fundamento de responsabilidad (arts. 1.107, 1.718 I). Frente a esta confusión, hay que distinguir en el seno del art. 1.101 los «fundamentos subjetivos de la responsabilidad» que son el dolo y la culpa y las «modalidades objetivas de infracción obligacional» causantes de los daños que son la mora y la contravención al tenor de la obligación». Cfr. op. cit. en nota 77, pp. 35-36; vid. también CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 70, p. 377.

[80]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 351; BADOSA, op. cit. en nota 77, p. 35.

[81]Apunta BADOSA que la relación entre ellos es la de que los fundamentos de responsabilidad, dolo y culpa, son la causa de la infracción obligacional, mora y contravención, que son, a su vez, causa de loa daños. Vid. op. cit. en nota 77, p. 35; igualmente, este mismo autor señala lo siguiente, a este respecto: «Así, pues, en el art. 1.101 no se exponen cuatro fundamentos de responsabilidad ordenados dos a dos, ya que ni mora ni contravención, ni dolo ni culpa son por sí mismos y aisladamente fundamentos de responsabilidad, sino dos puntos de vista o dos perspectivas de un único fenómeno. La mora o contravención dolosas o culposas o la culpa y el dolo causantes de la mora o la contravención son supuestos de hecho de la responsabilidad. Los cuales pueden enfocarse desde el plano objetivo de la causa de los daños y entonces pondremos en primer término la infracción obligacional o desde el plano subjetivo subrayando el dolo y la culpa como fundamento de la indemnización». Cfr. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, p. 252.

[82]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 81, pp. 238 y ss. y en op. cit. en nota 77, pp. 35-36.

hecho que contempla es diverso al de los artículos 1.182 y siguientes del Código civil. El deudor que queda liberado de responsabilidad, en virtud del artículo 1.101, es un supuesto más amplio que el del deudor que se exime de su obligación en sede del artículo 1.182[83].

En cuanto a la contravención, el concepto acoge la totalidad de los supuestos de hecho posibles de lesión al derecho del acreedor. Su contenido incluye tres grupos de casos distintos: aquellos supuestos de conducta contradictoria con la señalada en la prestación o falta de cumplimiento, las hipótesis de mal cumplimiento cuando la disensión se centra en el objeto de la conducta y, finalmente, cuando la discrepancia surge en torno a las circunstancias del cumplimiento[84].

Por último, es de destacar los numerosos problemas de interpretación a los que ha dado lugar esta norma en nuestra doctrina. En este sentido, se plantean una serie de cuestiones respecto del mismo. Así, la primera de ellas consiste en saber si basta el hecho del incumplimiento para hacer generar responsabilidad o si es necesario hacer referencia al dolo, a la culpa o al caso fortuito, como criterios de imputación[85]. En segundo lugar, cabe preguntarse si el contenido de la responsabilidad contractual se agota únicamente en la indemnización de daños y perjuicios o si, por el contrario, ésta es mayor. Por último, habría que observar si es indispensable la imputabilidad al deudor para que se puedan ejercitar aquellos otros remedios, diferentes al de la compensación de daños, que se le conceden al

---

[83]Cfr. CARRASCO PERERA que, igualmente, en este sentido, propone el siguiente ejemplo: «Si la persona contratada para pintar una casa deja caer sobre el tapiz del acreedor un bote de pintura porque el hijo de éste empujó la escalera sobre la que se sostenía, el deudor no responde, pero en ningún lugar queda dicho que se extingue su obligación de pintar. El pasajero del autobús que sufre lesiones cuando el conductor tuvo que hacer maniobras violentas para evitar al suicida que se lanzó a la carretera, no puede (dejamos de lado la cuestión del seguro obligatorio) reclamar por culpa al conductor, pero no ve extinguido su crédito para ser conducido al punto de destino, ni se extingue la obligación del deudor de llevarlo incólume en el resto del viaje». Cfr. op. cit. en nota 70, p. 384.

[84]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 77, p. 36; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 70, pp. 384-385.

[85]Para DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ se contemplan en la norma en cuestión esquemas de responsabilidad objetiva: «Si efectivamente, nuestro artículo 1.101 se toma del francés y de sus precedentes, se ha de afirmar que contempla un sistema de responsabilidad por daños absolutamente objetivo, lo cual no significa negarle relevancia a los motivos subjetivos, que naturalmente se acogen, sino más bien admitir la eficacia de los meramente objetivos. Es decir, que para que la contravención dé lugar a la obligación de resarcir los daños que haya causado, únicamente es necesario que el acreedor que los reclame pruebe la existencia de la obligación y el nexo de causalidad entre su incumplimiento y los daños que alega haber sufrido. Si además demuestra que el deudor actuó con dolo, responderá de todos los que conocidamente se deriven de su falta de cumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 352.

acreedor para la defensa de su derecho de crédito lesionado[86].

Aparte de estas precisiones, a partir de un punto de vista amplio, el incumplimiento puede ser considerado[87] como cualquier desviación del programa de prestación pactado por las partes[88]. En este sentido, por tanto, el incumplimiento consistirá en cualquier contravención al tenor de la obligación, tenga o no como consecuencia el incumplimiento definitivo de la misma o se alcance la ejecución de la prestación[89].

---

[86]Respecto a los medios de tutela que el acreedor debe disponer frente a un incumplimiento PANTALEÓN indica que se pueden clasificar de la siguiente manera: 1. Pretensión de cumplimiento, que incluye la reparación de los vicios o defectos o la sustitución del objeto, así como también cualquier forma de corregir la prestación defectuosa. 2. Remedios sinalagmáticos: resolución del contrato, reducción del precio y *exceptio inadimpleti contractus*. 3. Remedios indemnizatorios: en los que cabe diferenciar entre responsabilidad contractual, en sentido estricto, y la indemnización de los gastos del contrato. 4. Pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado obtenido por el deudor a costa del acreedor. Vid. *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, Anuario de Derecho Civil, 1993, pp. 1727-1728; por otro lado, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ señala que el Código civil solamente conecta la necesidad de la imputabilidad del incumplimiento a la obligación de indemnizar. Vid. op. cit. en nota 1, p. 356.

[87]Se ha señalado que es preciso partir de un concepto propio de incumplimiento contractual, lo cual nos llevaría a señalar la existencia de una uniformidad en la normativa que regula el Derecho de obligaciones y, en particular, el Derecho del incumplimiento. En esta línea, PANTALEÓN indica lo siguiente: «La primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u originaria, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en éste la evicción y las cargas o los vicios ocultos de la cosa vendida, los defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido, y los llamados «vicios ruinógenos» en el contrato de obra». Cfr. op. cit. en nota 86, pp. 1720-1721.

[88]En esta dirección, JORDANO FRAGA indica lo siguiente: «La misma prestación (definida con un determinado contenido) que es parámetro del (exacto) cumplimiento, es, precisamente por ello, parámetro del no (exacto) cumplimiento: todo lo que no sea (exacto) cumplimiento -realización (exacta) de la prestación debida, tal y como se define por la relación obligatoria de que se trate-, es no (exacto) cumplimiento -no realización (exacta) de dicha prestación debida-, y como tal, punto de partida de un juicio de responsabilidad contractual (art. 1.101 Cc.), que concernirá al deudor no (exactamente) cumplidor». Cfr. op. cit. en nota 70, p. 24; para DÍEZ-PICAZO en el concepto de incumplimiento contractual, puede señalarse que el centro de gravedad es la inobservancia de la regla de conducta establecida en el contrato, se incumple cuando no se ejercita lo que se ha ordenado en virtud del contrato. «Por ello, preferimos cargar el acento en la perspectiva de la satisfacción o de la violación del derecho de crédito, preguntándonos en 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. Esta perspectiva, que es la que tratamos de acoger, al situar al fenómeno bajo la rúbrica de «lesión del derecho de crédito», parece mucho más adecuada». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 568-569; sin embargo, CARRASCO PERERA señala que en el Código civil el incumplimiento se define de forma negativa, pues estaremos frente a una contravención de la obligación cuando la prestación no reúna los requisitos que establece el artículo 1.157 y siguientes para que el deudor quede liberado. «Exactitud subjetiva, integridad, identidad de la prestación, plazo y lugar de cumplimiento, etc.». Cfr. op. cit. en nota 70, p. 392.

[89]Para MARTÍNEZ CALCERRADA este incumplimiento general, al que denomina «incumplimiento infracción», supone que el deudor se aparta de lo convenido y no cumple aquello que ha prometido realizar, es decir, no ejecuta la prestación debida, «implica el aniquilamiento de la finalidad del contrato o fuente de la obligación,

Por otro lado, el incumplimiento de la obligación produce una serie de efectos jurídicos que se comprenden en la noción de responsabilidad contractual[90].

Alguno de estos mecanismos que el Ordenamiento Jurídico confiere al acreedor para la defensa de su derecho de crédito, se preceptúan de modo exclusivo para singulares y determinadas obligaciones, así, por ejemplo, a propósito del resarcimiento del daño, para las obligaciones pecuniarias, se estatuye que el perjuicio se determine por la ley en la medida del interés legal[91].

También debe tenerse presente que el comportamiento de las partes puede ser fuente de responsabilidad e, igualmente, éste es trascendente en la valoración del alcance de los efectos del incumplimiento. De este modo, en la determinación de la magnitud de la indemnización, se tiene en cuenta si ha habido dolo o culpa en el deudor, en la evicción si ha concurrido mala fe y en la acción redhibitoria se valora el conocimiento objetivo de los vicios ocultos[92]. Es más, se puede afirmar que el dolo y la culpa pueden ser, por sí mismos, fundamentos de responsabilidad, desde el punto de vista de los riesgos, no del de los daños. En este sentido, el artículo 1.182 del Código civil, que señala que la pérdida de la cosa debida sin culpa del deudor extingue la obligación, a contrario puede interpretarse en el sentido de que la pérdida dolosa o culposa de la cosa no extingue la obligación sino que la perpetúa[93].

---

rompiéndose así el dogma informador de su esencia: *pacta sunt servanda* o lo convenido debe cumplirse; la Ley del Contrato se vulnera o infringe, pues, por el deudor que incumple, por lo que la conducta de éste desoye crasamente el precepto establecido en el artículo 1.091: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos». Cfr. *Cumplimiento defectuoso de la prestación (Su inclusión en la «contravención» o cuarta causa del artículo 1.101 del Código civil)*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1976, p. 1344; vid. igualmente, GIORGIANNI, op. cit. en nota 69, p. 163; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 72, pp. 13-14.

[90]Pueden señalarse, entre otros, los siguientes efectos: acción de cumplimiento, indemnización de daños y perjuicios, resolución del contrato, acción redhibitoria, evicción, traslación de los riesgos.

[91]Vid. GIORGIANNI, op. cit. en nota 69, p. 164.

[92]Para DÍEZ-PICAZO la indagación acerca del comportamiento de las partes es importante para determinar la responsabilidad por incumplimiento, pero no para definir el incumplimiento mismo. Vid. op. cit. en nota 1, p. 568.

[93]Observa DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en este sentido, lo siguiente: «Lo mismo ocurre cuando por un comportamiento doloso del obligado la condición se vuelve imposible, la prestación alternativa se imposibilita, la cosa debida se deteriora y todos aquellos supuestos contemplados legislativamente de mejoras, deterioros y pérdidas «no fortuitas» del objeto de la obligación. Igualmente se origina la responsabilidad del deudor cuando éste

La responsabilidad contractual, en este caso, supone que el deudor asuma los efectos económicos lesivos que la transgresión de la obligación haya ocasionado a los intereses del acreedor[94].

Finalmente, si se parte de la veracidad de estas proposiciones, se ha señalado que tanto las Teorías subjetivas como las objetivas de la responsabilidad contractual llegan a las mismas conclusiones pero por vías distintas. Al considerar que el incumplimiento de la obligación supone una desviación del programa de prestación, los subjetivistas señalan que la responsabilidad está determinada por la presencia de culpa en sentido amplio, mientras que los objetivistas indican que ésta rige cuando no concurre el caso fortuito y, en este

---

deliberadamente no se hace encontrar en su domicilio para que el acreedor reciba el pago o se dirija a un lugar diverso al pactado para realizarlo. Incluso se debe estudiar la posibilidad de acoger las conductas del deudor, como fundamento propio del deber de indemnizar, en aquellos tipos de obligaciones que, aun teniendo por objeto un resultado, éste no se puede alcanzar sin emplear la diligencia debida. Por ejemplo, un contrato de transporte en el que el transportista, a pesar de haber trasladado al acreedor al lugar pactado, ha empleado una conducta dolosa durante el viaje, o en el arrendamiento de obra en el que el arrendatario (contratista) ha realizado la obra, pero con molestias para el acreedor deliberadamente causadas. En mi opinión, la diligencia (contrapuesta al dolo, mala fe y buena fe) en el cumplimiento de las obligaciones no debe contemplarse como una obligación accesoria, sino como integradora de la propia obligación (arts. 1.094 y 1.104.2 Cc.), es decir, se integraría en el concepto de «contravención en el modo de realizarla», como contemplaba el Proyecto de 1.851». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 358-360; para BADOSA el artículo 1.102 del Código civil aclara la ambigüedad surgida en lo relativo al dolo en el artículo 1.101, y lo presenta únicamente como fundamento de responsabilidad, «esto quiere decir que el dolo es un «criterio de imputación» al deudor de las modalidades de la infracción obligacional (en el art. 1.101 la mora o la contravención al tenor de la obligación) y lo es porque consiste en una conducta ilícita del deudor [...] La negligencia es el segundo fundamento de responsabilidad. En base a esta eficacia, el art. 1.103 está redactado en función del art. 1.102, tanto en contemplación suya como muestra el adverbio «igualmente» como en contraste con él, al haber suprimido el carácter necesario de su prestación, ya que al no citar la prohibición del pacto de impunidad está admitiendo su validez. A su vez, introduce el art. 1.104 que define el concepto cuya eficacia enuncia el art. 1.103». Cfr. *Comentario a los artículos 1.102 y 1.103 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, pp. 36-40.

[94]Vid. BADOSA que, además, indica que el conjunto de la responsabilidad del deudor queda constituida por la obligación de indemnizar los daños y por la ejecución forzosa. La efectividad de la responsabilidad queda, en nuestro Ordenamiento Jurídico, asegurada por la garantía patrimonial universal, fijada en el artículo 1.911 del Código civil. En cuanto a la indemnización, ésta no es sinónima de eliminación de los daños causados por el incumplimiento, pues éstos pueden también eliminarse *in specie*, actuando sobre sus causas, como en el supuesto contemplado por el artículo 1.098 II *in fine*. «La obligación de indemnizar es sólo uno de los medios de dicha eliminación, el más importante debido a su generalidad que lo hace aplicable a todo tipo de daños, ya que actúa sobre ellos no sobre su causa y actúa por «compensación» del daño mediante dinero no por su eliminación». Cfr. op. cit. en nota 77, p. 34; en contra de estos argumentos, se pronuncia DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ en el siguiente sentido: «En este punto discrepo de la opinión de BADOSA de que la obligación de indemnizar los daños constituya, junto a la ejecución forzosa, declarada compatible con ella por el artículo 1.096.1, el conjunto de la responsabilidad del deudor por infracción obligacional. Se olvida el autor de incluir la *perpetuatio obligationis* que se incluye dentro de los efectos de la responsabilidad y que es igualmente compatible con las anteriores y que viene reconocida en el artículo 1.096.2 del Código civil (y desarrollada en los arts. 1.100 y 1.182 y ss. del mismo cuerpo legal)». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 357.

sentido, se afirma que es lo mismo decir que hay responsabilidad cuando aparece culpa, que decir que la hay si no se presenta el caso fortuito[95].

3.1.3. EL LÍMITE DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El debate existente en torno a la responsabilidad contractual, de cuál sea el límite de la misma y la prueba que el deudor debe aportar para exonerarse de ésta, separa a la doctrina en dos corrientes bien diferenciadas: las Teorías subjetivistas, por un lado, y las objetivistas, por otro. Ambos grupos se presentan como dos modelos antagónicos de concebir el grado de esfuerzo que se le debe exigir al deudor en el cumplimiento de su obligación. En esta orientación, el debate se sitúa entre escoger la opción por una reducción del margen de constancia, tenacidad y firmeza requerido al deudor en el cumplimiento o, por el contrario, dar preferencia a una tutela rigurosa del crédito en torno a esta misma disciplina[96].

Las doctrinas subjetivistas condicionan la relevancia del incumplimiento al presupuesto de la culpa, por tanto, consideran que es necesario, para que éste surja, que haya sido motivado por un comportamiento culpable del deudor, solo de esta manera se origina la responsabilidad contractual[97]. El fundamento de esta responsabilidad está siempre determinado por la culpa[98]. En este caso, el acreedor, para reclamar la responsabilidad del deudor, no solamente habrá de probar el hecho mismo del incumplimiento, sino también que éste ha sido debido a un comportamiento doloso o culposo del deudor.

El criterio que se utiliza para eximir de responsabilidad al deudor es el de la

---

[95]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 360 y 374; asimismo, vid. JORDANO FRAGA, *Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español*, Anuario de Derecho Civil, 1984, pp. 119-120; en op. cit. en nota 73, pp. 287-297; y op. cit. en nota 70, p. 94.

[96]Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 95, pp. 121 y 143.

[97]Vid. PINTÓ RUIZ, op. cit. en nota 74, p. 185; CASTÁN, op. cit. en nota 74, p. 58; vid. también JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 95, p. 122; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 576; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 361.

[98]Vid. ALBALADEJO, *Derecho...*, cit. en nota 1, p. 178.

diligencia del buen padre de familia o el que, en su caso, haya determinado explícitamente la obligación, según los artículos 1.094[99] y 1.104[100] del Código civil[101]. El deudor, en contrapartida, habrá de probar que si incumplió el contrato no fue por culpa suya. Su exoneración, en este caso, es la no-culpa[102]. De este modo, no concurre la culpa en el deudor cuando el incumplimiento ha estado determinado por un evento que no le es imputable por caso fortuito o fuerza mayor. Estos últimos se conciben como un impedimento que, por no ser imputables al deudor, non son culpables[103].

---

[99]Artículo 1.094 del Código civil. «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia».

[100]Artículo 1.104 del Código civil. «La culpa o negligencia del deudor 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».

[101]Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 95, p. 122 y en op. cit. en nota 73, p. 336; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, pp. 576-577; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 72, pp. 210 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ señala como las doctrinas subjetivistas en nuestro país han encontrado los mismos obstáculos insalvables que aquellos con los que se encontraron las mismas corrientes de pensamiento en los Ordenamientos extranjeros. «En primer lugar, el propio precepto legal. El artículo 1.101 no da pie para sustentar la teoría subjetiva formulada de esta manera (responsabilidad=incumplimiento negligente), porque es cierto que la negligencia es un fundamento de la responsabilidad, pero no el único [...] En segundo lugar, el artículo 1.094 está haciendo referencia a las obligaciones de dar, porque en ellas hay una obligación añadida de conservación y custodia, cuando la cosa debida se encuentra en poder del deudor. Es verdad que todas las obligaciones han de cumplirse con diligencia y si se «cumplen», sin que haya puesto en ello la diligencia exigida, existe incumplimiento contractual, pero no necesariamente todo incumplimiento ha de ser culpable-negligente. En tercer lugar, se encuentra el hecho de que el artículo 1.101 del Código civil sólo hace referencia a uno de los efectos del incumplimiento o a una de las medidas de protección que la ley otorga al acreedor insatisfecho: el de la obligación de indemnizar, pero no al resto (v. gr., pretensión de cumplimiento, ejecución forzosa de la obligación, resolución por incumplimiento, perpetuación de la obligación) [...] Por último, se debe destacar que el artículo 1.105 del Código civil establece expresamente el límite de la responsabilidad contractual y éste no es la diligencia, sino el caso fortuito». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 361-364.

[102]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 72, p. 210.

[103]Vid. ALBALADEJO, *Derecho...*, cit. en nota 1, pp. 165 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 72, pp. 210-211; por su parte, JORDANO FRAGA, en este sentido, indica que: «La crítica a la doctrina de la culpa puede construirse, pues, sobre las dos perspectivas esenciales íntimamente unidas del juicio de responsabilidad. En el plano de la afirmación de la responsabilidad contractual (de su fundamento) se cuestiona el papel de la culpa como único presupuesto de la misma, pues ello conduce a la exigencia redundante de un doble fundamento de responsabilidad: culpa e incumplimiento (o mejor aun, culpa y obligación que subsiste insatisfecha), siendo ambos por sí solos suficientes para generar responsabilidad separadamente (se recuerda a estos efectos el carácter esencial de la responsabilidad a la noción misma de obligación). También se cuestiona el papel de la culpa desde la perspectiva de la exoneración de la responsabilidad. La ausencia de culpa como prueba liberatoria no puede bastar para exonerar al deudor incumplidor, porque no destruye el fundamento de la responsabilidad: la obligación que subsiste y subsiste insatisfecha. La responsabilidad contractual subsistirá en tanto la obligación no se extinga, y para extinguirla no basta la ausencia de culpa (también aquí en sentido técnico, es decir, la prueba de la diligencia,

Por otro lado, las doctrinas objetivistas[104] de la responsabilidad han sufrido una evolución desde su origen. En un primer momento, se entendió que la responsabilidad se fundaba en el mero incumplimiento del deudor, excluyendo completamente toda vinculación al fundamento de la culpa[105]. No obstante, la culpa era relevante, a los efectos de la responsabilidad contractual, cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación se debía a un comportamiento culpable del deudor[106].

En un momento posterior, la objetividad de la responsabilidad se constituye en relación a los criterios de imputación, sin que asuma en este campo importancia alguna el comportamiento del deudor. De este modo, se indica que el límite de la responsabilidad contractual es la imposibilidad objetiva de la prestación, lo cual supone que aquélla quedará excluida cuando se pruebe que el incumplimiento ha sido debido a una causa externa al ámbito de actuación del deudor y de carácter catastrófico, mientras que las causas internas a la esfera de control del obligado quedan a su cargo, aunque éstas no sean debidas a su culpa[107].

---

pues en la medida en que se entienda otra cosa se incurre en un mero juego de palabras). Aquí reside una de las características más señaladas de la doctrina de la culpa y uno de sus flancos más vulnerables: la separación arbitraria entre el ámbito de la liberación de la responsabilidad contractual (en que al deudor basta dar la prueba de la ausencia de culpa suya) y el de la extinción de la obligación (en que aquella prueba resulta insuficiente), lo que plantea, a su vez, el explicar la irresponsabilidad del deudor frente a una obligación que subsiste y subsiste insatisfecha». Cfr. op. cit. en nota 95, pp. 153-155; vid. igualmente DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, pp. 577-578.

[104]SANTORO indica como el ambiente histórico en el que aparecen las doctrinas objetivistas a principios de siglo, es precisamente el surgido tras la Primera Guerra Mundial, período caracterizado por la aparición de las primeras huelgas, por las repercusiones de los eventos bélicos en una economía en la cual, de un lado, los poderes públicos intervienen limitando fuertemente la libertad de la iniciativa privada y, de otro, la inestabilidad de la moneda, con consecuencias inevitables sobre las relaciones obligatorias. Vid. *La responsabilità contrattuale*, Padova, 1992, p. 7; vid. también JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 95, pp. 134-139.

[105]Vid. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, Rivista di Diritto Civile, 1918, pp. 209 y ss., 313 y ss., y 417 y ss.

[106]Para JORDANO FRAGA el primer objetivismo se caracterizó por limitar el ámbito de la responsabilidad contractual en el que la culpa operaba como fundamento de la misma. De constituir la culpa el fundamento de toda responsabilidad contractual pasó a serlo solo de parte, es decir, de la responsabilidad solo por imposibilidad sobrevenida. Para este autor, en este momento se puede decir que la responsabilidad no es objetiva, si por objetividad se entiende la irrelevancia del comportamiento del deudor en la determinación de la responsabilidad, y en la medida en que aún queda un ámbito de la misma en el que la culpa es relevante. Vid. op. cit. en nota 95, p. 122.

[107]Vid., en este sentido, TRIMARCHI que indica que cuando se trate de prestaciones de empresa, tales como el transporte o la construcción, el objeto de facilitar una distribución óptima de los recursos puede ser realizado mejor si se aplica el régimen de la responsabilidad objetiva. «La responsabilidad objetiva, cubriendo todos

Se habla, en este sentido, de responsabilidad objetiva con dos significados. Conforme al primero, se hace referencia a la objetividad en relación a la imposibilidad, en este caso, el deudor es responsable por el simple incumplimiento, sin referencia alguna a su comportamiento, siempre que la prestación sea posible. Y, con respecto al segundo, éste se expresa en términos de objetividad en la imputación, y se emplea especialmente a propósito de la responsabilidad empresarial. En esta última hipótesis el deudor asume el daño derivado de las causas internas a su ámbito de control, y se descarta cualquier juicio sobre su conducta[108].

Por otro lado, otros autores han señalado que no es necesario hacer referencia a criterio de imputación alguno para fijar la responsabilidad contractual por incumplimiento, puesto que es éste el fundamento primero y último de aquélla[109].

En nuestro Derecho, las reglas generales de responsabilidad-exoneración vienen establecidas en los artículos 1.101, 1.105[110], 1.182 y 1.184 del Código civil. El artículo 1.101 se refiere al incumplimiento en sentido material, a la falta o inexactitud del resultado debido en la obligación, a la insatisfacción del acreedor por la ausencia o la defectuosidad del cumplimiento[111].

---

los incumplimientos debidos a causas internas a la organización del deudor y aquellos debidos a causas externas que no sean de naturaleza catastrófica, pone a cargo del deudor mismo los factores que puedan presumirse dominados por el hombre [...] Tratándose de responsabilidad objetiva ésta opera también cuando el incumplimiento no sea evitable, según el estado actual de la técnica. Pero si se trata de un incumplimiento debido a causas internas a la empresa o a causas externas que no sean manifiestamente irresistibles, es presumible que el desarrollo de la técnica pueda aportar nuevos métodos para dominar tales causas de mal funcionamiento de la empresa. La responsabilidad objetiva tiene, por ello, el efecto de impulsar el progreso técnico». Cfr. *Sul significato economico dei criteri di responsablità contratttuale*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1970, pp. 521 y 523.

[108]Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 95, p. 123.

[109]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 354.

[110]Artículo 1.105 del Código civil. «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».

[111]Para JORDANO FRAGA, con esta visión del artículo 1.101 del Código se explica la mención a la negligencia como defecto de cumplimiento en aquellas obligaciones cuyo contenido es la prestación de un *facere* diligente -obligaciones de medios o de actividad-. Igualmente, para este autor, la mora se concibe, en virtud de esta norma, como inexactitud temporal de la prestación, también aquí como hecho material de incumplimiento. «En cambio, la mención del dolo es equivocada en esta sede. El dolo no es una forma de materializar el incumplimiento (como hecho), no es un presupuesto material de responsabilidad, sino que es un criterio de agravación de responsabilidad (art. 1.107 C.c.). El dolo, por tanto, como criterio de responsabilidad, no pertenece al plano de la

Una vez establecido el hecho material del incumplimiento de la obligación, para situar la responsabilidad del deudor es preciso determinar si éste le puede ser atribuido o no, es decir, si la falta o la inexactitud de la prestación están justificadas o no; aquí nos encontramos en el plano del juicio de responsabilidad contractual. En este segundo plano es donde entran en juego los artículos 1.105, 1.182 y 1.184 del Código civil.

Para algún autor, en esta dirección de pensamiento, el deudor no es responsable del incumplimiento de la obligación cuando ésta se ha extinguido en virtud de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por una causa no imputable a él mismo[112].

Junto a estas normas, el artículo 1.183 del Código civil[113] señala una regla en cuanto a la carga de la prueba, en este caso, es el deudor el que ha de probar el hecho liberatorio-extintivo para eximirse de responsabilidad. Es sobre el deudor, por ello, sobre quien recaen las consecuencias de la falta de prueba de cada uno de los elementos que constituyen el hecho liberatorio-extintivo de la responsabilidad: la imposibilidad sobrevenida de la prestación, su causa específica y la no imputabilidad de la misma[114].

Para estos autores, por tanto, la prueba liberatoria del deudor, que supone, asimismo, el límite general de la responsabilidad contractual y es causa de extinción de la obligación, es la imposibilidad sobrevenida de la prestación por una concreta causa no

---

materialidad del incumplimiento, sino al de su imputabilidad. Es decir, que como criterio de responsabilidad opera sobre cualquier forma de incumplimiento material (no es una de ellas), y como criterio de responsabilidad agravada, supone un agravamiento de las consecuencias que el ordenamiento normalmente conecta al incumplimiento (aquí no ya en sentido material, sino «imputable», es decir, infracción material cualificada con arreglo a los criterios de responsabilidad como susceptible de dar lugar a la misma)». Cfr. op. cit. en nota 73, p. 293; vid. también BADOSA, op. cit. en nota 77, pp. 34 y ss.

[112]Cfr. JORDANO FRAGA que, asimismo, señala que todo lo que no sea liberación del deudor que, al mismo tiempo, supone la extinción de la obligación, debe ser considerado incumplimiento. En este sentido, estima este autor, el deudor responde, con o sin culpa en tanto que su ausencia no es suficiente por sí sola para extinguir la obligación, pues la obligación subsiste insatisfecha. El deudor, por ello, responde en tanto no dé la prueba de la extinción de la obligación. De este modo, la relación entre responsabilidad (incumplimiento) y exoneración (extinción de la obligación, no-cumplimiento) resulta perfecta, pues todo cuanto no sea extinción de la misma, en virtud de la prueba liberatoria, es subsistencia de la obligación insatisfecha, lo cual debe ser entendido como incumplimiento y, por tanto, responsabilidad. Vid. op. cit. en nota 73, p. 294.

[113]Artículo 1.183 del Código civil. «Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 1.096».

[114]Cfr., por todos, JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, p. 294.

imputale al deudor[115].

La imposibilidad sobrevenida de la prestación inimputable se convierte, de este modo, y con carácter general, en el límite de la responsabilidad contractual[116].

El hecho que constituye la imposibilidad liberatoria-extintiva de la obligación se compone de dos elementos: uno objetivo, que es la imposibilidad sobrevenida, y otro subjetivo, que es la no imputabilidad de la imposibilidad al deudor[117].

La imposibilidad de carácter sobrevenido presupone la existencia previa de la obligación, que se ha contraído válidamente, con todos sus requisitos, incluido el de la posibilidad del objeto[118]. Ésta puede ser temporal o definitiva, en la primera hipótesis la

---

[115]Vid., por todos, JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, p. 297; para GIORGIANNI el artículo 1.218 del *Codice civile* regula el incumplimiento derivado de la imposibilidad de la prestación inimputable al deudor. Pero si la prestación es aún posible, este supuesto quedaría regulado por otras normas del mismo cuerpo legal. De esta manera, la norma del artículo 1.218 no se constituye en una norma general de la responsabilidad contractual, pues ésta únicamente se aplicaría a los supuestos en los cuales el incumplimiento deriva de una imposibilidad sobrevenida, pues también cabe la posibilidad de que el deudor se libere de su obligación, en determinados casos, cuando haya prestado la diligencia debida. Por ello, sólo en aquellas obligaciones reconducibles a la idea de custodia, la responsabilidad se agotaría en el artículo 1.218 del *Codice*. Vid. op. cit. en nota 35, pp. 874 y ss.; en nuestro Ordenamiento, del mismo modo, señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que los artículos 1.182 y siguientes del Código civil únicamente regulan uno de los supuestos posibles del incumplimiento, es decir, el determinado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación, pero cuando es todavía posible el cumplimiento, el hecho generador de responsabilidad es la falta de diligencia. «La imposibilidad sobrevenida o la dificultad extraordinaria imputable al deudor no es el único supuesto en que éste debe responder al acreedor por la insatisfacción de su interés porque jurídicamente se le considera incumplidor. En efecto, puede suceder que el deudor no haya tenido ningún obstáculo para cumplir, pero no lo ha hecho o lo ha hecho defectuosamente. Aquí el incumplimiento se manifiesta en la inactividad (o en la actividad contraria a lo obligado, como en el caso de las obligaciones negativas o de no hacer), o en la actividad que no satisface íntegramente el interés del acreedor. La reglamentación de este último incumplimiento requiere entonces la determinación del esfuerzo que el deudor estaba obligado a desarrollar para cumplir, según la doctrina común. En otras palabras, el deudor incumple y es responsable por la omisión de la diligencia debida (arts. 1.101 y 1.104), ya que la diligencia es la que le impone aquel deber de esfuerzo y su contenido concreto». Cfr. *Sistema de Derecho civil, Vol. II*, Madrid. 1985, p. 274.

[116]Vid. MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, Enciclopedia del Diritto, Tomo XX, Milano, 1970, p. 407.

[117]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 72, pp. 146 y ss.

[118]Señala CRISTÓBAL MONTES que esta es una situación distinta a la de la imposibilidad *ab initio*, y se origina cuando, nacida una obligación con una prestación perfectamente ejecutable, surge un acontecimiento que determina que la misma no pueda tener eficacia, en virtud de motivos que, física o legalmente, lo impiden. «Es en este caso cuando tiene entrada la que se denomina imposibilidad sobrevenida o sucesiva de la prestación, que supone la existencia de una causa objetiva, permanente y absoluta obstativa de la realización del acto solutorio, acarrea la frustración del programa de prestación contemplado y determina, en expresión de Giorgianni, «la hipótesis más clara de incumplimiento definitivo». Cfr. op. cit. en nota 72, p. 23; vid. asimismo, ALBALADEJO, *Derecho...*, cit. en nota 1, pp. 314-320; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, p. 328; SANTORO, op. cit. en nota 104, pp. 32 y ss.

imposibilidad únicamente se constituye en causa de justificación del retraso en el cumplimiento; de otro lado, si el impedimento es permanente, el deudor queda exonerado de un modo absoluto y definitivo de su obligación, pues ésta se extingue[119].

Asimismo, la imposibilidad, según su incidencia en el objeto de la prestación, puede ser total o parcial, según alcance a toda la prestación o solo a una parte de la misma, en este último supuesto, el resto de la obligación permanece todavía posible[120].

En cuanto a los caracteres que la imposibilidad sobrevenida ha de poseer para que adquiera relevancia, son la objetividad y la absolutidad. La objetividad es entendida como una cualidad del impedimento que lo supone inherente a la intrínseca entidad del contenido concreto de la prestación, se trata de un impedimento que se opone a la ejecución de la prestación en sí y por sí misma considerada, con exclusión de todo elemento extrínseco a la misma prestación y de las condiciones particulares del sujeto obligado[121]. El carácter

---

[119]Vid. OSTI, op. cit. en nota 105, pp. 209-210; MOSCO, op. cit. en nota 116, p. 435; ALBALADEJO, *Derecho...*, cit. en nota 1, pp. 316-317; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, p. 329.

[120]Vid. ALBALADEJO, *Derecho...*, cit. en nota 1, p. 316; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 72, pp. 41-52; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, pp. 656-657; MOSCO, op. cit. en nota 116, p. 436.

[121]Cfr. OSTI que, asimismo, señala la contraposición entre ésta y la imposibilidad subjetiva, que es aquella que depende de las condiciones particulares del deudor, de un impedimento insertado en su persona o en la esfera de su economía, sin estar necesariamente vinculado al contenido intrínseco de la prestación. Sin embargo, el autor indica que puede igualmente darse el caso de que una imposibilidad relativa a la persona del deudor o a su economía asuma el carácter de objetiva: «no siempre las condiciones particulares del sujeto obligado han de valorarse como elementos extrínsecos respecto al contenido de la prestación». En este sentido, este jurista, hace referencia a las prestaciones de hacer infungibles, tales como las obligaciones intelectuales, artísticas, científicas, de profesores, médicos y abogados, «se podría decir que deviene objetivamente imposible la prestación solamente cuando por enfermedad física o mental, o por impedimento personal (por ejemplo, prisión en tiempo de guerra o repentino alistamiento en el ejército) el deudor no pueda desarrollar la actividad a la cual estaría obligado». Cfr. op. cit. en nota 105, pp. 217-219; para SANTORO esta regla de OSTI que señala que el deudor puede liberarse de responsabilidad sólo cuando la imposibilidad de la prestación sea una imposibilidad de carácter objetivo, «significa introducir una regla de responsabilidad objetiva, en cuanto el deudor deberá responder también en aquellas hipótesis en las que el incumplimiento, aun siendo inherente a la propia persona o a su propia esfera de organización de los medios para el cumplimiento, sea independiente de su comportamiento culpable». Cfr. op. cit. en nota 104, p. 8; por otro lado, CRISTÓBAL MONTES considera que la distinción entre objetiva y subjetiva es extraña a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, pues la imposibilidad subjetiva también produce auténticos efectos extintivos. Asimismo, señala que antes de examinar si ésta es objetiva o subjetiva, deberá indagarse primero sobre si el hecho, causa o circunstancia que la ha provocado resulta atribuible o no al deudor. Si la respuesta es afirmativa, la responsabilidad del deudor subsiste y, si es negativa difícilmente se podrá admitir que todavía se mantenga la imputabilidad del incumplimiento. El autor opina que, a efectos de la extinción del vínculo, lo importante es la consideración de que la prestación inicialmente contemplada ya no es posible realizarla en la forma en que se pactó, y no si la misma no pueda ser realizada por el propio deudor y sí por otras personas. «Circunscribir la imposibilidad liberatoria, tal como lo hace Osti, al supuesto de «un impedimento inherente a la intrínseca entidad del contenido de la prestación [...], que se oponga a la realización de la misma en sí y por sí considerada», es tener una visión excesivamente restringida de aquélla y no considerar que la prestación, en cuanto

absoluto de la imposibilidad sobrevenida hace referencia a la intensidad del impedimento. De tal modo que ésta es absoluta cuando está constituida por un impedimento que no puede, de ningún modo, ser vencido por la fuerza humana. Por el contrario, es relativa cuando suponga un impedimento que deba vencerse con una intensidad de esfuerzo, de sacrificio, de diligencia superior a un cierto grado considerado como típico, como normal, como medio o apropiado a la particular obligación de que se trate[122].

---

objeto de la relación obligatoria, sea cual sea la entidad material que presente, es de manera fundamental la conducta o comportamiento que debe observar el deudor para dar cumplida satisfacción al legítimo interés del acreedor, y que, por tanto, tan imposibilidad es la que supone el no poder realizar dicha conducta por hechos ajenos a la circunstancia personal del obligado como la que se debe a eventos estrictamente referibles a la persona del mismo (enfermedad irrecuperable del deudor, por ejemplo). Que existan otros sujetos que teóricamente están en condiciones de ejecutar todavía aquello que el originario deudor ya no puede cumplir no cambia en nada las cosas, porque lo básico y determinante es que éste, por circunstancias de las que no deba responder, resulta imposibilitado para observar el comportamiento comprometido». Para el autor, por ello, no debe atribuirse a la imposibilidad objetiva la visión restringida y unilateral que le otorga OSTI, pues de la misma no cabe excluir, sin más, a la imposibilidad subjetiva. «Es decir, resultará intrascendente distinguir entre imposibilidad objetiva y subjetiva, pues para que quepa hablar de propia imposibilidad, capaz de extinguir la obligación y liberar al deudor, deberá tratarse siempre de un acontecer que torne irrealizable, y no meramente más dificultoso y complicado, el comportamiento a observar por el deudor. Lo que equivale a decir que toda imposibilidad es, por definición misma, imposibilidad objetiva». Vid. op. cit. en nota 72, pp. 30-34; vid. también, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 375; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, pp. 650 y ss.; PANTALEÓN, op. cit. en nota 86, p. 1744, nota 79.

[122]Cfr. OSTI, op. cit. en nota 105, p. 220; vid. también SANTORO, op. cit. en nota 104, p. 9; BARASSI, op. cit. en nota 2, pp. 259-262; por su parte, MOSCO indica que la absolutidad y la relatividad de la imposibilidad se refieren a la gravedad y a la inevitabilidad del impedimento que se interpone al cumplimiento. Pero, opina este autor, no se puede hablar de absolutidad de la imposibilidad en tanto que siempre, para verificar si el impedimento produce los efectos liberatorio-extintivos, es preciso valorarlo en función de la particular relación obligatoria y a la prestación a la que, en concreto, afecta. «Calificar la imposibilidad como absoluta es una «hipérbole absurda» en cuanto el reino del Derecho es el reino de lo relativo y la imposibilidad debe entenderse siempre en relación al tipo de obligación de que se trate [...] para decidir si una cierta prestación es aún posible o no, es necesario preliminarmente observar cuál es el contenido de la obligación». Cfr. op. cit. en nota 116, p. 424; en igual sentido, vid. BETTI, *Teoría general de las obligaciones, Tomo I*, Madrid, 1969, pp. 48-49; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, p. 332; son de destacar las consideraciones de CRISTÓBAL MONTES, que no es partidario de estimar que el carácter absoluto de la imposibilidad sea trascendente a la hora de que la misma adquiera los efectos liberatorio-extintivos: «Aunque, como hemos señalado, cabe distinguir dentro de los acontecimientos que provocan la imposibilidad de la prestación entre los que no son superables por ninguna humana determinación y, por ende, tornan irremediablemente irrealizable la conducta comprometida del deudor (destrucción de la específica cosa debida, pérdida de las cualidades singulares exigidas, etc.) y los que podrían en hipótesis superarse mediante el empleo de una determinación que rompa con lo que es habitual y normalmente requerible en este tipo de relaciones obligatorias, lo cierto es que, en nuestra opinión, semejante diferencia no tiene por qué trascender en el campo de la imposibilidad sobrevenida, hasta el punto de considerar que la misma sólo se da cuando asuma la primera caracterización (imposibilidad absoluta) y que el deudor únicamente se libera en el supuesto de que esté más allá de sus fuerzas remontar el inconveniente que se ha presentado [...] Tan imposibilidad es aquella que tiene lugar en virtud de circunstancias que quedan fuera del arbitrio y decisión humanos el poder debelarlas, como aquella que se materializa por aconteceres que podrían superarse recurriendo a comportamientos extremos». En cuanto a la diligencia del buen padre de familia, este autor señala que cuando se establece que la obligación deberá ejecutarse de acuerdo con la diligencia del buen padre de familia, esto no significa que «en algún caso si el deudor quiere eludir la responsabilidad del incumplimiento se vea compelido a adoptar comportamientos tan esforzados que rompan el sesgo de normalidad y grado medio que preside el campo de las relaciones obligatorias. Si tal situación

Por otro lado, no basta la mera imposibilidad sobrevenida de la prestación para que se produzcan los efectos extintivos de la obligación y liberatorios del deudor, es necesario, para ello, que se pruebe la no imputabilidad de tal impedimento a éste para que se produzcan los efectos de exonerarle de responsabilidad[123]. En este caso, el deudor que no ejecuta la prestación debido a la concurrencia de una imposibilidad sobrevenida motivada por una causa que le es imputable, no se exonera de responsabilidad[124]. Por el contrario, para eximirse de responsabilidad contractual se precisa que la imposibilidad sobrevenida de la prestación, que haya impedido al obligado cumplir su obligación, no derive de una causa que le sea imputable[125], de este modo, la imposibilidad sobrevenida de la prestación inimputable libera al deudor y extingue la obligación[126].

En cuanto a nuestro Código civil, en el artículo 1.182 se contiene la referencia a la expresión «sin culpa» y en el artículo 1.105 se hace mención a la imprevisibilidad y a la inevitabilidad del evento sobrevenido. De ambos artículos parece deducirse que la diligencia del deudor en el cumplimiento de la obligación tiene una importante relevancia en el ámbito de la exoneración de la responsabilidad[127].

No obstante, en torno a la interpretación de estos artículos y al papel y al alcance de la diligencia del deudor en el cumplimiento de la obligación, surgen también discrepancias en la doctrina. Se ha señalado, por un lado, que es necesario que la posibilidad para prever y evitar la incidencia del evento imposibilitante en el cumplimiento de la obligación, debe

---

se produjere, deberá estimarse que estamos ante un supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación y el deudor deberá quedar liberado tanto de la realización de la conducta debitoria originariamente comprometida cuanto de la obligación de resarcir los daños que se le hayan podido irrogar al acreedor». Por ello, para este jurista, estas consideraciones deben llevar a rechazar que la imposibilidad sobrevenida de la prestación únicamente extingue la obligación y libera al deudor cuando reúna las notas de objetiva y absoluta. Cfr. op. cit. en nota 72, pp. 36-38.

[123]Vid. SANTORO, op. cit. en nota 104, p. 9; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, p. 364; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 375; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 72, pp. 180-183.

[124]Cfr. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, p. 365.

[125]Vid. MENGONI, *Responsabilità contrattuale. Diritto vigente*, Enciclopedia del Diritto, Tomo XXXIX, Milano, 1988, pp. 1073 y ss.; por su parte, DÍEZ-PICAZO señala, a este respecto, lo siguiente: «...la única imposibilidad sobrevenida que es liberatoria, por seguir la terminología común, es aquella que no resulta imputable al deudor, de acuerdo con los criterios generales de imputación de responsabilidad». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 653.

[126]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 652; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 72, p. 180.

[127]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 376.

evaluarse en relación a los criterios de la diligencia exigible o prestable en el mismo. En este sentido, el suceso será considerado imprevisible e inevitable si el deudor ha empleado aquel grado de esfuerzo y sacrificio que la misma diligencia requiera[128].

Recientemente, se ha indicado que el artículo 1.105 se refiere al caso fortuito, y se define como aquel acontecimiento perjudicial que excede absolutamente del concepto de diligencia[129]. Se trata de un evento que es ajeno a la persona y a la esfera de control del deudor, que elimina una posible conexión causal entre la acción u omisión del deudor y los daños sufridos por el acreedor[130].

Por otro lado, se ha observado que de la coordinación de estos dos artículos surge la relación entre imposibilidad sobrevenida de la prestación y ausencia de culpa, que da lugar a la inimputabilidad de aquélla[131]. De ello se deduce que la imputabilidad, en términos de culpa, se refiere a la causa de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y no al incumplimiento.

De tal correspondencia, se concretan los dos ámbitos en los que la diligencia del deudor es relevante. El primero, hace referencia a la determinación de cuando el cumplimiento es exacto, en aquellas obligaciones de hacer cuyo contenido se concreta en un *facere* diligente, u obligaciones de hacer de medios o de actividad[132]. Y, en segundo lugar, respecto al plano de la imputabilidad de la causa de la imposibilidad sobrevenida, la diligencia opera en toda clase de obligaciones y supone que el deudor incumplidor se libera

---

[128]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 589.

[129]Cfr. BADOSA, *Comentario al artículo 1.105 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 43.

[130]Vid. BADOSA que, en este sentido, apunta lo siguiente: «Como acontecimiento («sucesos») significa dos cosas. La primera es la «concentración» del hecho, lo que excluye el mero paso del «tiempo» (art. 1.561). La segunda es la ajenidad, tanto respecto del deudor como de la cosa debida, lo que elimina del «caso fortuito» la «consumibilidad» de la cosa (arts. 337.II, 482) o su «deteriorabilidad» de la cosa (arts. 481, 615 III, 1.687 II) y sus «vicios» (art. 1.487). Como excedente absolutamente del concepto de diligencia («no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables») quiere decir, que frente a él es inútil cualquier «diligencia exigible» independiente de cual sea el modelo de conducta seleccionado aún en sus «tipos» y «grado» más exigentes. De ahí, que el caso fortuito haga imposible la existencia de la culpa o negligencia». Cfr. op. cit. en nota 129, p. 43; vid. también, DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 590; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 376 y ss.

[131]Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, pp. 365-366.

[132]Vid. MENGONI, op. cit. en nota 125, p. 1091.

de responsabilidad si se presenta el hecho liberatorio inimputable, es decir, desprovisto de culpa[133].

De esta manera, la culpa-diligencia se configura como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida de la prestación[134]; la función, en este ámbito, como fundamento de imputación, la asume la diligencia del buen padre de familia pues se considera modelo general de conducta del deudor en orden al cumplimiento[135].

Finalmente, se señala que el fundamento de la responsabilidad contractual surge en virtud del incumplimiento de la obligación. La concurrencia de la imposibilidad liberatoria supone la extinción de la obligación y, por ello, la liberación del deudor incumplidor. Por el contrario, la ausencia de tal imposibilidad liberatoria significa que la obligación subsiste y que la misma permanece incumplida[136]. La misma imposibilidad que extingue la obligación es la que, precisamente por ello, libera al deudor. No obstante, la mera existencia de la imposibilidad no libera al deudor incumplidor, pues ésta ha de ser inimputable para producir los efectos liberatorio-extintivos anteriormente señalados, lo cual supone la no referibilidad causal de la misma al deudor[137].

Frente a estos autores que consideran que el único límite de la responsabilidad

---

[133]Indica, en este sentido, JORDANO FRAGA que es precisamente en este segundo plano, exoneración-responsabilidad, en el que se ha percibido que la norma de la diligencia del artículo 1.104 del Código civil, no puede tener una tan amplia trascendencia como la que derivaría de su aplicación estricta, prescindiendo de los artículos 1.105, 1.182 y 1.184, es decir, asumir que el deudor es siempre responsable cuando recaiga la culpa, y exonerarlo siempre que haya sido diligente. Vid. op. cit. en nota 73, p. 366; vid. también CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 72, pp. 180-183.

[134]Apunta OSTI, en este orden de ideas, que mientras la prestación sea, en sentido objetivo y absoluto, aún posible, el deudor es responsable por el solo hecho del incumplimiento. Cuando, de otro modo, la prestación deviene, objetiva y absolutamente, imposible, el obligado no es responsable sino a condición de que pueda serle imputada, a título de culpa, aquella sobrevenida imposibilidad. «Esto significa que en realidad la culpa se concibe como fundamento, no de la responsabilidad por incumplimiento, sino de la responsabilidad por sobrevenida imposibilidad (objetiva y absoluta) de la prestación». Cfr. op. cit. en nota 105, p. 344; en el mismo sentido, vid. SANTORO, op. cit. en nota 104, p. 9; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)*, Rivista del Diritto Commerciale, 1954, pp. 199-204.

[135]Observa JORDANO FRAGA que el otro criterio de conducta existente en el ámbito obligacional, que es la buena fe, no puede desempeñar, por su propia naturaleza, esta función de criterio de imputación, pues ésta la asume la diligencia del buen padre de familia. Vid. op. cit. en nota 73, p. 367.

[136]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 72, p. 187.

[137]Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 73, pp. 391 y ss.; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 590; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 72, pp. 146 y ss.; BADOSA, op. cit. en nota 129, pp. 42-44.

contractual está constituido por la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivada de una causa no imputable al deudor, se ha señalado el hecho de que en nuestro Código civil no hay base alguna para sostener que los artículos 1.182 y 1.184 agoten los supuestos en los que el deudor no responde del daño derivado de la falta de cumplimiento, pues éstos se limitan a determinar, *contrario sensu*, los supuestos en los que el deudor no se libera porque ha de responder del daño ocasionado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Asimismo, se considera que del artículo 1.105 de nuestro Código, que en modo alguno condiciona la exoneración del deudor a la imposibilidad de la prestación, es obvio que se desprende que el obligado no responderá del daño causado por un incumplimiento que no le pueda ser imputado, aunque, en el momento de tal infracción, la prestación siga siendo objetivamente posible.

En este sentido, por tanto, se advierte que «quien condicione la irresponsabilidad del deudor a la imposibilidad de la prestación, se verá abocado, para evitar soluciones absurdas, a ampliar el concepto de imposibilidad según la buena fe, o más sinceramente, a deformar el concepto de imposibilidad hasta hacerlo irreconocible»[138].

En consecuencia, se subraya que para que la parte incumplidora no tenga que responder de los daños que objetivamente puedan ser imputados a la falta de cumplimiento, es necesario que acredite la presencia de tres cuestiones. En primer lugar, que el incumplimiento ha sido debido a un impedimento ajeno a su ámbito de control; en segundo lugar, que no era posible, razonadamente, esperar que tuviera en cuenta tal obstáculo en el momento de la celebración del contrato; y, finalmente, que no cabía, cabalmente, suponer que evitase o superase el impedimento, o que soslayase o venciese sus consecuencias.

En esta línea, por tanto, se opina que el artículo 1.105 de nuestro Código puede ser interpretado conforme al siguiente sentido: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare el contrato, nadie responderá de los *impedimentos ajenos a su ámbito de control* que no hubieran podido preverse *al tiempo de contratar*, o que previstos posteriormente fueran inevitables».

Por tanto, para que, en definitiva, el deudor quede exonerado de la obligación de

---

[138]Cfr. PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)*, Anuario de Derecho Civil, 1991, p. 1044.

indemnizar los daños objetivamente imputables a su incumplimiento, y según la interpretación anteriormente señalada del artículo 1.105, han de concurrir tres requisitos, que asimismo definen el caso fortuito. Por un lado, el incumplimiento tiene que haber sido ocasionado por un impedimento ajeno al ámbito de control del deudor. Por otro, ha de tratarse de un acontecimiento sobrevenido durante la vida de la relación obligatoria que no fuera razonablemente previsible al tiempo de constituir el contrato. Y, por último, ha de consistir en un evento inevitable, en sí y en sus propias consecuencias, mediante el empleo de la diligencia que, según la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, incumbiría a un buen padre de familia[139].

3.2. REQUISITOS DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR

3.2.1. EL CARÁCTER POSITIVO DE LA OBLIGACIÓN

Según una interpretación literal del artículo 1.100 del Código civil, la obligación ha de ser positiva para que el retraso en el cumplimiento origine la mora en el deudor.

Este artículo se expresa en los siguientes términos: «Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa...». Parece, en este sentido, que en la doctrina, a partir de la norma señalada, se ha considerado que únicamente en las obligaciones de carácter positivo, esto es, en las de dar o hacer, es posible un cumplimiento tardío o retrasado, mientras que en las negativas, es decir, en las de no hacer, todo hecho ejecutado en violación de las mismas constituiría de por sí incumplimiento definitivo de la prestación[140].

Sin embargo, algunos autores han sostenido la posibilidad de admitir la mora en las

---

[139]Cfr. PANTALEÓN, op. cit. en nota 138, pp. 1060, 1064 y 1067 y ss.

[140]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, pp. 626-627; LASARTE, op. cit. en nota 6, p. 186; ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 359; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 522 y ss.; por otro lado, en el Ordenamiento Jurídico italiano, el artículo 1.222 del *Codice* excluye explícitamente la posibilidad de mora en las obligaciones de no hacer: «Las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer; todo hecho realizado en violación de ésta, constituye por sí incumplimiento». Vid., a este respecto, BRANCA, op. cit. en nota 16, pp. 268 y 295; GAZZONI, op. cit. en nota 13, p. 610; GALGANO, op. cit. en nota 2, p. 72; TRIMARCHI, op. cit. en nota 2, p. 358; BARBERO, *Sistema del Derecho privado III. Obligaciones*, Buenos Aires, 1967, p. 106; TRABUCCHI, op. cit. en nota 2, p. 526.

obligaciones de no hacer[141].

Para estos autores, cuando la obligación de no hacer consista en un comportamiento que suponga la continuación inmodificada de una situación ya existente al constituirse la obligación, no es posible la mora, pues si la situación continúa sin modificarse existe cumplimiento y si, por el contrario, se modifica, no hay retraso sino verdadero y propio incumplimiento[142].

Tampoco cabe la mora cuando la abstención que ha de iniciar el deudor se agota en un solo acto. En este supuesto, cuando se realice la actividad instantánea que se estaba obligado a inhibir, ésta misma constituye incumplimiento de la obligación de no hacer[143].

Por el contrario, se admite la mora para los retrasos en el cumplimiento de aquellas obligaciones cuyo objeto consista en un no hacer que el obligado ha de comenzar en un determinado momento o producirse a partir de él[144].

Cabe, por tanto, la constitución en mora del deudor en aquellas hipótesis en las que la omisión prometida consista en la suspensión de una determinada actividad que el deudor desarrollaba anteriormente, y que se compromete a abstenerse de ejecutar en un momento futuro[145]. En la práctica, con estos supuestos se hace referencia a los pactos de no concurrencia que surgen en muchos casos de cesión o de venta de negocios y que suelen imponer al deudor la obligación de no ejercer una concreta actividad, de no hacer la

---

[141]Vid. a este respecto, MOISSET DE ESPANES, *Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1975, pp. 345 y ss.; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 627; PADILLA, *Responsabilidad civil por mora*, Buenos Aires, 1996, pp. 343-352; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 522-524; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, Madrid, 1978, p. 104.

[142]Vid., por todos, DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 627.

[143]Vid. PADILLA, op. cit. en nota 141, p. 347; MOISSET DE ESPANES, op. cit. en nota 141, p. 354.

[144]Vid., por todos, DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 627.

[145]Cfr. MOISSET DE ESPANES, op. cit. en nota 141, p. 356; por su parte, PADILLA denomina a este tipo de obligaciones negativas como de no hacer de cumplimiento durable, y señala que en éstas existe una «extensión temporal relevante durante la cual el deudor debe abstenerse de realizar determinada actividad». Dentro de ellas, para este autor, es posible su clasificación en abstenciones durables periódicas (cuando la abstención a que se obliga el deudor debe ser cumplida en diversos períodos temporales, como, por ejemplo, la obligación de no concurrir durante cinco años) y las abstenciones durables continuadas (se trata de abstenciones que debe realizar el deudor continuamente dentro de ciertos límites temporales y espaciales y con clara y determinada referencia a la actividad cuya ejecución se trata de evitar). Vid. op. cit. en nota 141, pp. 347 y ss.

competencia en unos específicos límites espacio-temporales fijados en la convención[146].

En estas hipótesis se acepta que el deudor pueda ser constituido en mora y se considera, en este sentido, que cuando la conducta de no hacer deba ser iniciada en un momento posterior a aquél en el que se contrajo la obligación, pueda admitirse el retraso en el cumplimiento cuando el deudor no proceda a la iniciación del comportamiento omisivo en el momento señalado para ello, salvo que se estime que la realización de aquella conducta prohibida por la obligación tuviera carácter definitivo, según el principio de la buena fe, en cuyo caso, estaríamos ente un supuesto de incumplimiento[147].

Finalmente, a la anterior observación se le ha criticado el que al tratarse de obligaciones de tracto sucesivo implican que, si al acreedor le interesa, el deudor continuará obligado en la parte de la obligación que le quede por cumplir, pero, en la porción que no ha cumplido debe considerase que ha habido un incumplimiento definitivo[148].

Igualmente, se ha señalado que estas Teorías surgen como consecuencia de la concepción de que la mora del deudor únicamente puede originarse en los incumplimientos temporales. De este modo, una obligación negativa sometida a plazo inicial de cumplimiento ha de ser requerida a los fines de fijar el momento del incumplimiento, que deberá ser calificado de temporal siempre que el acreedor conserve el interés en el cumplimiento tardío. Efectivamente, dicho requerimiento habrá servido para trasladar al deudor los riesgos fortuitos que puedan perjudicar al cumplimiento futuro, pero, en este caso, se reprocha el

---

[146]Vid. PADILLA, op. cit. en nota 141, p. 347; MOISSET DE ESPANES, op. cit. en nota 141, p. 356; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, op. cit. en nota 141, p. 18; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 627.

[147]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 627; MOISSET DE ESPANES, op. cit. en nota 141, pp. 357-359; PADILLA, op. cit. en nota 141, pp. 349-352.

[148]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 523; para PADILLA el hecho de incumplir una parte de la obligación de no hacer: «no obsta a la mora en las obligaciones negativas, pues constituye un prejuicio pensar que el deber de cumplir lo que falte impedirá el cumplimiento de toda la prestación. Nunca, en este tipo obligacional (ni en ninguno) lo que quede debiéndose (haya habido o no mora) será igual al objeto prometido, porque a medida que transcurren los años de cumplimiento los que restan no se equivalen con lo prometido. La sumatoria de la parte cumplida más la parte incumplida por mora y la que resta cumplir, será la que completará el objeto obligacional. Entonces, para teñir todos estos tramos de legitimidad, el deudor deberá purgar resarcitoriamente su mora por el período que se trata con purga, quedará así conformada: período cumplido más período purgado más período restante. Para poder reiniciar el cumplimiento del período restante es imprescindible la purga del período en mora; de lo contrario, se transforma en inejecución definitiva». Cfr. op. cit. en nota 141, p.351.

hecho de que no se pueda imaginar qué tipo de imposibilidad fortuita, extraña y absoluta, pueda impedir al deudor de una abstención actuar en contra de aquello que prometió[149].

3.2.2. LA EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN

El acreedor puede constituir en mora al deudor que ha retrasado el cumplimiento de su obligación, únicamente cuando la prestación ha devenido exigible[150]. Por el contrario, cuando aquélla no es exigible, el deudor no tiene la obligación de cumplir y, por tanto, no es posible constituirle en mora[151].

La exigibilidad puede ser entendida como la susceptibilidad en la obligación de poder ser reclamado su cumplimiento[152]. Por tanto, sólo cuando la prestación deviene actual y

---

[149]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 524.

[150]Señala BENATTI que solamente el acreedor puede constituir en mora al deudor cuando para él es actual el poder de pretender la prestación, lo cual, sucede al verificarse la condición suspensiva o al vencimiento del término en las obligaciones con término a favor del deudor o de ambas partes, o bien, inmediatamente, es decir, apenas surge la obligación, en las obligaciones sin término o con término a su favor -del acreedor. Vid. op. cit. en nota 1, p. 87; VALSECCHI indica que la obligación de cumplir nace directamente con la misma, pero solamente ésta deviene efectiva *-attuale-* y el deudor debe en concreto ejecutar la prestación y el acreedor exigirla, es configurable el retardo. «Para indicar este momento, alguna vez se ha usado, impropiamente, la fórmula del vencimiento de la obligación; pero aquello que vence -ha sido correctamente observado- no es la obligación, sino el término para el cumplimiento, determinando aquella situación universamente conocida con el nombre de exigibilidad *-esigibilità-*. Más precisamente, se califica como exigible *-esigibile-* la prestación en relación a la cual el acreedor tiene efectivamente el poder de pretender, poder que surge inmediatamente si la obligación es sin término, o con término a su favor, o bien al momento del vencimiento si el término es a favor del deudor o de ambas partes. El reverso de esto está constituido por el concepto de exigibilidad *-eseguibilità-*, término con el cual se indica el poder del deudor de ejecutar la prestación, que surge inmediatamente si el término está establecido a su favor, o bien al vencimiento, si el término está a favor del acreedor o de ambas partes. En suma, con los mencionados conceptos se indica el momento en el que nacen los respectivos poderes de las partes y los presupuestos para su ejercicio [...] la relación de correspondencia entre el poder de exigir y el deber de cumplir presupone necesariamente la identidad del momento en el que la pretensión puede hacerse valer y la correspondiente obligación debe ser cumplida». Cfr. *Sulla illiceità...*, cit. en nota 1, p. 245.

[151]Se indica que tanto la exigibilidad como el vencimiento de la obligación se consideran elementos necesarios para calificar de ilícito el incumplimiento de la prestación. En este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ apunta lo siguiente: «Hasta que la obligación no deviene exigible, de nada se puede responsabilizar a la persona del obligado, puesto que a nada estaba obligado por un incumplimiento que no esta jurídicamente calificado como tal». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 524.

[152]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 237; por su parte PADILLA indica que la exigibilidad señala el momento ideal en el que la espera del acreedor se modifica en «potencialidad de realización del derecho subjetivo creditorio o, para decirlo con otras palabras, el momento en que el acreedor podía exigir el cumplimiento de la prestación. Relacionadas íntimamente la exigibilidad con la operabilidad de la pretensión, se debe tener presente que, desde la exigibilidad, el derecho creditorio se presenta como pretensión accionable, y aunque el titular no deduzca la acción pertinente, ninguna duda puede caber de que la pretende». Cfr. op. cit. en

efectiva, el deudor deberá ejecutar la prestación y el acreedor tendrá derecho a exigirla[153]. De este modo se conecta la exigibilidad de la prestación con el vencimiento del término para su cumplimiento[154].

En las obligaciones puras o sin plazo, la facultad de acreedor para reclamar el cumplimiento de la obligación surge, y puede ser ejercitada, desde el mismo momento de la constitución de la relación obligatoria. En las obligaciones sometidas a condición resolutoria o suspensiva, el acreedor puede exigir el cumplimiento inmediatamente en el momento en que aquélla se cumple. En las obligaciones a término, la exigibilidad se difiere, lo que se aplaza en este contexto es la llegada del momento en el que el deudor debe cumplir su obligación y el acreedor puede reclamarla[155].

Se observa como, en este sentido, el tiempo tiene una gran relevancia e incide de modo directo en el cumplimiento de la obligación[156]. Éste, en relación al cumplimiento de la obligación, tiene un doble valor, el de señalar la posibilidad de cumplimiento y el de establecer el momento del mismo[157].

A este respecto, se ha señalado que en la obligaciones sometidas a plazo inicial de

---

nota 141, p. 52; para GRAMUNT la posibilidad de exigir el cumplimiento en las obligaciones se encuentra fundamentalmente condicionada por el factor tiempo, pues «la circunstancia temporal tiene incidencia en el cumplimiento de las obligaciones, tanto por lo que se refiere a la posibilidad de ejecución de la prestación por parte del deudor, como en lo relativo a la facultad del acreedor de exigir el cumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 14.

[153]Vid. VALSECCHI, *Sulla illiceità*...., cit. en nota 1, p. 245; PADILLA, op. cit. en nota 141, p.52.

[154]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que, asimismo, señala lo siguiente: «El vencimiento del tiempo de cumplimiento faculta al acreedor para ejercitar el poder de exigir la prestación, pero que nazca tal derecho o la posibilidad de su ejercicio no significa en manera alguna que lo haya ejercitado». Op. cit. en nota 1, p. 424.

[155]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 424; VALSECCHI, *Sulla illiceità*..., cit. en nota 1, p. 245; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 237; BENATTI, op. cit. en nota 1, p. 87; GRAMUNT indica que el supuesto que, en torno a esta cuestión, plantea dudas es el denominado término tácito, que es aquel que se infiere de la propia naturaleza de la obligación. Para la autora la presencia de un término tácito puede entenderse en dos sentidos, al fijarse, por un lado, a la utilidad que del contrato pueda obtener el deudor o, por otro, a las posibilidades objetivas de cumplimiento de la obligación. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 17-19.

[156]GRAMUNT considera, en este sentido, que el tiempo no tiene carácter identificador de la prestación como así lo tiene su objeto, sino que únicamente es un dato que hace referencia al cumplimiento. Igualmente, indica que el deudor puede cumplir con posterioridad al tiempo previsto, sin que por ello, pueda considerarse incumplida la obligación: «La situación de no cumplimiento por parte del deudor no debe confundirse con el incumplimiento en sentido jurídico». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 14.

[157]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 10, pp. 32-33; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, pp. 15-16; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 421-422.

cumplimiento coinciden en el tiempo mora e incumplimiento. Éstas para devenir exigibles necesariamente han de estar precedidas de la interpelación del acreedor al deudor, el incumplimiento coincide con la constitución en mora pues ambos requieren el acto formal de la intimación del acreedor que exige el cumplimiento de la prestación al deudor.

De este modo, la interpelación, en este supuesto, se constituye en un requisito tanto del incumplimiento como de la constitución en mora, pues, antes de la efectiva exigencia, el deudor no está todavía obligado a cumplir y cuya obligación hasta ese momento se concreta únicamente en garantizar el posterior cumplimiento exacto de la obligación[158].

Cuando el acreedor ha exigido efectivamente el cumplimiento de la obligación, se inician las consecuencias de la mora en el deudor, de este modo, se le trasladan los riesgos de los fortuitos que sobrevenidamente pudieran afectar a la integridad de la prestación. Así, el deudor asumirá la responsabilidad por perecimiento fortuito o no de la cosa debida, o la imposibilidad física o legal de la prestación en el supuesto de que la obligación tenga por objeto un hacer[159].

---

[158]Observa DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que en las obligaciones a plazo, con término inicial, constitución en mora e incumplimiento suelen coincidir en el tiempo, pero ello no significa que la una sea presupuesto necesario del otro. Y, en este sentido, propone el siguiente ejemplo: «Pero supongamos por un momento que las partes han repartido los riesgos en el acto constitutivo de la obligación y que el deudor responde aún de los casos fortuitos y que hayan, además, pactado un plazo inicial de cumplimiento. En este caso (contemplado en el primer número del segundo párrafo del art. 1.100 Cc.) existe una constitución en mora automática o *ex re*. Llegado el término pactado por los contratantes para el cumplimiento la obligación deviene exigible, pero para que el deudor sea incumplidor será igualmente necesario que el acreedor le exija el cumplimiento mediante interpelación, porque de lo contrario habrá comenzado su deber de prestar, pero su omisión o inactividad no se podrá calificar rigurosamente como incumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 423.

[159]Indica DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que tras la exigencia de cumplimiento por parte del acreedor no sólo comienzan los efectos de la mora en el deudor, o sea, el traslado de los riesgos de los casos fortuitos sobrevenidos, sino también se inician todos los demás efectos derivados del incumplimiento de la obligación, tales como la obligación de resarcir los daños, la obligación de llevar a cabo el cumplimiento tardío o la de soportar una posible resolución del vínculo contractual. «El artículo 1.100 establece el momento a partir del cual comienzan los efectos de la mora y éste no es otro que el momento en que queda fijado el incumplimiento contractual. Sin embargo, el momento elegido por el legislador en otros supuestos especiales es distinto. Así, si las partes han pactado un momento determinado para la asunción de los riesgos será el que convencionalmente hayan establecido. Si el ordenamiento jurídico en algunos casos concretos ordena que los efectos de la mora surjan en un momento determinado, será éste el tenido en cuenta y si de la propia naturaleza de la obligación se deduce que los riesgos fortuitos van implícitos en la asunción de la deuda, no se aplicará la norma del primer párrafo». Igualmente señala la autora que en las obligaciones recíprocas el momento a partir del cual el deudor asume los riesgos se determina mediante el criterio del previo cumplimiento de quien desea trasladar los riesgos a la otra parte contratante. Vid. op. cit. en nota 1, p. 526; MAGAZZÚ señala que en el proceso de realización de la relación obligatoria el requerimiento de cumplimiento indica precisamente el momento en el que el interés del acreedor a la consecución de la prestación asume concretamente relieve. «Habitualmente, el término, que en vía de principio no representa una modalidad esencial del contenido de la relación, constituye el medio típicamente idóneo para conectar con el

Según el artículo 1.100 del Código civil, el momento en el que el deudor contrae los riesgos de los fortuitos, que puedan afectar a la integridad de la prestación, es el de la fijación del momento del incumplimiento, salvo que las partes hayan convenido un instante diferente, o éste quede determinado po la ley o se deduzca de la propia naturaleza y circunstancias de la concreta obligación[160].

Por otro lado, en las obligaciones recíprocas, es necesario el previo cumplimiento de la parte que reclama el mismo. Por ello, el momento de transferir los riesgos al deudor queda subordinado a que una de las partes cumpla o sea allane a cumplir aquello que le incumbe[161].

3.2.3. LA LIQUIDEZ DE LA DEUDA

El viejo axioma *in illiquidis non fit mora*, según el cual la liquidez de la deuda se constituye en un requisito de la mora del deudor, ha sido aceptado comúnmente tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia[162].

Se considera que un determinado débito tiene carácter líquido cuando su importe

---

tiempo los intereses de las partes. Pero en las obligaciones sin término, que son inmediatamente exigibles, y en abstracto exigibles en cualquier momento, a partir de su constitución, el requerimiento de cumplimiento determina concretamente el momento en el cual el interés del acreedor se actualiza y la prestación debe ser por ello ejecutada rápidamente». Cfr. op. cit. en nota 25, pp. 936-937; vid. igualmente, RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, pp. 13 y ss.;VALSECCHI, *Sulla illiceità...*, cit. en nota 1, p. 246.

[160]Cfr. RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, p. 4.

[161]Señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, a este respecto, que: «Parece claro que no podrá exigir hasta que la obligación sea exigible, lo que se dará con el vencimiento y la efectiva exigencia de la prestación, pero el hecho de que llegue el término previsto para el cumplimiento y que la otra parte haya sido requerida al cumplimiento, no significa que esa intimación desprenda toda su eficacia, puesto que el deudor requerido dispone de una excepción que le permite enervar o paralizar los efectos de la acción de exigibilidad del acreedor y rehusar la ejecución de la prestación (*exceptio non adimpleti contractus*), y, consecuentemente, los efectos de la mora no pueden comenzar hasta que no se remuevan todos los obstáculos para su exigibilidad». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 526-527; vid. igualmente, PADILLA, op. cit. en nota 141, p. 53.

[162]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 629; DÍEZ-PICAZO, *Mora del deudor y liquidez de la deuda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1984*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1984, pp. 1835 y ss.; RUIZ-RICO RUIZ, *Intereses moratorios. El principio in illiquidis non fit mora; revisión de la doctrina*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1994, pp. 905 y ss.; sobre el origen histórico de tal axioma vid. BENATTI, op. cit. en nota 1, pp. 91 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 530.

está determinado o puede serlo mediante simples operaciones de cálculo aritmético[163]. Por el contrario, se reputa ilíquido cuando, para especificar su cuantía, se requiere el desarrollo de un juicio[164].

La iliquidez, en este sentido, impide la exigibilidad de la obligación y se fundamenta en la ausencia de reproche ante la falta de pago del deudor que ignora aún la cuantía de su deuda[165].

Sin embargo, estas conclusiones deben ser graduadas en cuanto a que es preciso determinar si la liquidez debe ser entendida como absoluta y plena determinación de la calidad y cantidad de la deuda o, por el contrario, debe acogerse otro significado más flexible de la misma[166].

En nuestro Derecho, las posiciones de la doctrina y jurisprudencia no son unánimes acerca de la admisibilidad o exclusión de la regla *in illiquidis*[167].

En aquellas hipótesis en las que no se niega la existencia de la deuda, pero se disiente de la pretensión del acreedor, por considerarla excesiva, no parece que sea adecuada la solución de excluir la posibilidad de constituir en mora al deudor. En este caso, deberá entenderse que el obligado se encuentra en mora al menos en aquella porción de la deuda

---

[163]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 630; RUIZ-RICO RUIZ, op. cit. en nota 162, p. 911.

[164]GRAMUNT señala, con referencia al crédito pecuniario, que su iliquidez supone «que la pretensión crediticia se fundamenta sobre un crédito cuya cuantía ha de determinarse realizando la valoración monetaria de bienes o de efectos patrimoniales». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 19; vid. igualmente CARUSI, *Sulla mora in illiquidis e su alcune questioni in tema d'indennità d'avviamento*, Rassegna di Diritto Civile, 1994, nº 2, p. 468.

[165]Vid. CARUSI, op. cit. en nota 164, p. 468; GRAMUNT indica, en cuanto a la ignorancia del deudor acerca de la cuantía de su deuda, que: «la duda no se plantea en torno a la certeza del crédito, sino únicamente en orden a la concreción de lo que el deudor debe prestar», pues de presentarse la duda respecto a la certeza del crédito no podría hablarse de incumplimiento hasta quedar claramente determinada la misma. Vid. op. cit. en nota 1, p. 20 y nota 26.

[166]Vid. DÍEZ-PICAZO que, asimismo, se expresa en los siguientes términos: «Esta afirmación requiere, sin embargo, alguna matización. Partiendo de la idea generalizada de que la liquidez supone una plena determinación y plena certidumbre sobre la calidad y, sobre todo, sobre las cantidades de la prestación, hay que admitir que entre la absoluta concreción y determinación y la total liquidez hay una serie de graduaciones que no siempre merecen el mismo tipo de enjuiciamiento». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 629-630; vid. igualmente GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 21; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 527.

[167]Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, op. cit. en nota 1, pp. 89-90; ALBALADEJO, *Derecho...*, cit. en nota 1, pp. 193-195; RUIZ-RICO RUIZ, op. cit. en nota 162, pp. 905 y ss.

que acepta como válida[168].

Parece, de otro modo, que según se desprende de los artículos 1.273[169], 1.167[170], 1.447[171] y 1.448[172] del Código civil, en nuestro Derecho no es posible la admisión de una obligación sin que su objeto esté determinado o sea determinable, sin necesidad de un acuerdo posterior entre las partes para fijarlo. De todo ello resulta que se niega la factibilidad de una iliquidez absoluta del débito, pues es condición ineludible, para la existencia del contrato, que su objeto esté determinado o sea determinable[173].

Finalmente, la doctrina se cuestiona si la liquidez de la deuda es condición de la exigibilidad de la misma o de la imputabilidad del incumplimiento de la obligación.

Para los partidarios de la primera posición, la obligación es exigible únicamente cuando reúna todos los requisitos necesarios para que pueda ser considerada como tal,

---

[168]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 630; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 528; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 22; RUIZ-RICO RUIZ, op. cit. en nota 162, pp. 911 y ss.

[169]Artículo 1.273 del Código civil. «El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes».

[170]Artículo 1.167 del Código civil. «Cuando la obligación consista en entregar una 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».

[171]Artículo 1.447 del Código civil. «Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.
Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato».

[172]Artículo 1.448 del Código civil. «También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto».

[173]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 529 y ss. Por otro lado, esta misma autora se pregunta si influye en la constitución en mora el hecho de que el deudor pudiera ignorar si tiene una deuda, a quién debe pagar o cuanto debe pagar: «Comenzando por la ignorancia de la existencia de la obligación hay que decir que si el supuesto fuera susceptible de darse en la realidad habría que contestar afirmativamente. El deudor que no sabe que debe no puede incurrir en mora. Pero esto es así no por la mora en sí, sino porque lo que no habría es incumplimiento, porque ni siquiera existiría una obligación válida y eficaz [...] admitiendo la posibilidad de una iliquidez parcial o relativa de la obligación, hay que afirmar que si el deudor incumple absolutamente el pago quedará automáticamente constituido en mora en la parte que conoce y que no se discute, salvo que cumpla por uno de los medios reconocidos como idóneos y eficaces por el ordenamiento. En la parte discutida se deberá analizar, no la imputabilidad del incumplimiento al deudor, sino más bien su inimputabilidad [...] Así, será el deudor incumplidor en esa parte discutida quien deba probar, en primer lugar, la efectiva y razonable iliquidez y no la aparente indeterminación de la misma». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 532-534.

siendo uno de ellos el de la liquidez de la deuda[174].

El segundo grupo de autores considera que lo que debe valorarse, en realidad, es la actitud de un deudor diligente y, de este modo, constituir en mora a aquel obligado que no alcance ese patrón. Estimar que la liquidez de la deuda es condición de la imputabilidad llevará a concluir que en la parte del débito, cuya cuantía discute el obligado, debe analizarse la inimputabilidad de la misma al deudor y, para ello, será preciso aplicar las reglas generales de imputación del incumplimiento. Esto supone que sobre aquél recaerá la carga de la prueba de la efectiva iliquidez, es decir, que la falta de determinación de una parte de la deuda no le es imputable. En caso contrario, deberá ser considerado en mora desde el instante mismo del incumplimiento[175].

Por otro lado, las posiciones de la doctrina italiana no son del todo coincidentes acerca de la consideración de la liquidez como presupuesto para la constitución en mora del deudor. No obstante, manifiesta una gran prudencia en el rechazo de la regla *in illiquidis*, quizás por el conocimiento del carácter no definitivo de los argumentos propuestos habitualmente para sostener la señalada solución, sobre todo si se parte de la base de que el *Codice civile* no contiene disposición específica alguna en esta materia[176].

Los autores que entienden que la liquidez debe ser considerada como un presupuesto de la constitución en mora, indican que el deudor no está en condiciones de cumplir su prestación sino hasta que haya sido precisado eficazmente el contenido de su obligación. En

---

[174]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 631; por su parte DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ indica que si se considera, desde un punto de vista práctico, que la liquidez es un requisito necesario para la efectiva exigibilidad de la deuda por parte del acreedor, se beneficiaría de manera injusta a los deudores, puesto que hasta que su cuantía no estuviera absolutamente determinada éste no estaría obligado al pago de la deuda. «Con ello, además, se incitaría a los deudores a discutir la cuantía de sus deudas para hacerlas jurídicamente ilíquidas y, además de fomentar la litigiosidad, se limitaría del derecho de crédito y se restaría eficacia a las medidas de protección del mismo». Para la autora, ante estos supuestos debería aplicarse la norma contenida en el artículo 1.169.2° del Código civil («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 segunda»), por lo que concluye que la liquidez absoluta, entendida como plena determinación de la deuda, no es presupuesto de la exigibilidad de la obligación. Vid. op. cit. en nota 1, pp. 532-533.

[175]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 534.

[176]Señala BENATTI, en este sentido, que el silencio del legislador no puede asumir un significado unívoco, pues, puede ser entendido en el sentido del rechazo del principio propuesto o en el del sentido opuesto. Vid. op. cit. en nota 1, p. 97.

estos casos, es necesario que la cuantía de la deuda sea líquida para constituirle en mora[177]. De este modo, se piensa que, a pesar del vencimiento del término o del requerimiento de pago, el deudor no puede ser constituido en mora cuando el débito no ha estado determinado en su precisa cuantía[178].

Por otro lado, los autores que niegan la eficacia de la liquidez como presupuesto de la mora[179] señalan que los artículos que se oponen a la existencia de la regla *in illiquidis* son el 1.219 y el 445 del *Codice civile*.

Para éstos, el artículo 1.219, segundo párrafo, número 1°, según el cual no es necesaria la constitución en mora cuando la deuda deriva de un hecho ilícito, puede interpretarse en el sentido de que los efectos de la mora se producen en el momento de surgir la obligación del resarcimiento del daño, independientemente de la determinación de la suma debida, por lo que se excluye la liquidez de los presupuestos de relevancia del retardo[180].

Del artículo 445 del *Codice*[181] podría pensarse que desde el momento de la constitución en mora empieza a transcurrir la obligación de pagar los alimentos y, por tanto, desde aquel instante son debidos también los intereses de su cuantía, aunque no se haya

---

[177]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 244; GIORGIANNI, op. cit. en nota 35, p. 868; CARUSI, op. cit. en nota 164, p. 468; RUGGIERO, op. cit. en nota 3, p. 141.

[178]Vid. BENATTI, op. cit. en nota 1, pp. 91-96.

[179]Observa CARUSI que estas posiciones doctrinales tal vez puedan deberse al incremento de la sensibilidad hacia la tutela del acreedor frente a una posible devaluación de la moneda, o quizás también a la patológica lentitud del procedimiento civil, o, asimismo, debido a un no siempre claro conocimiento de la autonomía de los conceptos de crédito ilíquido y crédito de valor, o, finalmente, por todas estas razones combinadas entre sí. Todo lo cual, según el autor, parece haber conducido a una apertura de las puertas hacia la consideración de la constitución en mora *in illiquidis*. Vid. op. cit. en nota 164, p. 468.

[180]En contra, BENATTI indica que esta norma podría significar el principio opuesto: «se podría asegurar que la norma se limita a disponer que para que se realicen los efectos de la mora no se requiere intimación alguna, sin excluir el requisito de la liquidez, ya que el retardo se verifica en concreto únicamente cuando el débito haya sido liquidado». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 99.

[181]Artículo 445 del *Codice civile*. «*Gli alimenti sono dovuti dal giorno della domanda giudiziale o dal giorno della costituzione in mora dell'obbligato, quando questa costituzione sia seguita, entre sei mesi, dalla domanda giudiziale*».

«Los alimentos se deben desde el día de la demanda judicial o desde el día de la constitución en mora del obligado, cuando a esta constitución se le suceda, dentro de seis meses, demanda judicial».

establecido su importe[182].

Asimismo, se ha señalado que las exigencias de justicia podrían llevar a sostener que la iliquidez de la obligación de resarcimiento por hecho ilícito no puede considerarse como un obstáculo para la relevancia del retardo[183].

Junto a estos argumentos, según los cuales el retardo en la ejecución de la prestación es relevante a pesar de la iliquidez del crédito, se añaden dos nuevas premisas: la obligación de restitución por pago indebido -artículo 2.033 del *Codice civile*- y el resarcimiento por incumplimiento -artículo 1.218 del mismo cuerpo legal-.

Se considera al *accipiens* de mala fe igual, en tema de mora, que al autor de un hecho ilícito y, por ello, automáticamente constituido en mora desde el momento en que surge la obligación de restituir no sólo la cosa debida y sus frutos, sino también aquello que percibió, a pesar de la iliquidez de estos últimos[184].

En cuanto a la irrelevancia de la iliquidez en la ejecución de la obligación de resarcir los daños por incumplimiento, se considera inaceptable que el deudor pueda negarse a pagar si invoca como excusa tal iliquidez de la deuda, pues en las hipótesis en las cuales sobreviene una imposibilidad de la prestación después de que el deudor haya sido requerido por escrito para cumplir, no se puede admitir que la tutela del acreedor sea menor que aquella que tendría si la prestación fuera aún posible. En esta último caso, el deudor responde siempre del retardo cuando no cumpla tan pronto se le intime. En el anterior supuesto, por el contrario, todo requerimiento de cumplimiento sería vano hasta que no

---

[182]En contra de esta interpretación también se manifiesta BENATTI que señala que, igualmente, puede acogerse otra opinión: «La norma tendría solamente la función de establecer que la obligación alimenticia nace no ya cuando concurran los presupuestos económicos sino cuando se efectúa la demanda mediante un acto formal; de retardo podrá hablarse en el caso en el que, una vez determinado por el juez la cuantía de la pensión, el deudor no cumpla tempestivamente. La elección entre una u otra interpretación deberá hacerse teniendo presente los intereses que aquellas normas están dirigidos a tutelar». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 100.

[183]Responde a un canon fundamental de la vida de relación que el patrimonio del perjudicado sea completamente restituido de las consecuencias perjudiciales causadas por el ilícito. Vid. CARUSI, op. cit. en nota 164, pp. 469-470.

[184]No obstante, se señala que el *accipiens* puede conocer, en base a las reglas de la buena técnica-pericia, cuantos frutos es capaz de producir un determinado bien, si se encuentra convenientemente explotado y, de ahí, se infiere que no existe obstáculo alguno para calcular su cuantía. Vid. BENATTI, op. cit. en nota 1, pp. 102-103.

sobreviniese la liquidación[185].

En esta misma línea, también se ha apuntado que en el Ordenamiento Jurídico italiano la afirmación de que no es recibido el principio *in illiquidis* se funda en otras dos consideraciones: de un lado, el que el deudor de una suma ilíquida disfrute de ventajas hasta que se produzca el cumplimiento efectivo y, por ello, parece justo calcular, respecto de esta suma, los intereses en compensación de tal provecho[186]. Y, de otro, el principio en cuestión contrasta con la valoración que en la economía moderna asume el retardo en el cumplimiento de la obligación[187].

Frente a estos argumentos, otros autores se decantan por una solución intermedia[188]. De este modo, se considera que cuando la determinación acerca de la liquidez de la deuda queda fuera del control del deudor, bien porque se confíe a un tercero -artículos 1.349 y 1.473 del *Codice civile*-, o bien se determine por el juez en ausencia de pacto expreso de las partes -artículos 1.657, 1.709 y 2.225 del *Codice civile*-, en estos supuestos, no se puede pretender que el obligado ejecute la prestación en el momento del requerimiento de pago por el acreedor cuando el tercero o el juez aún no hayan establecido el *quantum debeatur*. Si por el deudor es imposible averiguar la entidad de la suma debida, su eventual retardo, por tanto, no le debe ser imputado. Por el contrario, la iliquidez es irrelevante, a los fines de la constitución en mora, siempre que la prestación no esté determinada pero el deudor sea capaz, con la normal diligencia, de proceder a su determinación[189].

---

[185]Vid. BENATTI, op. cit. en nota 1, p. 103.

[186]Este mismo argumento se aprecia en nuestro Tribunal Supremo, concretamente en las Sentencias de 5 de abril de 1992 y 21 de marzo de 1994: «Cabe también concebir que, si se pretende conceder, al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos -léase frutos civiles o intereses-, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor».

[187]Señala BENATTI que estos relieves son insuficientes para demostrar la inexistencia de la precitada máxima. Vid. op. cit. en nota 1, p. 104.

[188]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, pp. 244-245; MAZZARESE, op. cit. en nota 1, pp. 446-447; RAVAZZONI, op. cit. en nota 1, p. 906.

[189]Vid. RAVAZZONI, op. cit. en nota 1, p. 906; MAZZARESE, op. cit. en nota 1, pp. 446-447; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 245.

3.2.4. LA IMPUTABILIDAD AL DEUDOR DEL INCUMPLIMIENTO

Dos son las posturas que se destacan en torno a la consideración de si la imputación al deudor del incumplimiento se estima como un presupuesto para su constitución en mora.

Con carácter general, se ha señalado que es sustancial a la constitución en mora que el retraso en el cumplimiento de la obligación sea imputable al deudor[190].

Para los autores que consideran la *mora solvendi* como una forma más de infracción-incumplimiento de la obligación, ésta no debe tener reglas diferentes a aquellas que rigen con carácter general en el incumplimiento. Por ello, es el caso fortuito -artículo 1.105 del Código civil-, entendido como impedimento a la realización de la prestación inimputable, el único límite de la responsabilidad contractual por incumplimiento. Sólo aquellos impedimentos fortuitos y temporales exoneran al deudor de la responsabilidad por mora, se excluyen, de este modo, sus efectos y consecuencias[191].

El régimen de la carga de la prueba debe seguir las reglas establecidas, con carácter general, para todos los supuestos de responsabilidad del deudor[192].

Puede afirmarse, en este sentido, que los Códigos que elaboran a partir de la imputabilidad la construcción dogmática de la mora rechazan su aplicabilidad si ésta es inimputable al obligado[193]. Sin embargo, los Códigos que preceptúan a la mora simplemente

---

[190]Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, op. cit. en nota 1, p. 90; SANTOS BRIZ, op. cit. en nota 3, p. 62; PUIG BRUTAU, op. cit. en nota 3, pp. 645 y ss.; ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, pp. 355 y ss.; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, pp. 628-629; HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 332; PADILLA, op. cit. en nota 141, pp. 87 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 534-535; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, pp. 87 y ss.

[191]Vid., por todos, DÍEZ-PICAZO que, además, señala lo siguiente: «Así, no habrá mora, si el retraso obedece a un previo incumplimiento de obligaciones que incumbían al acreedor o en general a un hecho del acreedor (v. gr., el retraso del contratista en la terminación de la obra se debe a incumplimiento de obligaciones asumidas por el dueño; cfr. STS de 12 de mayo de 1981). O el retraso ha sido buscado por el propio acreedor en su propio interés». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 629.

[192]Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, op. cit. en nota 1, pp. 91-92.

[193]Vid. GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 97; por su parte, PADILLA indica que del artículo 509 del Código civil argentino, última parte («Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable»), no parece deducirse que el legislador haya regulado únicamente un sistema de mora objetiva y no basada en la culpa. «No; ambas pueden convivir pacíficamente sin que se conmueva ningún principio como no sea la pretendida inmutabilidad de las opiniones vertidas con anterioridad». Cfr. op. cit. en nota 141, p. 149; LÓPEZ CABANA apunta que el artículo 509 del Código civil argentino fue interpretado en el sentido que establecía la exigencia de culpa en el deudor, sin embargo, señala que la redacción de precitado artículo es

como una infracción de la obligación la hacen compatible con la presencia del caso fortuito[194].

De otro modo, si se considera la constitución en mora no como una infracción del derecho de crédito, sino como un efecto de la misma, habrá que tener en cuenta dos posibilidades, según se hayan o no distribuido los riesgos entre las partes antes del momento de la infracción de la obligación. En primer lugar, en los supuestos contemplados en el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil, al no haberse distribuido, convencional o legalmente, los riesgos con anterioridad al incumplimiento, debe de considerarse que la imputabilidad sí es un presupuesto de la constitución en mora del deudor, de tal modo que cualquier impedimento que no le pueda ser imputado le exonera de las consecuencias del retraso en la ejecución de la prestación. Mientras que, en segundo lugar, si se produjo un reparto de los riesgos con anterioridad al incumplimiento, bien por pacto o por expresa determinación de la ley o por las circunstancias o la naturaleza de la prestación, la mora surtirá todos sus efectos desde el mismo momento del incumplimiento y, asimismo, el obligado no podrá exonerarse por la concurrencia de un caso fortuito[195].

---

ambigua, pero que, no obstante, no cabe otra cosa que reconocer que: «a) que la redacción del artículo 509 *in fine* se refiere a las responsabilidades derivadas de la mora y no de la demora, como -criterio correctivo- ha sido señalado insistentemente por la doctrina. Por ello, la ley, si bien adopta la concepción objetiva de la mora, permite eximirse al deudor que demuestre que no le es imputable; b) que la falta de imputabilidad a que alude la ley puede acreditarse demostrando que no se es culpable, desembarazándose de la imputabilidad moral, o c) que la ley admite que tampoco es imputable por fallar la relación causal, y desde este punto de vista no habrá imputabilidad por ser el deudor ajeno al incumplimiento (extraneidad), o -más simplemente- por falta de constitución en mora, en las hipótesis en que se requiere interpelación». Cfr. *La demora en el derecho privado*, Buenos Aires, 1989, pp. 93-95.

[194]GRAMUNT hace referencia, en este sentido, a los artículos 1.218 del *Codice civile* italiano y al 1.147 y 1.148 del *Code civil* francés. Vid. op. cit. en nota 1, p. 97.

[195]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que, igualmente, señala que si el deudor pretende la exoneración sólo le queda «probar que el incumplimiento le es imputable al acreedor o a un tercero del que no debe responder [...] la imputabilidad es requisito del incumplimiento y, por ende en estos casos, también de la mora». Op. cit. en nota 1, p. 535.

3.2.5. LA INTERPELACIÓN O INTIMACIÓN DEL ACREEDOR

3.2.5.1. CONCEPTO

Este elemento sí se considera que constituye un requisito de la constitución en mora siempre y cuando no resulte excluido en virtud del segundo párrafo del artículo 1.100 del Código civil[196].

La intimación o interpelación es el requerimiento que hace el acreedor al deudor en virtud del cual reclama el cumplimiento inmediato de la prestación[197]. Se trata de una declaración de voluntad del acreedor, dirigida al deudor y destinada a hacerle conocer la voluntad no equívoca de aquél de obtener el cumplimiento[198]. Su contenido debe producir en el deudor la convicción de que el acreedor no admitirá una mayor dilación en la ejecución de la prestación[199].

Desde otro ángulo, puede indicarse que se trata de una advertencia que se hace al deudor acerca de la finalización de la tolerancia del retraso otorgado por el acreedor, o de que tal condescendencia en la tardanza nunca le ha sido conferida[200].

---

[196]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 535; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 27.

[197]Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 334; ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 360; BADOSA, op. cit. en nota 10, p. 33; SANTOS BRIZ, op. cit. en nota 3, p. 63; BENATTI, op. cit. en nota 1, p. 138; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, pp. 246 y ss.; VISINTINI, op. cit. en nota 35, pp. 440 y ss.; RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, pp. 4 y ss.; BONNEAU, op. cit. en nota 2, p. 1; SALEILLES, op. cit. en nota 2, p. 24; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 2, p. 82; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 2, p. 470; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, op. cit. en nota 2, p. 245; CARBONNIER, op. cit. en nota 2, p. 316.

[198]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 248.

[199]Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 335; indica RAVAZZONI que basta cualquier declaración de voluntad del acreedor siempre que de la misma resulte su intención de que se cumpla el crédito. «Basta que del contexto se contenga la expresión de la no equívoca voluntad del acreedor de ser pagado y que cualquier otra frase contenida en tal declaración no tenga significados imprecisos o se oponga a esta voluntad». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 905; por su parte, ALBALADEJO, a este respecto, se pronuncia en los siguientes términos: «se tiene que tratar de una verdadera exigencia (reclamación o requerimiento o interpelación o intimación) de pago; no bastando el mero recordatorio que dirija el acreedor al deudor. De todas maneras, que haya una u otra figura no depende de la forma de expresarse, que, por corrección, puede ser en apariencia la de amable indicación que, según su sentido en el tráfico, sustancialmente encierre la supradicha exigencia». Cfr. *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 360.

[200]Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, op. cit. en nota 1, p. 92; GRAMUNT apunta que hasta el momento en que el acreedor reclama el pago al deudor existe una situación de permisividad por su parte. «Permisividad que cesa en el mismo momento en que el acreedor interpela. Este criterio determina de forma

En definitiva, puede definirse la intimación como aquel acto mediante el cual el acreedor participa al deudor, de un modo inequívoco, su intención de obtener inmediatamente y, como fuere, tempestivamente, el cumplimiento, por lo que excluye de este modo su disponibilidad a tolerar una prórroga respecto al mismo[201].

3.2.5.2. NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto a su naturaleza, se la considera como una declaración de voluntad recepticia[202], en virtud de la cual el acreedor pretende la ejecución de la prestación y traslada al deudor la indicación de su obligación de cumplir[203].

Es un acto en el que, en virtud de una declaración de voluntad, se transforma una situación jurídica precedente[204], en el que precisamente se considera la voluntad de pretender tal alteración, y cuyos efectos son consecuencia y se regulan normativamente, en tanto que

---

esencial el contenido de la declaración intimatoria. De este modo, no basta que la declaración del acreedor sea un mero recordatorio de la deuda pendiente de cumplimiento, sino que taxativamente ha de compeler al deudor a la satisfacción del crédito». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 28; en el mismo sentido, vid. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, op. cit. en nota 141, p. 57.

[201]Cfr. MAZZARESE, op. cit. en nota 1, p. 447.

[202]Se señala, respecto a las declaraciones de voluntad recepticias, que necesariamente han de ir dirigidas a una o más personas, determinadas o indeterminadas, y no producen efectos jurídicos si no llegan al conocimiento de sus destinatarios. Vid., por todos, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil, Vol. I*, Madrid. 1985, p. 493.

[203]Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 338; CASTÁN, op. cit. en nota 74, p. 213; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 632; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 537; PADILLA, op. cit. en nota 141, p. 375; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 29; ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 361; SANTOS BRIZ, op. cit. en nota 3, p. 63; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, op. cit. en nota 141, p. 58; PUIG PEÑA, op. cit. en nota 3, p. 172; VISINTINI, op. cit. en nota 35, p. 441; RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, p. 21; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 254.

[204]PADILLA, en este sentido, señala que no es exacta la afirmación de VON TUHR de que el acreedor sólo quiere ejercer su derecho, pero no modificar el estado jurídico, pues considera que éste «precisamente quiere que el cumplimiento modifique el estado jurídico preexistente; que la obligación se extinga dando así satisfacción a su acreencia. Y esa finalidad, en nuestro derecho, tipifica el acto jurídico (artículo 994 Código civil argentino)». Cfr. op. cit. en nota 141, p. 375; en contra se manifiesta LLAMBÍAS que entiende que la intimación es un hecho jurídico «porque aquí no es esencial la finalidad de producir una consecuencia de derecho, que es el carácter típico del acto jurídico en nuestro derecho (art. 944 Cód. Civ.), o negocio jurídico de la terminología alemana, italiana y española [...] es un acto que persigue un resultado material, la realización del pago, al que la ley le asigna un efecto jurídico: la situación de mora del deudor. Y como el efecto proviene de la ley más que de la voluntad del acreedor, decimos que es un hecho jurídico y no un acto jurídico». Cfr. *Estudio sobre la mora en las obligaciones*, Buenos Aires, 1965, p. 17.

no están sujetos a la disposición del declarante[205]. Consecuencia de lo anterior es que para su eficacia es preciso que su contenido llegue a conocimiento del propio deudor[206]. Su resultado, por tanto, consiste en el conocimiento del deudor de la exigencia del cumplimiento de su obligación[207].

Acerca de la eficacia del acto de constitución en mora del deudor, la doctrina italiana se ha planteado si, para que la mora se verifique, es o no necesario que desde el momento en que la intimación llegue a conocimiento del obligado, puede transcurrir un período de tiempo conveniente, si bien breve, antes de que éste obedezca el requerimiento del acreedor[208] o, si por el contrario, el deudor debe ejecutar inmediatamente la prestación desde el mismo instante en que llega a su conocimiento el contenido de la interpelación[209].

Los partidarios de la primera interpretación, alegan a su favor el que el artículo 1.219 del *Codice civile* señala que los herederos del deudor moroso, a su fallecimiento, estarán constituidos en mora pasados ocho días desde el recibimiento de la intimación[210].

A favor de la automaticidad de la constitución en mora se ha invocado el artículo 1.334 del *Codice*[211]. Frente a este argumento, se ha señalado que la utilización del anterior

---

[205]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 632; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 538.

[206]Vid. VISINTINI, op. cit. en nota 35, p. 441; asimismo, RAVAZZONI, en esta línea, indica que: «Tenemos una declaración que debe necesariamente ser comunicada a un determinado e infungible destinatario y que puede decirse perfecta solamente en el momento en el que llegue a conocimiento de éste». Cfr. op. cit. en nota 35, p. 21; vid. también, MAZZARESE, op. cit. en nota 1, p. 448; BENATTI, op. cit. en nota 1, pp. 144-145.

[207]Vid. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, op. cit. en nota 141, p. 58; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 248.

[208]Vid. RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, pp. 7 y ss.; y en op. cit. en nota 1, p. 906.

[209]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, pp. 251 y ss.; MAGAZZÚ, op. cit. en nota 25, p. 942; BENATTI, op. cit. en nota 1, pp. 146-149.

[210]Cfr. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 250; RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, p. 7 y op. cit. en nota 1, p. 906; por su parte, BENATTI indica que para esta interpretación no son de ayuda las disposiciones invocadas sobre el término a favor de los herederos, «En cuanto que, en el sentido del artículo 1.454 el «adecuado término» se refiere exclusivamente a los fines de la resolución del contrato, no ya a la finalidad de los efectos moratorios, mientras que la norma relativa a los herederos es bastante específica para que de ésta se pueda obtener una regla general». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 147.

[211]Artículo 1.334 del *Codice civile* italiano. «*Gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati*».

«Los actos unilaterales producen efecto desde el momento en el que llegan a conocimiento de la persona a la cual están destinados».

artículo es exacta en las hipótesis en las que el cumplimiento de la obligación se agota en la esfera del deudor y no es necesaria ninguna actividad de colaboración del acreedor, pero cuando se requiera una actividad de cooperación la solución indicada no es válida[212].

Como solución intermedia, también se ha propuesto la tesis según la cual el recibimiento de la intimación comporte, a cargo del obligado, el tempestivo cumplimiento de los actos preparatorios necesarios para poner, lo más pronto posible, la prestación a disposición del acreedor[213].

Por último, a los fines de conciliar las posturas citadas, se indica que el único modo de superar el problema supone analizar caso por caso, sobre la base de las reglas contenidas en los artículos 1.175 y 1.375 del *Codice civile*, así como dejar abierta también la posibilidad al deudor de un cierto lapso de tiempo para cumplir tras recibir la interpelación, en consideración a la naturaleza o a las modalidades de ejecución de la prestación, y con arreglo al principio de la buena fe[214].

---

[212]Cfr. BENATTI, que, además, indica que cuando se requiera la cooperación del acreedor, se llegaría al extremo de considerar al deudor responsable de la imposibilidad no imputale apenas reciba la intimación, sin que le haya dado materialmente tiempo para cumplir, lo cual sería absurdo. «Por ejemplo, en las obligaciones *portable* (que deben ser cumplidas en el domicilio del acreedor) sin término, el deudor incurriría en la responsabilidad *ex* art. 1.221, si durante el viaje hacia el domicilio del acreedor, en el mismo día en el que le ha sido notificada la interpelación, la cosa perece por caso fortuito». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 147-148.

[213]En este sentido, NATOLI y BIGLIAZZI-GERI no se muestran partidarios de la tesis de BIANCA según la cual a favor del deudor deberá computarse el tiempo necesario para el cumplimiento de aquellos actos preparatorios que por la naturaleza misma de la prestación deben preceder inmediatamente al momento del cumplimiento. Vid. op. cit. en nota 1, p. 252; BENATTI, en esta dirección, indica que: «Porque el acto de constitución en mora consiste en una intimación al cumplimiento, los efectos comienzan a transcurrir cuando ha pasado el período estrictamente necesario para la ejecución: el deudor debe estar pronto a cumplir desde el momento en el que el crédito es exigible; después de la intimación es necesario concederle el tiempo preciso para proporcionar la prestación al acreedor [...] problema delicado es establecer un criterio para determinar el *modicum tempus*; en particular se trata de examinar si en cualquier hipótesis debe indicarse en la intimación el tiempo de cumplimiento. Cuando el acreedor puede obtener la prestación en cualquier momento que se presente el deudor o bien cuando éste puede acercarse al domicilio del acreedor sin el peligro de un acceso inútil, el criterio se deduce de la cláusula de la buena fe (arts. 1.175 y 1.375 *Codice civile*), coordinada con otros indicios tales como el lugar del cumplimiento, la existencia de un término y similares. En las obligaciones que deben ser cumplidas en un lugar distinto del domicilio del deudor o del acreedor, no basta que éste realice un simple requerimiento: en éste debe indicar el día en el que se hallará en el lugar de pago. En ausencia de esto no se puede afirmar que corresponda al deudor «hacer una tempestiva declaración de oferta, indicando el tiempo y el modo con el que trate de proceder a la ejecución». La intimación es un acto con el que el acreedor requiere al cumplimiento: por tanto si el deudor no conoce el momento en el que el acreedor está pronto a recibir la prestación, no se encuentra en disposición de cumplir y entonces la intimación no alcanza su finalidad». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 148-149.

[214]Cfr. MAGAZZÚ, op. cit. en nota 25, p. 942; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 253; BENATTI, op. cit. en nota 1, p. 148.

3.2.5.3. CAPACIDAD DE LAS PARTES

La intimación es el requerimiento de pago hecho por el acreedor y dirigido al deudor para que éste cumpla la obligación. En principio, los sujetos legitimados para la emisión válida del requerimiento de pago son el propio acreedor y sus representantes legales o voluntarios[215].

Respecto al deudor, la intimación debe ser recibida por éste o por su representante[216], no obstante, es preciso que su contenido llegue a conocimiento del sujeto obligado[217].

Por otro lado, se discute si las personas legitimadas para constituir en mora al deudor deben tener capacidad de obrar o bien es suficiente la capacidad jurídica en ellos.

Referente al acreedor, la opinión prevalente es que precisa capacidad de obrar para la emisión de la declaración de voluntad contenida en la intimación[218].

Se ha señalado que el argumento recogido en el artículo 1.190 del *Codice civile*, a los fines de afirmar el requisito de la capacidad en el acreedor para requerir el cumplimiento, presenta el límite de valer exclusivamente dentro del ámbito de aplicación de la citada norma, ésta ha sido dictada en relación a una sola categoría de obligaciones, las de dar. Sobre esto, parece que el problema relativo a la capacidad del destinatario de la prestación pueda asumir un distinto relieve cuando se trate de obligaciones que no tienen por objeto

---

[215]Vid. BENATTI, op. cit. en nota 1, pp. 115-116; HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 340; vid. también NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, pp. 254-256.

[216]Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 340; LLAMBÍAS, op. cit. en nota 204, p. 19; GIORGI, op. cit. en nota 3, pp. 91-92.

[217]Vid. PUIG PEÑA, op. cit. en nota 3, p. 172; ALBALADEJO, *Derecho...*, cit. en nota 1, p. 197; PADILLA, op. cit. en nota 141, p. 377; HERNÁNDEZ GIL, F., por su parte, indica que si los deudores son varios y se encuentran unidos por vínculos de solidaridad, la intimación puede dirigirse contra cualquiera de ellos, produciéndose la mora de forma colectiva. «Esta cuestión no está resuelta en el Código civil, pero hay que inclinarse por la afirmativa, pues cada deudor viene obligado al cumplimiento íntegro de la prestación (arts. 1.137 y 1.142 C.c.) por lo que si es requerido de pago sus consecuencias se propagan al grupo». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 340; en contra de estos últimos argumentos se pronuncia RAVAZZONI: «En hipótesis de obligaciones solidarias pasivas, la intimación dirigida a uno solo de los codeudores no vale para constituir en mora a los otros, vale, sin embargo, para interrumpir la prescripción también para los otros -y, esto es, desarrollar uno de los efectos típicos de la constitución en mora-». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 905.

[218]Vid., por todos, HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 343.

la entrega de una cosa[219].

Respecto a determinadas prestaciones de hacer, puede resultar irrelevante cualquier juicio que se haga acerca de la capacidad del acreedor. Por ejemplo, cuando se trate de la realización de un intervención quirúrgica, o de recoger los frutos, cultivar un huerto, reparar el techo de una casa o una maquinaria de una determinada fábrica. Sin embargo, se indica que, incluso en estas prestaciones es preciso un control del acreedor sobre el comportamiento del deudor, a los fines de verificar la exactitud del cumplimiento de la obligación. En los supuestos en los cuales el cumplimiento requiera de un elevado grado de especialización, o de conocimientos técnicos que harían ese control del acreedor inútil, o bien difícil examinar si se ha ejecutado correctamente la prestación, éste podría siempre comprobar el cuidado, diligencia y competencia del obligado en el cumplimiento a través del juicio de un experto o perito.

Por ello, se indica que quien tiene derecho a una prestación de hacer debe ser tutelado, para darle la posibilidad de cerciorarse de la exactitud de la prestación, del mismo modo que el destinatario de una obligación de dar. Se evita, de esta manera, una injustificada diversidad de tratamientos del acreedor en el cumplimiento de obligaciones de dar y de hacer[220].

Se concluye, en este sentido, que el acreedor incapaz no puede intimar válidamente, ya que el pago a él efectuado no siempre es apto para liberar al deudor en aquellos supuestos en los que se hace oportuno una verificación del cumplimiento por su parte.

De otro modo, en aquellas obligaciones en las que la ejecución se agota en la esfera jurídica del deudor, y en relación a las cuales no se precisa de una actividad de cooperación o de control por parte del acreedor[221], se ha señalado que es irrelevante la capacidad de éste, pues al no ser necesaria su intervención en las distintas fases a través de las que se realiza el cumplimiento, se considera que no existe motivo alguno para negar la validez de la intimación efectuada por un incapaz, pues, en este caso, el deudor puede cumplir apenas

---

[219]Cfr. BENATTI, op. cit. en nota 1, p. 120.

[220]Cfr. BENATTI, op. cit. en nota 1, p. 122.

[221]Como por ejemplo la obligación de un empresario de cesar la concurrencia mercantil, o en obligaciones consistentes en la emisión de una declaración de voluntad por parte del deudor.

reciba la interpelación sin correr riesgos de clase alguna sobre la eficacia de su cumplimiento que se ejecutará, de este modo, en completo provecho del acreedor[222].

En cuanto al deudor, se afirma que la intimación, para alcanzar su objeto, debe ser conocida por él mismo es, por ello, necesario que el obligado esté en condiciones de entender el significado del acto. El hecho de que se trate de un acto desventajoso para él e, igualmente, el que ésta se dirija a un sujeto no legitimado para cumplir, hacen concluir que no es suficiente la capacidad jurídica en el deudor, sino que es preciso que concurra en él la capacidad de obrar[223]. Por tanto, si el deudor es incapaz, para la plena eficacia de la declaración recepticia, deberá ser puesta en conocimiento de su representante legal[224].

3.2.5.4. CONTENIDO DE LA INTIMACIÓN

Es opinión pacífica en la doctrina el que si con la intimación se reclama una prestación distinta de la debida, ésta no es idónea para constituir en mora al deudor, puesto que con ella, lo que efectivamente se solicita es aquello que realmente se debe[225].

El problema surge cuando lo que se reclama es una prestación mayor de la que realmente se adeuda[226]. La doctrina se encuentra dividida en torno a esta cuestión.

Algunos autores niegan la eficacia de la intimación incluso también para aquella porción de la deuda que se considera efectivamente debida[227].

---

[222]Vid. BENATTI, op. cit. en nota 1, p. 123.

[223]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 254.

[224]Cfr. VISINTINI, op. cit. en nota 35, p. 441; vid. también MAZZARESE, op. cit. en nota 1, p. 448.

[225]Vid., por todos, HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 343; ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil, Tomo II, Vol. I*, Barcelona, 1954, p. 263.

[226]ENNECCERUS indica que si se puede suponer que, aunque el contenido del requerimiento fuera correcto, el deudor no hubiese cumplido o si, conforme a la buena fe, tuviera que esperarse de él que, a la vista de la intimación, ofreciera la prestación tal y como es debida, incurriría también en mora. Vid. op. cit. en nota 225, p. 263; vid. asimismo, HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 344.

[227]Vid. RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, p. 24; y en op. cit. en nota 1, este mismo autor matiza que en estos casos es necesario que la voluntad del acreedor de recibir la prestación sea clara y definitiva, si no consta su voluntad en este sentido, el deudor no puede estar seguro de si el acreedor recibirá una prestación menor, parcial desde el punto de vista del acreedor, luego no puede considerarse que se encuentre constituido en mora. Si, por el contrario, «cuando el acreedor requiera una suma mayor, pero declare expresamente o, como fuera, resulte clara

Otros señalan que el requerimiento es ineficaz, pero no de un modo absoluto e incondicional, sino que habrá que analizar caso por caso para determinar su validez[228].

Para otros, la invalidez de la intimación excesiva es injustificada y se trata de una medida demasiado rigurosa, primero porque cuando el acreedor indique la fuente del crédito, esto significa que no pretende más de lo que le corresponde y, segundo, al ser la intimación una invitación a pagar, ésta genera sus efectos independientemente del hecho de que aquél estime tener derecho a una suma mayor que la convenida[229].

Por último, se considera que la negación de la plena ineficacia del requerimiento excesivo encuentra su fundamento en la función de la intimación, que es aquella de manifestar la voluntad del acreedor de obtener inmediatamente el cumplimiento, y ha sido acogida, igualmente, en los supuestos de iliquidez del crédito cuando el deudor impugna injustamente la cuantía de la deuda y no coopera a la necesaria liquidación[230].

3.2.5.5. FORMA DE LA INTIMACIÓN

La forma de realizar el requerimiento de pago por el acreedor es libre, pues nuestro Ordenamiento Jurídico consiente tanto en la intimación judicial como en la extrajudicial[231].

En la intimación extrajudicial se aplica el principio de absoluta libertad de forma, siempre que exprese, de modo suficiente, la exigencia del cumplimiento por parte del

---

su intención de recibir también una prestación menor, -desde su punto de vista, parcial- la intimación puede valer perfectamente a los fines de la constitución en mora del deudor». Vid. op. cit. en nota 1, p. 906.

[228]En este sentido HERNÁNDEZ GIL, F., indica que el requerimiento no sería ineficaz si se demuestra que el deudor no hubiera atendido a la intimación realizada de forma correcta, tampoco cuando el exceso sea producto de un manifiesto equívoco del acreedor o de la persona que coopere con él. «En las declaraciones de voluntad mediatas no puede imputarse al declarante la equivocación sufrida en la transmisión de la declaración formada y exteriorizada congruentemente. En las declaraciones de voluntad inmediatas el error material del declarante, o de su cooperador material, en la cantidad no hace ineficaz el requerimiento». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 344.

[229]ENGEL, por su parte indica que la intimación no pierde sus efectos si el acreedor reclama más de lo que le es debido, pues, para este autor, ésta es válida por el montante exacto. Vid. op. cit. en nota 2, p. 464.

[230]Vid. VISINTINI, op. cit. en nota 35, pp. 441-442; HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 345; PUIG PEÑA, op. cit. en nota 3, p. 173 y notas 32 y 33.

[231]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 632; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 538; HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 348.

acreedor[232].

En esta línea, no deberán tener eficacia aquellas intimaciones del acreedor en las que únicamente informe o notifique al deudor la existencia de la deuda[233].

En la reclamación judicial, la forma se determina con arreglo a la legislación procesal vigente y, normalmente, es la interposición de la demanda o cualquier otro acto de iniciación del procedimiento la que se considera como requerimiento de pago[234]. Se indica que ésta es la invitación más firme para cumplir[235].

Por otro lado, el Ordenamiento Jurídico italiano exige la forma escrita para la validez de la intimación[236] *ex* artículo 1.219 del *Codice civile*[237]. De este modo, se advierte al deudor

---

[232]Vid. ALBALADEJO, *Derecho...*, cit. en nota 1, p. 197; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, pp. 30-31; PADILLA, op. cit. en nota 141, pp. 375-376.

[233]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 632; HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, pp. 348-349; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 538; PUIG PEÑA, op. cit. en nota 3, p. 172.

[234]Vid. DÍEZ-PICAZO que, asimismo, señala que a la demanda judicial también se le puede equiparar la petición de medidas cautelares previas al proceso, como por ejemplo, la solicitud de embargo preventivo e, igualmente, el acto de conciliación. «Por excepción, pueden considerarse como actos constitutivos de la mora las reclamaciones judiciales en que se contenga una pretensión diferente que presuponga el incumplimiento de la obligación. La STS de 5 de noviembre de 1990 (Social) admite como intimación el proceso seguido por un trabajador que pide la reincorporación a la empresa después de un período de excedencia, en relación con el salario dejado de percibir». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 632.

[235]Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., que, en este sentido, indica los siguiente: «En la forma judicial encuentra su más clara expresión la voluntad del acreedor de reclamar la prestación, pues en la demanda ha de fijarse con claridad y precisión lo que se pida (art. 524 de la LEC.). Pero existen dificultades sobre los efectos intimatorios que pueden producir las demandas nulas procesalmente y las demandas interpuestas ante juez incompetente [...] su validez (de la intimación) no debe ofrecer dudas si distinguimos la ineficacia procesal de la demanda de los efectos extraprocesales derivados de la demanda nula. El requerimiento judicial nulo se convierte formalmente en requerimiento extrajudicial perfectamente válido; sólo está condicionado a que el contenido sea claro y concluyente y llegue a conocimiento del deudor [...] En cambio, si la nulidad de la demanda procede de otra circunstancia, valdrá externa e internamente como requerimiento extrajudicial, porque el demandado al proponer la excepción dilatoria de defecto legal de la demanda (art. 533, núm. 6 de la LEC.) aunque no esté obligado a contestarla conoce la petición contenida en el suplico de la misma. La constitución en mora no deriva de la demanda nula, sino del conocimiento que tuvo el deudor de su contenido, que es independiente de que se ajustara o no a las formas prescritas por la LEC. Supuesto distinto es el de las demandas en que se solicite sólo la resolución y no el cumplimiento; la demanda de resolución nula no vale como acto extrajudicial de constitución en mora por imperativos del artículo 1.100, que sólo considera los requerimientos judiciales o extrajudiciales cuando se dirigen a obtener el cumplimiento de la obligación. Las demandas alternativas de cumplimiento o resolución son eficaces como requerimiento extrajudicial. Si la demanda se interpone ante juez incompetente son aplicables las mismas soluciones, porque la LEC. somete esta situación al mismo tratamiento, excepción dilatoria (art. 533, nº 1) que al defecto legal en el modo de proponer la demanda». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 349-351.

[236]RAVAZZONI señala, a propósito de la forma escrita del requerimiento, que: «requisito que no se puede no interpretar como una particular concesión de importancia a la actividad de cooperación del acreedor (especialmente si se considera que la obligación normalmente surge sin algún requisito de forma escrita *ad*

de la seriedad de las intenciones del acreedor y de la gravedad de las consecuencias que se le pueden derivar de la persistencia en la dilación al cumplimiento de la obligación[238].

Sin embargo, en la doctrina se discute si la forma escrita afecta a la validez del acto o solamente a la prueba del mismo[239].

Para el Ordenamiento Jurídico francés el artículo 1.139 del *Code civil*[240] señala que, en principio, para constituir en mora al deudor deberá hacerse mediante intimación judicial, pero, igualmente se admite que pueda operarse mediante el empleo de un acto equivalente[241].

De modo general rige en el Derecho francés el principio de libertad de forma para

---

essentiam)». Cfr. op. cit. en nota 35, p. 21.

[237]Artículo 1.219 del *Codice civile* italiano. «*Il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto*».

«El deudor está constituido en mora mediante intimación o requerimiento hecho por escrito».

[238]Vid. RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, pp. 21-22.

[239]VISINTINI afirma que la opinión más corriente asigna a la exigencia del artículo 1.219, del carácter estricto de la intimación, una cualidad *ad substantian* y, por ello, de requisito esencial para la validez del acto, «sin embargo, se puede discutir la oportunidad de una regla impuesta a tal riguroso formalismo en relación a la exigencia actual del comercio y al principio de corrección -*correttezza*- que gobierna las relaciones obligatorias y que en estos supuestos exigiría que se diese también relieve a requerimientos verbales serios». Indica esta autora que también la jurisprudencia tiende a desvincularse del formalismo legislativo y, de cualquier modo, se puede fundadamente opinar que la norma es dispositiva y que, por ello, se permite a las partes acordar dar relevancia a una interpelación verbal. Vid. op. cit. en nota 35, p. 442; BENATTI, por su parte, al basarse en el carácter dispositivo del artículo 1.139 del *Code Napoleón*, que es el precedente del artículo 1.219 del *Codice civile*, admite que éste permite a las partes modificar el régimen legal de la constitución en mora y establecer que en las obligaciones a término el simple vencimiento sea suficiente para constituir al deudor en mora. «Por tanto, como no se opone al artículo 1.139 del *Code Napoleón*, el acuerdo de las partes sobre la admisibilidad de la interpelación verbal, del mismo modo se debe considerar válido un acuerdo similar en el sentido del artículo 1.219 del *Codice*. A este resultado conduce un ulterior argumento recogido del origen histórico del rígido formalismo en tema de *mora debendi*. La forma escrita ha sido introducida por la costumbre francesa, a los fines de advertir al deudor que el acreedor no tolerará ningún retraso en el pago, y, de ahí, para hacerle reflexionar sobre las graves sanciones en su contra en las hipótesis de retardo. Se trata, por tanto, de una regla dictada en exclusiva tutela del deudor, y nada impide que renuncie a una disposición que le favorezca». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 133-134; vid. también MAGAZZÚ, op. cit. en nota 25, pp. 941-942; MAZZARESE, op. cit. en nota 1, pp. 447-448; RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, pp. 21-22; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 249.

[240]Artículo 1.139 del *Code civil* francés. «El deudor se constituye en mora mediante interpelación judicial o por un acto equivalente, como una carta, cuando resulte de sus términos una interpelación suficiente. El deudor está constituido en mora por el efecto del convenio, cuando éste fije que, sin que sea necesario un acto y por el solo vencimiento del término, el deudor estará en mora».

[241]Vid. PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 2, pp. 82 y ss.; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 2, p. 471; BONNEAU, op. cit. en nota 2, p. 4; CARBONNIER, op. cit. en nota 2, p. 316.

la interpelación, siempre que se manifieste de un modo claro la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación.

Se considera que todos los actos que manifiesten solemnemente la voluntad de acreedor de reclamar aquello que se le debe constituyen los actos equivalentes a los que hace referencia el artículo 1.139 del *Code civil*[242].

Con respecto a la correspondencia, incluso certificada, telegramas o declaraciones verbales, se consideran, en principio, insuficientes para constituir en mora al deudor pues no pueden ser estimadas como equivalentes a la intimación. No obstante, se ha señalado que la tendencia actual está dirigida a simplificar lo más posible los formalismos de la constitución en mora, y toda vez que si se admite, con carácter general, la posibilidad de que las partes puedan dispensar la exigencia de toda forma respecto de la misma, *ex* artículo 1.139 *in fine*, también se debe aceptar que una simple carta certificada sea suficiente, si las partes así lo han convenido, y siempre que de la misma resulte una interpelación lo suficientemente clara[243].

De esta suerte, los procedimientos de constitución en mora regulados en el artículo 1.139 del *Code civil* no se considera que sean de orden público[244]. Se permite, en este sentido, a las partes el acuerdo de otras formas para la misma, tales como una interpelación verbal o una visita del acreedor al deudor[245].

---

[242]Cfr. BONNEAU que, además, indica que pueden constituir interpelación un acto que un procurador envía a otro e, incluso, una demanda judicial. Op. cit. en nota 2, p. 4, nº 41.

[243]Vid., a este respecto, PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 2, p. 83; DUPONT DELESTRAINT, *Droit civil. Les obligations*, París, 1981, p. 93; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 2, p. 472; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, op. cit. en nota 2, p. 246; MALAURIE et AYNÉS, *Droit civil. Les obligations*, París, 1993/1994, p. 473; PIERRARD, *La mise en demuere et les dommages-interets compensatoires*, Juris Classeur Périodique, 1945, I, p. 466.

[244]Vid. BONNEAU, op. cit. en nota 2, p. 4, nº 42; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 2, pp. 82 y ss.; MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 243, p. 473.

[245]BONNEAU indica, en este sentido, lo siguiente: «Cierto que el artículo 1.139 no alude directamente a la facultad de simplificar convencionalmente las reglas de forma de la constitución en mora, pero esta solución deriva de la posibilidad reconocida a las partes de derogar la necesidad de constituir en mora a una de ellas». Asimismo, y respecto a lo señalado en el artículo 1.139 *in fine* señala que: «esta disposición significa que el contrato puede dispensar al acreedor de constituir en mora al deudor, y que éste lo estará desde el vencimiento del término que afecte a su obligación». Cfr. op. cit. en nota 2, p. 2, nº 12 y p. 4, nº 42; PLANIOL et RIPERT se expresan en términos similares: «En varias circunstancias la constitución en mora resulta de la simple llegada del término sin que sea necesario dirigir al deudor intimación alguna. Estas excepciones resultan tanto del convenio como de la ley. Se puede convenir que el deudor se constituirá en mora por el solo hecho de que el término acordado

Por último, se ha señalado por la Corte de Casación que los jueces tienen poder soberano para apreciar si un determinado acto está redactado en términos adecuadamente formales para ser apto a los fines de la constitución en mora del deudor. Esto permite suponer que un acto cualquiera podría, si es preciso, ser estimado como válido, con el propósito de constituir en mora al obligado, con la única condición de que exprese de modo suficientemente categórico la voluntad del acreedor de obtener la ejecución inmediata de la obligación y de que efectivamente llegue a conocimiento de aquél[246].

3.2.5.6. TIEMPO DE LA INTERPELACIÓN

Los efectos del tiempo en relación a la interpelación se determinan en función de una concreta especialidad: la obligación ha de ser exigible, de otro modo la interpelación es ineficaz[247].

En las obligaciones a plazo, no cabe reclamación de la deuda antes del vencimiento del término de la prestación[248]. En éstas no se exime al acreedor de su obligación de requerir

---

expire sin que ejecute su obligación. Este convenio está previsto por la ley (art. 1.139) y es frecuentemente utilizado. Puede ser tácito y resultar de las circunstancias. El *Code civil* lo sobreentiende cuando declara que el deudor está en mora cuando la cosa que está obligado a dar o a hacer no pueda ser dada o hecha más que en un cierto plazo de tiempo que ha dejado pasar (art. 1.146). Fuera de estos casos la dispensa de la constitución en mora depende de la interpretación de la voluntad. Esto se admite en todos los casos donde la constitución en mora no tendría razón de ser a consecuencia de la naturaleza de la obligación: obligación de hacer que debe ser ejecutada de manera regular y continuada [...] obligación de origen delictual o cuasi-delictual. Esta se hace igualmente inútil por hecho del deudor, si él mismo se reconoce en mora, o si ha tomado la iniciativa de dar a conocer al acreedor su negativa a la ejecución. Por la fuerza de las cosas y por extensión del artículo 1.146, no se concibe cuando el deudor, por su culpa, se ha puesto en imposibilidad material y definitiva de ejecutar su obligación [...] la ley misma, en ciertas hipótesis, considera al deudor constituido en mora de pleno derecho. Así el ladrón está, de pleno derecho, en mora de restituir la cosa robada, o aquel que ha recibido de mala fe una cosa a sabiendas de que no se le debía, o el mandatario que emplea para usos propios las sumas entregadas». Cfr. op. cit. en nota 2, pp. 84-86; vid. también WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 2, pp. 474-475; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, op. cit. en nota 2, p. 247; vid. asimismo, respecto del Ordenamiento Jurídico suizo, ENGEL, op. cit. en nota 2, pp. 465-467.

[246]Indican, en este sentido, PLANIOL et RIPERT que la jurisprudencia parece, en esta orientación, dar menor importancia a la forma de la manifestación de voluntad que a su contenido. Vid. op. cit. en nota 2, p. 84; vid., igualmente, WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 2, p. 472; MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, op. cit. en nota 2, p. 246; MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 243, pp. 472-473.

[247]Cfr. GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 31.

[248]LASARTE en este sentido, al referirse a la fijación del término o señalamiento del plazo, indica los siguiente: «Uno y otro pueden identificarse cronológicamente con toda facilidad, determinándose cuál es el momento en que la obligación resulta exigible por parte del acreedor, pues hasta entonces la obligación -existente

al deudor para que ejecute la prestación, pues aquél tendrá que proceder a la intimación para que el obligado cumpla, una vez se haya verificado íntegramente el plazo previsto para ello[249]. Lo mismo se aplica para las obligaciones con término inicial de cumplimiento[250], término suspensivo[251], o término final o resolutorio[252], pues en todas ellas, el transcurso de la concreta indicación del momento temporal determina la materialización efectiva de las mismas[253].

Respecto a las obligaciones puras, tradicionalmente se ha defendido la exigibilidad inmediata de las mismas. En este caso, se admite que el acreedor pueda exigir el

---

y válida- pende del advenimiento del momento temporal concreto determinado en el título constitutivo de aquélla [...] no se deben confundir las obligaciones a término (que fijan el momento en que ha de cumplirse la prestación) y las obligaciones a plazo (donde éste consiste en el lapso de tiempo dentro del cual debe realizarse la prestación) [...] las obligaciones aplazadas sólo serán exigibles cuando el día llegue, esto es, cuando haya transcurrido enteramente el plazo o haya sido superado el término en sentido estricto, sin que el deudor haya procedido a realizar la prestación debida (a salvo, por supuesto, lo dicho en relación con el denominado término esencial). Ahora bien, ni aun transcurrido completamente el plazo sin que haya cumplido el deudor, puede afirmarse que éste sea deudor moroso en sentido técnico, pues como es bien sabido (art. 1.100), en nuestro sistema es necesaria la intimación al deudor, salvo que otra cosa se encontrara prevista en el título constitutivo de la obligación o se dedujera de su naturaleza y circunstancias». Cfr. *Comentario al artículo 1.125 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, pp. 101-102.

[249]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 537; LASARTE, op. cit. en nota 248, p. 102; HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, pp. 363-364; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 70, pp. 250-251; LLAMBÍAS, op. cit. en nota 204, p. 29; BENATTI, op. cit. en nota 1, p. 141; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, p. 247; RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, p. 25 y en op. cit. en nota 1, p. 906.

[250]En este sentido, DÍEZ-PICAZO señala que la llegada del *dies* no opera como un requisito del nacimiento del derecho de crédito, sino como un presupuesto para su ejercicio. Para este jurista, el derecho existe, aunque no pueda todavía ser ejercitado. «Ésta es, a mi juicio, la solución correcta. El derecho de crédito existe ya, aunque el titular no pueda dirigirse al deudor para reclamar la total ejecución de la prestación. Puede, sin embargo, ejercitar acciones tendentes a la conservación del derecho mismo o de las cosas debidas, incluso antes de la llegada del término, y puede, igualmente, enajenar o traspasar a otra persona su derecho de crédito. En el mismo sentido el deudor asume, incluso antes de la llegada del término, unos deberes de conservación, de diligencia y de preparación de la prestación». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 325-326; vid. también LASARTE, op. cit. en nota 248, p. 102; HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 354; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 537.

[251]Para HERNÁNDEZ GIL, en las hipótesis de plazo suspensivo, el cumplimiento de la obligación únicamente se exige cuando la misma haya vencido, «pero el requerimiento se puede emitir antes de que llegue la fecha, cierta, del vencimiento. En tal hipótesis la intimación sólo produce sus efectos cuando la prestación debe ser realizada. La exigibilidad está condicionada por el vencimiento, pero no el requerimiento, que sólo es una invitación clara y expresa al cumplimiento para cuando la obligación sea exigible». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 354.

[252]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit en nota 1, p. 328; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 536-537.

[253]Vid. LASARTE, op. cit. en nota 248, p. 100; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 537.

cumplimiento de la obligación en cualquier momento[254].

No obstante, se indica que la exigibilidad inmediata no debe entenderse con todo rigor, que conduzca a interpretaciones absurdas y exigencias de imposible cumplimiento[255]. El deudor, por ello, no se constituye en mora automáticamente, pues ha de transcurrir un plazo razonable que le permita cumplir, y a cuya finalización, sin que se ejecute la prestación, deberá acreditarse de forma indubitada la voluntad del mismo de incumplir la obligación[256].

Para algún autor, de otro modo, se entiende que la interpelación es un requisito necesario para fijar el momento del incumplimiento del deudor[257]. En las obligaciones puras

---

[254]Vid., al respecto, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 537; BENATTI, op. cit. en nota 1, p. 141.

[255]Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, *Comentario al artículo 1.113 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 76.

[256]Respecto a la inmediata exigibilidad de las obligaciones puras, ÁLVAREZ VIGARAY indica lo siguiente: «En este sentido el art. 62 C. de C., no obstante ser más necesaria la celeridad en el cumplimiento en la contratación mercantil, establece que, a falta de término establecido por convenio o disposición especial, serán exigibles las obligaciones a los diez días si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaran aparejada ejecución. La STS 20-X-1982 declaró que «no se infringe el art. 1.113 CC. señalando un plazo prudencial para que los demandados hagan el pago de las sumas a que se les declare obligados, porque con ello no desconoce la sentencia que la obligación de que se trata es exigible desde luego, ni altera su carácter de pura» y la STS 21-III-1984 estableció que «obligándole un individuo a satisfacer a otro cierta cantidad cuando sus circunstancias se lo permitan, se ajusta a la ley y a la jurisprudencia la sentencia que estima pura dicha obligación, puesto que no depende de acontecimiento alguno incierto, ni está aplazada a día determinado, y la expresión de pagar cuando sus circunstancias se lo permitan al deudor es redundante». El párrafo final del art. 1.113 equipara a la obligación pura la condicional resolutoria en fase de pendencia, en cuanto a su exigibilidad, puesto que ambas surgen desde luego, sin perjuicio de los efectos de la resolución en el caso de que en la sometida a condición resolutoria se realice el evento». Cfr. op. cit. en nota 255, p. 76; asimismo, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, en este sentido, señala que: «Por lo cual parece evidente que la fórmula "exigible, desde luego" del artículo 1.113 debe ser interpretada en el sentido de que la obligación que no tiene término inicial, ni expreso ni tácito, su cumplimiento puede hacerse, "desde luego", por el deudor, y, por otra parte, el acreedor podrá también exigirlo, "desde luego". Es la fórmula empleada por el BGB alemán (§ 271) y después de él por el Código civil suizo de las obligaciones (artículo 75). En el antiguo Derecho español se interpretaba también de esta misma forma, porque se establecía que cuando la obligación no tuviese un día señalado, los Tribunales, a instancia del acreedor, podían establecerlo, determinando cuándo pudiese exigirse aquella obligación. [...] Y este mismo sentido para la interpretación del artículo 1.113 del Código civil, se encuentra también recogido en la doctrina del Tribunal Supremo español, que estima que el hecho de señalar el plazo prudencial para que se cumpla la obligación, no implica desconocimiento de que la obligación de que se trata es exigible desde luego, ni altera su carácter de pura, templando de este modo la rigidez de la letra de la ley, con la permisión de un *tempus modicum* que facilite el cumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 70, pp. 251-252; vid. en igual sentido, HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 1, p. 252.

[257]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que, en esta línea, indica lo siguiente: «Pero en este trabajo se defiende que en realidad la interpelación es un presupuesto necesario para la determinación del incumplimiento, para calificar de ilícita la infracción del deudor y ello sólo adquiere sentido en las obligaciones donde vencimiento y exigibilidad no van unidas, es decir, en las obligaciones puras, con plazo inicial de cumplimiento o sometidas a

ocurre que la constitución de la misma equivale a su vencimiento, desde el momento en el que nacen surge el deber de cumplirlas y, en este sentido, se precisa de la interpelación, no sólo por el efecto que tiene de señalar el momento desde el que surgen los efectos de la mora, sino por el de fijar el instante desde el que se manifiestan los efectos del incumplimiento. El hecho de que en estas obligaciones el vencimiento se produzca de forma inmediata supone, únicamente, que el deudor puede comenzar con la ejecución de la prestación sin que tenga que atender a la llegada de plazo alguno de vencimiento. Es por ello, por lo que se concluye que, con carácter general, la interpelación es absolutamente necesaria en este tipo de obligaciones[258].

4. LA MORA AUTOMÁTICA

En nuestro Ordenamiento Jurídico, el artículo 1.100 del Código civil, en su segundo párrafo, regula dos supuestos heterogéneos en los cuales el deudor incurre en mora sin necesidad de interpelación.

En primer lugar, no se precisa la intimación cuando la propia obligación o la ley así lo determinen de forma expresa. Y, en segundo lugar, aquélla se excluye cuando resulte de

---

condición suspensiva». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 536.

[258]Indica, en este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que: «Por tanto, cumplir con el requisito de la interpelación es necesario, de manera general, tanto en las obligaciones con término inicial o condición suspensiva, como en las puras. Si esto es así, se puede preguntar ¿cuándo no es necesaria la interpelación para la constitución en mora? A lo que se deberá contestar haciendo una análisis de los supuestos contemplados en el párrafo segundo del artículo 1.100, así como de todos aquellos en los que la ley ha traspasado al deudor los riesgos de los casos fortuitos». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 537; en el mismo sentido, CARDENAL FERNÁNDEZ apunta lo siguiente: «Desde un punto de vista lógico, el acto de constitución en mora desempeña su función principalmente en las obligaciones sin término, fijando el punto del tiempo en el que el acreedor tiene interés en recibir la prestación, y no tolera ninguna dilación o retraso por parte del deudor; para este último la intimación cumple el cometido de fijar el momento en el que debe prestar; a falta de requerimiento de pago por parte del acreedor, el deudor podría permanecer inactivo sin incurrir en responsabilidad». Cfr. op. cit. en nota 51, p. 199; vid. igualmente, WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 2, p. 471; BONNEAU, op. cit. en nota 2, p. 1, nº 3; y, en contra de los anteriores argumentos, vid. PADILLA que entiende que en las obligaciones puras la constitución en mora del deudor sobreviene inmediatamente si se ha omitido su cumplimiento. Para este autor, la sola idea de tiempo o plazo, empaña, en algún sentido, el concepto de obligación pura, pues si tiene plazo no es pura y si no lo tiene, pero hay que fijárselo tampoco. Vid. op. cit. en nota 141, p. 329.

la misma naturaleza y circunstancias en que se contrajo la obligación[259].

En este sentido, el Código redacta tres distintos criterios en los que se pueden incluir cada uno de los supuestos característicos en los que el deudor asume los riesgos de los casos fortuitos, sin necesidad de ser intimado por el acreedor.

El primer criterio es el determinado por la ley, y comprende todas las hipótesis en las que el Ordenamiento Jurídico impone al deudor la obligación de hacerse cargo de los casos fortuitos sobrevenidos. El segundo, es el de la autonomía de la voluntad de las partes, que comprende todos los pactos a los que los contratantes hayan llegado acerca de la distribución de tales riesgos y del momento en que ésta haya de verificarse. Y, por último, el tercer criterio es el señalado por la propia naturaleza y circunstancias de la obligación, que engloba todo lo relativo a las eventualidades del lugar, del tiempo y del objeto de la misma.

---

[259]Interesantes son las conclusiones de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ en orden a la distinta fundamentación de los dos supuestos de constitución en mora sin interpelación. Para eta autora, existen tres razones que motivan a nuestro legislador a establecer estas excepciones a la exigencia de intimación: «la primera es el propio contenido de la obligación, es decir, cuando la ley traspasa los riesgos al deudor por el solo hecho de serlo, lo hace atendiendo a la naturaleza de la obligación y al comportamiento del obligado, en este sentido, son muchos los preceptos del Código en los que al obligado se le impone por fuerza de ley, la obligación de responder de los casos fortuitos (arts. 1.096 III, 1.105 pr. que los contempla de modo general, 1.986, 1.185, 1.488). En segundo lugar, cuando se permite que las partes libre y voluntariamente asuman obligaciones, se está permitiendo que autorregulen sus propios intereses y la relación jurídica obligacional a la que se vinculan, es decir, se acoge como una expresión más del principio de la autonomía privada (arts. 1.255 y 1.258). Y, en tercer lugar y último lugar, existen algunas obligaciones que se asumen con la «condición» de que sean cumplidas en un cierto momento y de una cierta forma que sólo el deudor, por sus cualidades personales, profesionales o por la propia entidad de la prestación, sabe cuándo y cómo deben ser cumplidas, además en ellas el término previsto por las partes posee naturaleza de *adiectio diei solutionis causa*, aunque no se haya determinado expresamente en el contrato. No es necesaria la existencia de un pacto expreso previo, entre los contratantes, para entender que determinados riesgos fortuitos vienen implícitamente asumidos con la asunción misma de la obligación. En todos ellos no es necesaria la «previa constitución en mora» del deudor, porque éste ya está, por decirlo de alguna manera, incurso en ella. Se puede adelantar la siguiente idea: en el primer número del segundo párrafo del artículo 1.100, si el deudor, legal o convencional y expresamente, ha asumido los riesgos de los casos fortuitos, carece de sentido exigir otro acto para hacerle responder de su efectivo acaecimiento, además, hay que añadirle el caso de que las partes hayan pactado expresamente que la llegada del término sea suficiente para traspasarle todos los riesgos. En lo que se refiere al segundo número, no se puede pedir la exigencia de la obligación cuando el término implícito fijado por las partes para la realización de la prestación era final o poseía el carácter de *adiectio solutionis causa*, puesto que su llegada supone el incumplimiento, sin necesidad de recurrir a criterio alguno de determinación del momento en que debe empezar a surtir efectos el ilícito civil. A partir del vencimiento del término final, el deudor habrá incumplido y, en consecuencia, se le habrán traspasado los riesgos de los casos fortuitos. Pero además, existen casos en los que a pesar de no haberse pactado término final alguno éste debe deducirse y entenderse que a partir de ese momento, el deudor asume los riesgos por el incumplimiento, dado que sólo él reconoce cuándo y cómo debe ser ejecutada la prestación para no dejarla sometida a riesgos inútiles». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 542.

4.1. LA MORA AUTOMÁTICA POR DISPOSICIÓN DE LA LEY

Se hace referencia a todas aquellas hipótesis en las que no se hace necesaria la interpelación para que la mora exista, en tanto que la ley así lo ha determinado de forma expresa[260].

De este modo, la doctrina ha procedido al estudio de aquellos supuestos normativos que deben entenderse como de mora automática. Estos artículos son los siguientes: 284[261], 1.100 final[262], 1.682[263], 1.724[264], 1.744[265], 1.770.2º[266] y 1.896[267] todos ellos del Código

---

[260]Señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que de la lectura de esta norma surge la pregunta de averiguar si la declaración que debe hacer la ley es la de que no es necesaria la interpelación, la de que la mora existe o la de que se producen los efectos que se persiguen con la constitución en mora sin necesidad de ésta. «En este trabajo se defiende esta última idea». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 544.

[261]Artículo 284 del Código civil. « Si es en contra del tutor, devengará interés legal desde la aprobación de la cuenta».

[262]Artículo 1.100 final del Código civil. «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».

[263]Artículo 1.682 del Código civil. «El socio que se ha obligado a aportar una suma en dinero y no la ha aportado, es de derecho deudor de los intereses desde el día en que debió aportarla, sin perjuicio de indemnizar además los daños que hubiese causado.

Lo mismo tiene lugar respecto a las sumas que hubiese tomado de la caja social, principiando a contarse los intereses desde el día en que las tomó para su beneficio particular».

[264]Artículo 1.724 del Código civil. «El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora».

[265]Artículo 1.744 del Código civil. «Si el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito».

[266]Artículo 1.770.2º del Código civil. «Consistiendo el depósito en dinero, se aplicará al depositario lo dispuesto respecto al mandatario en el artículo 1.724».

[267]Artículo 1.896 del Código civil. «El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere.

Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó».

civil[268].

Se ha subrayado, en este sentido, que de todas las hipótesis que contemplan las anteriores disposiciones, los únicos supuestos que responden a la consideración de *mora ex re*, son los señalados por los artículos 1.682.1° y 284. En los demás casos, unos no deben estimarse como excepciones a la regla de mora mediante interpelación, y en los restantes, el motivo de su calificación como mora automática se desprende de la sanción que el Código civil impone a determinadas conductas[269].

En el artículo 1.682 se regulan dos conductas diferentes. En su primer párrafo, la derivada de la falta de aportación de la suma a la que se estaba obligado y, en el segundo, se preceptúa un supuesto de inversión ilegal de capital ajeno. De ambos, únicamente el regulado en el primer párrafo constituye una hipótesis de mora automática[270].

El artículo 1.682.1° contempla un supuesto de falta de entrega de un determinado capital en el momento en el que éste es exigible. Se trata de una hipótesis de mora automática en la que la sociedad acreedora tiene derecho a percibir los intereses desde el día en que surge la obligación de aportar la cuantía adeudada, y de acuerdo con los mismos términos del artículo 1.095 del Código civil[271].

En este caso, la exigencia efectiva de la obligación se determina por mandato

---

[268]Vid. ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 362; CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 51, pp. 353-403; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, pp. 57-84; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 545-552.

[269]Cfr. GRAMUNT que, asimismo, indica lo siguiente: «En unos casos, el punto de partida es la obligación de intereses que surge a cargo del deudor (arts. 1.682.2°, 1.724.1°, 1.770.2° y 1.896.1°) y en otros es la responsabilidad por caso fortuito (arts. 1.744 y 1.896.2°). Es decir, parecen contemplarse las consecuencias que la mora comporta para el deudor». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 58.

[270]Cfr. GRAMUNT, op. cit. en nota 1, pp. 79 y ss.; en contra, se manifiesta CARDENAL FERNÁNDEZ que entiende que los dos supuestos del artículo 1.682 constituyen hipótesis de *mora ex re*. Respecto al primer párrafo indica este autor que: «Sentado que los intereses se deben en cuantía legal, si además se deben a causa de un retraso en cumplir una obligación pecuniaria y tiene finalidad indemnizatoria, es válido afirmar que son intereses moratorios, o que el socio ha incurrido en mora». Respecto al segundo párrafo, asimismo, observa que la expresión «lo mismo tiene lugar» permite interpretarlo en el sentido de que el socio que toma cantidades para su beneficio particular es deudor no sólo de los intereses, sino también de los daños y perjuicios que ello hubiese ocasionado a la sociedad, «por lo que se refiere a la deuda de intereses, la causa de los mismos, como indemnización de daños y perjuicios, tiene su explicación en la mora en que ha incurrido de forma automática el socio [...] la fórmula del artículo 1.100.1° permite entender que la hipótesis se halla expresamente regulada en la llamada mora por disposición expresa de la ley». Cfr. op. cit. en nota 51, pp. 358-367.

[271]Artículo 1.095 del Código civil. «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada».

expreso de la ley, coincidiendo ésta con el momento en el que la obligación es exigible. Por tanto, el momento en el que la obligación es exigible y, por ello, puede tanto cumplirse como ser exigida, y el instante en el que la misma es exigida por el acreedor, en cuyo caso debe cumplirse y queda, de este modo, determinado el tiempo de cumplimiento, se funden en uno solo, pues la ley suple la voluntad del acreedor de tal modo que fija, de forma inmediata, el tiempo de cumplimiento de la obligación a la exigibilidad de la misma[272].

En cuanto a los intereses a los que la citada norma se refiere, se admite que se compatibilizan los intereses del dinero con los derivados de los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad. Esta compatibilidad deriva del propio propósito del contrato de sociedad, lo que supondría que la no aportación del capital comprometido por el socio, tiene como consecuencia la producción de daños a la actividad social[273].

Por su parte, el artículo 284 indica que desde la aprobación de la cuenta, el saldo de la misma devengará automáticamente el interés legal, si éste es en contra del tutor-deudor. Si es a favor, el supuesto se regula en el artículo 283 del Código[274]. En este último caso, el saldo devengará interés desde que el tutelado fue requerido de pago, previa entrega de sus bienes.

---

[272]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 545.

[273]Para DÍEZ-PICAZO, la obligación de indemnizar por el socio los daños que la falta de cumplimiento de la obligación de aportación hubiese ocasionado, tiene su fundamento en el dolo o la culpa del obligado: «Es muy probable que el deber de resarcir los daños ulteriores, diferentes o más amplios que los intereses de las sumas debidas, haya de encontrar su fundamento en el dolo o en la culpa del deudor. Sin embargo, es claro que la responsabilidad por el incumplimiento y el deber indemnizatorio en la medida de los intereses funciona de una manera objetiva». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 702; por su parte, CARDENAL FERNÁNDEZ expone como en la doctrina se indica que, en lo referente a la cuantía de la indemnización, el artículo 1.682 se aparta del 1.108, «puesto que la indemnización de los daños y perjuicios por causa de demora en el cumplimiento de una obligación dineraria consiste, a falta de pacto, en el pago del interés legal, mientras que el artículo 1.682 señala, además, el deber de indemnizar los daños que el retraso hubiera ocasionado». El autor, asimismo, considera que la indemnización de daños y perjuicios tiene su fundamento en el incumplimiento de la obligación y que, en este caso, tal infracción ha consistido en retrasar el cumplimiento de la obligación. «De cualquier forma que sea, ni el dolo ni la culpa son suficientes para dar lugar a la responsabilidad de que tratamos: el artículo 1.682 presupone en todo caso que la suma comprometida todavía no se ha aportado: existe un retraso en cumplir». Cfr. op. cit. en nota 51, pp. 363-364; por otro lado, para DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en virtud del artículo 1.682, se devengan automáticamente los intereses compensatorios o retributivos, «puesto que la norma diferencia claramente los intereses a que da lugar el simple uso y goce de la cosa a los que derivan del incumplimiento. La expresión «sin perjuicio de indemnizar los demás daños causados» alude a los intereses estrictamente moratorios causados por el incumplimiento retrasado de esta obligación pecuniaria». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 545.

[274]Artículo 283 del Código civil. «Si el saldo es a favor del tutor, devengará interés legal desde que el que estuvo sometido a tutela sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes».

El artículo 284 regula un supuesto de *mora ex re*, y contempla, al igual que el 1.682.1°, una hipótesis de falta de entrega de un caudal en el momento en el que éste es exigible. Se señala que, del mismo modo que el artículo 1.682.1°, al ser exigible la cuantía del capital que debe entregarse, la ley hace coincidir, también para este supuesto, el momento en que la obligación es exigible con el instante en que la misma es exigida por el acreedor[275].

Por otro lado, el artículo 1.896 contiene dos tipos de sanciones. En primer lugar, el abono de intereses y la restitución de los frutos y, en segundo lugar, responsabiliza al deudor de la pérdida fortuita de la cosa[276].

En la anterior norma, al deudor de mala fe[277] se le hace responsable del deterioro sufrido en la cosa, por cualquier causa, hasta que ésta sea entregada al legítimo acreedor[278]. Esta responsabilidad en el *accipiens* es más grave cuando procedió de mala fe, pues cuando, por el contrario, concurre buena fe[279] se le hace igualmente responsable, automáticamente, de los menoscabos fortuitos, pero únicamente en cuanto por ello se hubiera enriquecido[280]

---

[275]Vid. GRAMUNT, op. cit. en nota 1, pp. 61-62; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, pp. 545-546.

[276]Vid. BALLARÍN HERNÁNDEZ, *Comentario al artículo 1.896 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, pp. 1958-1959.

[277]Señala, en este sentido, BALLARÍN HERNÁNDEZ que la mala fe del *accipiens*: «Supone conocimiento del carácter indebido del pago, y consciencia de dañar el derecho ajeno, sea por acción, sea por omisión. La mera negligencia se estima compensada con la que implica el error del *solvens indebiti*, en tanto la conducta del *accipiens* se ajuste a una diligencia media. Si es así, el error se desvanecerá pronto. Pasado un plazo razonable, la buena fe inicial degenerará en mala fe sobrevenida. Como la buena fe se presume, la prueba de la mala fe será incumbencia del *solvens*». Cfr. op. cit. en nota 276, p. 1958.

[278]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 546.

[279]BALLARÍN HERNÁNDEZ indica que la buen fe del *accipiens* se entiende como: «la ignorancia del carácter indebido del pago que se le hace. Esta actitud genera consecuencias inspiradas en dos ideas: la primordial de mantenerle indemne, porque la creencia de obrar en cosa propia excluye toda intención lesiva contra el *solvens*, y la de corregir el enriquecimiento que obtenga a costa de éste». Cfr. *Comentario al artículo 1.897 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 1960.

[280]Vid. CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 51, p. 378; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 546.

ex artículo 1.897 del Código civil[281].

En ambos supuestos, buena y mala fe, se tiene, como consecuencia, la obligación de responder de los casos fortuitos. El de buena fe responde en cuanto se haya enriquecido por estos hechos y el de mala fe siempre, salvo que acredite que aquél hubiese podido afectar por igual a las cosas de haber estado en poder del que las entregó[282].

Con carácter general, se señala que la obligación de restituir lo recibido indebidamente de mala fe, consiste en un supuesto más de mora automática[283]. Se incurre en mora, sin necesidad de intimación, en tanto que el deudor responde de los casos fortuitos, responsabilidad que únicamente alcanza a un deudor cuando se encuentra constituido en mora[284]. La solución del primer párrafo del artículo 1.896 coincide, en este caso, con la que recoge el artículo 1.108 del Código civil[285], mientras que la propuesta en su segundo párrafo concuerda con la establecida en el párrafo tercero del artículo 1.096[286] del Código civil[287].

---

[281]Artículo 1.897 del Código civil. «El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo».

[282]Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit. en nota 115, pp. 594-596; BALLARÍN HERNÁNDEZ, op. cit. en notas 276 y 279, pp. 1959-1960.

[283]Vid. CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 51, pp. 377 y ss.; ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 362; BENATTI, op. cit. en nota 1, pp. 175-177.

[284]Vid., por todos, ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 362.

[285]Artículo 1.108 del Código civil. «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».

[286]Artículo 1.096, párrafo tercero, del Código civil. «Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega».

[287]Cfr. CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 1, p. 380; por su parte, BENATTI indica que el supuesto del *accipiens* de mala fe es una hipótesis de *mora ex re*, lo cual queda acreditado por dos elementos: en primer lugar, el artículo 2.033 del *Codice civile* distingue entre buena y mala fe en el *accipiens*, lo que demuestra que «los intereses que devenga la suma indebidamente recibida tienen carácter moratorio, no compensatorio, y en segundo lugar, se constatan muchos puntos de contacto entre la disciplina de los artículos 1.148 y ss., y el 2.033 y ss. del *Codice* (de la posesión y del cobro indebido) con las normas del artículo 1.219 (relativa a la constitución en mora del deudor). El párrafo segundo del artículo 2.037, disponiendo que quien recibe de mala fe una cosa responde de su perecimiento, también si éste ha sobrevenido por caso fortuito, no hace sino reproducir la regla del párrafo segundo del artículo 1.221». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 175; para CARDENAL FERNÁNDEZ, estas consideraciones del autor italiano, son igualmente aplicables en nuestro Derecho positivo, si se relacionan el segundo párrafo del artículo 1.896 con el tercer párrafo del 1.096, ambos del Código civil. Vid. op. cit. en nota 51, p. 381.

Nos encontramos, en este sentido, con un supuesto más de mora automática por disposición de la ley en virtud del artículo 1.100 del Código civil[288].

A lo anterior, se le ha objetado que el artículo 1.896.2° es una norma de responsabilidad por caso fortuito, y su origen se encuentra en la propia situación ilícita en la que se halla el deudor respecto de la cosa cuando aquél sobreviene[289].

Igualmente, se le ha censurado el propio concepto de *mora solvendi*, pues ésta es una circunstancia sobrevenida siempre durante el período de cumplimiento de la obligación[290], mientras que, por otro lado, los efectos del artículo 1.896 son consecuencia de la mala fe del deudor en el cobro de lo indebido, lo cual se constituye en el hecho generador de la citada obligación[291].

De todo esto, se deduce que el artículo 1.896 debe tener un tratamiento diferenciado de los supuestos de *mora solvendi*[292]. Los intereses debidos por el cobrador de mala fe no deben, por tanto, ser considerados moratorios, éstos deberán ser intereses sobre la suma global, es decir, lo cobrado indebidamente más los intereses devengados desde la recepción

---

[288]Indica, a este respecto, CARDENAL FERNÁNDEZ que: «Si los intereses legales establecidos en el artículo 1.986-I tienen finalidad indemnizatoria y si el deudor se halla en mora, aunque para incurrir en ella no se exija interpelación de parte del acreedor -porque resultaría superflua-, y si en el mismo supuesto el efecto de la traslación del riesgo por perecimiento fortuito de la cosa se atribuye a la mora en que se halla el deudor, solamente nos resta añadir que en el sistema del Código civil español no es necesario acudir en este caso al antiguo aforismo «*fur semper est in mora*», sino al artículo 1.100-1°: en el supuesto en examen no sería otra cosa que la especificación de un caso de mora por disposición expresa de la ley». Cfr. op. cit. en nota 51, p. 381.

[289]Indica GRAMUNT, a este respecto, que: «por lo que ni tan siquiera puede decirse que el caso fortuito sea fundamento de responsabilidad en aplicación del art. 1.105 C.c., sino que éste es sólo la causa material de los daños, siendo la situación ilícita (la mala fe en el cobro) el verdadero fundamento de responsabilidad. Así pues, entre el caso fortuito y los daños existe una relación ocasional. Prueba de ello es la exención de responsabilidad si la cosa hubiera resultado igualmente dañada de haberse hallado en poder del acreedor». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 64; vid. también, BADOSA, op. cit. en nota 81, pp. 928 y ss.

[290]Vid. BADOSA que, en esta línea, indica lo siguiente: «En cualquier caso, el argumento definitivo es que la *mora solvendi* es siempre un avatar sobrevenido durante el período de cumplimiento de ésta. En el artículo 1.896,2 en cambio, la prestación del caso fortuito resulta del hecho creador de la obligación». Cfr. op. cit. en nota 81, p. 852.

[291]Cfr. GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 65; BADOSA, op. cit. en nota 81, p. 852.

[292]BALLARÍN HERNÁNDEZ indica que es discutible que la mala fe del *accipiens* le haga incurrir en mora y, en cuanto a los intereses: «Cuando se trate de capitales, abonará los intereses legales. Éstos no son moratorios, sino indemnizatorios y no están sujetos a la prescripción quinquenal del art. 1.966». Cfr. op. cit. en nota 276, p. 1959.

del capital[293].

En cuanto a la responsabilidad por caso fortuito, se indica que la mora del deudor y el cobro de lo indebido de mala fe no coinciden en la eficacia del riesgo. En la mora, la destrucción fortuita de la cosa debida supone la perpetuación de la obligación, por lo que el obligado queda constreñido a pagar la estimación, mientras que en el cobro de lo indebido por mala fe éste habrá de pagar no sólo la estimación sino también deberá indemnizar los daños que tal pérdida hubiera ocasionado al acreedor[294]. Esto tiene como consecuencia el que únicamente en este último supuesto se aplique la exención de responsabilidad al deudor si prueba que la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor, lo cual no ocurre en ningún caso en las hipótesis de *mora solvendi*[295].

No obstante lo anterior, se ha señalado que en la regulación del cobro de lo indebido deben diferenciarse dos finalidades distintas. En primer lugar, basta el hecho de que se trate de un cobro indebido para que surja la obligación de restituir lo percibido, con independencia del comportamiento observado al recibir la cosa. Y, en segundo lugar, se impone la obligación de responder de los casos fortuitos, lo que supone asumir las pérdidas o deterioros sufridos por las cosas que habían de ser restituidas[296].

Por último, se ha indicado que no existe inconveniente en extender todas las conclusiones acerca del cobro de lo indebido para aquellas hipótesis en las que la prestación no consista en un *dare*, es decir, para los supuestos de obligaciones de hacer[297].

---

[293]Vid. CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 51, p. 379.

[294]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 81, pp. 925 y ss.

[295]Cfr. GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 67.

[296]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 548.

[297]En este sentido, se pronuncian DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: «Señala LACRUZ BERDEJO que el Derecho romano clásico reservó la *condictio indebiti* para aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación consistía en un *dare*. De igual modo, los artículos 1.895 y siguientes de nuestro Código civil se refieren a las cosas: el pago consistente en un *dare*. Sin embargo, agrega, está fuera de toda duda que la prestación de servicios en cumplimiento de una obligación que por error se cree existente, constituye también un caso de pago de lo indebido. La restitución es claro que no puede hacerse sino en valor. La *condictio indebiti* es, entonces, una acción personal dirigida a la percepción de un equivalente dinerario del aumento patrimonial proporcionado por los servicios o bien el valor de los mismos, según los casos». Cfr. op. cit. en nota 115, p. 599.

El artículo 1.185 del Código civil[298] es uno de los supuestos más claros en los que no se precisa interpelación por parte del acreedor para que se admita que el obligado asume los riesgos que puedan menoscabar, de forma sobrevenida, a la cosa que se ha de entregar[299]. Aquí, cuando único se exonera al deudor de responsabilidad es en la hipótesis de mora del acreedor, o sea, cuando éste se hubiera negado, sin motivo, a recibir la cosa ofrecida por aquél[300].

Por otro lado, este supuesto viene expresamente contemplado en el artículo 1.219 del *Codice civile* italiano, como una hipótesis de *mora ex re*[301]. La justificación histórica de esta regulación se determina en virtud de la exigencia de indemnizar al perjudicado del menoscabo que se deriva del retardo en la ejecución de la obligación de resarcimiento[302].

Desde el momento del ilícito surge, a favor del sujeto lesionado, un derecho de crédito que sustituye al bien perdido y cuya cuantía se calcula en relación a la pérdida sufrida y al lucro cesante, en cuanto sean consecuencias inmediatas y directas del ilícito[303].

---

[298]Artículo 1.185 del Código civil. «Cuando la deuda de cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, éste se hubiese, sin razón, negado a aceptarla».

[299]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 548; por su parte, GRAMUNT, entiende que en este artículo -1.185-, no se contempla un supuesto de *mora ex re*. En éste, piensa la autora, al igual que en el artículo 1.896, se da relevancia a la situación ilícita en que se halla el deudor con respecto a la cosa debida. Vid. op. cit. en nota 1, p. 63.

[300]Para DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, la justificación de tal solución probablemente se encuentre en el hecho de que, en caso contrario, existiría un enriquecimiento injustificado del acreedor «en caso de que la cosa se pierda, destruya o deteriore estando en poder del deudor y habiéndose éste negado injustamente a recibirla». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 549.

[301]Artículo 1.219 del *Codice civile* italiano, párrafo segundo. «*Non è necessaria la costituzione in mora: 1) quando il debito deriva da fatto illecito*».
«No es necesaria la constitución en mora: 1) cuando el débito deriva de hecho ilícito».

[302]Cfr. VISINTINI que, además, se pronuncia de la siguiente manera: «En otros términos, desde el momento de la comisión del hecho ilícito a la liquidación del daño transcurre un cierto espacio de tiempo, se ha pensado considerar en mora al causante del daño desde el momento del evento para constreñirlo a pagar los intereses moratorios de la suma que se liquidará también por el período en cuestión, a los fines de asegurar al damnificado el resarcimiento integral. Los intereses, por tanto, se deben desde el día del hecho ilícito». Cfr. op. cit. en nota 35, p. 443; vid. también, BENATTI, op. cit. en nota 1, pp. 152-155; RAVAZZONI, op. cit. en nota 1, p. 907; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 1, pp. 256-257.

[303]Cfr. BENATTI que, igualmente, indica lo siguiente: «El segundo párrafo del artículo 1.219, número 1, considerando incumplidor al damnificador en el momento en el que nace su deuda y obligándolo por ello a pagar ya desde entonces, los intereses (art. 1.224) sobre la suma liquidada, tiende a indemnizar al perjudicado del perjuicio sufrido por el retardo en el cumplimiento de la obligación de resarcimiento, perjuicio que le deriva de no

Se ha señalado, en este sentido, que el principio contenido en el número 1 del segundo párrafo del artículo 1.219 del *Codice civile*, se refiere exclusivamente a hipótesis de resarcimiento del daño aquiliano y no contractual[304]. Ello se deduce de la propia letra de la ley y del argumento según el cual, en el campo de las obligaciones contractuales los daños derivados del retardo en el cumplimiento trascurren desde la intimación del acreedor, o desde el vencimiento del término previsto para cumplir. Pero si la prestación deviene imposible, por causa imputable al deudor, no se puede decir que los daños se deban desde el momento en el que se verifica la imposibilidad, del mismo modo a como sucede por el hecho ilícito, respecto del que los intereses se computan desde el momento del evento dañoso[305].

Por último, se ha afirmado que el artículo 63 del Código de comercio[306] constituye un nítido ejemplo de mora automática, respecto de las obligaciones mercantiles. Se establece que los efectos de la mora, en los contratos que tuvieran señalada una fecha para su cumplimiento, comenzarán al día siguiente de su vencimiento[307]. La mora únicamente surge de modo automático en aquellas obligaciones mercantiles que tienen un plazo de cumplimiento, fijado legal o convencionalmente; para el resto de las obligaciones es

---

haber tenido al tiempo del ilícito, en lugar del bien escogido, la suma equivalente». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 156; vid. también, VISINTINI, op. cit. en nota 35, pp. 443-444; RAVAZZONI, op. cit. en nota 35, p. 27; MAZZARESE, op. cit. en nota 1, p. 448; MAGAZZÚ, op. cit. en nota 25, p. 943.

[304]Vid. VISINTINI, op. cit. en nota 35, p. 443; MAZZARESE, op. cit. en nota 1, p. 448.

[305]Cfr. BENATTI que, además, propone como ejemplo el de las obligaciones sin término: «como el interés del acreedor al cumplimiento es actual desde el requerimiento, así desde el momento en el que el acreedor requiere los daños causados por la imposibilidad se concreta el interés a obtener el resarcimiento en sustitución de la prestación ahora imposible, y, por ello, desde aquel momento transcurren los intereses moratorios». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 157.

[306]Artículo 63 del Código de comercio. «Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:

1. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento.

2. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial autorizado para admitirla».

[307]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 634; CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 51, p. 344; ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 362.

necesaria la interpelación judicial u oficial[308].

En relación a la locución «día señalado para su cumplimiento», se ha indicado que una posible interpretación supondría entender que las partes hubieran pactado, o la ley previsto, que con el simple vencimiento del plazo, tenga éste la naturaleza que tenga, se entenderán trasladados los riesgos fortuitos al deudor, sin necesidad de otro requisito posterior.

Parece, por tanto, que lo que en realidad el Código de comercio regula con esta norma, es la solución al problema de la exigibilidad de las obligaciones puras. Este tipo de obligaciones vencen en el mismo momento en el que nacen y, como consecuencia de ello, las mismas son exigibles de modo inmediato. Pero, que sean exigibles inmediatamente no quiere decir que al deudor no se le conceda un plazo de tiempo necesario para poder cumplir. De este modo, se observa claramente que, en este tipo de obligaciones, vencimiento y exigibilidad no son términos equivalentes. Así pues, el Código de comercio prevé una solución para este problema, en tanto que regula la necesidad de que transcurra un plazo de tiempo desde el momento en el que vence la obligación hasta que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la misma y, en consecuencia, con la interpelación, el comportamiento del deudor sería calificado como de incumplimiento contractual, con todas las consecuencias que de ello derivarían[309].

4.2. LA MORA AUTOMÁTICA POR VOLUNTAD DE LAS PARTES

El primer número del segundo párrafo del artículo 1.100 del Código civil regula el supuesto en el que no es necesaria la intimación del acreedor cuando la obligación lo declare así expresamente. Se refiere la norma al hecho de que las partes puedan pactar libremente

---

[308]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 549.

[309]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que, asimismo, indica que: «En definitiva y si esta proposición es cierta, significa que los deudores de obligaciones mercantiles no siempre se constituyen en mora automáticamente, sino que depende de si se ha previsto o no un plazo de cumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 551.

el momento a partir del cual traspasar los riesgos de los casos fortuitos[310].

En estos casos, el deudor tiene un plazo, pactado por ambas partes, para cumplir la obligación y pasado éste, sin que el mismo se haya verificado, incurrirá automáticamente en mora.

Se trata de otra expresión del principio *dies interpellat pro homine*[311], en virtud del cual el deudor incurre automáticamente en mora tras el vencimiento de la obligación sin ejecutar la prestación y sin necesidad de interpelación por parte del acreedor.

En virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, éstas pueden, asimismo, establecer una excepción a los supuestos en los que es necesaria la interpelación, tanto para la fijación de un plazo de cumplimiento como para regular un régimen convencional de distribución de los riesgos de los fortuitos, pero siempre ha de tenerse como límite lo señalado en el artículo 1.255 del Código civil, según el cual, todos los pactos son válidos entre las partes siempre que no atenten contra las leyes, la moral y el orden público. Igualmente, estos pactos, tal y como señala el propio artículo 1.100, han de ser expresos, lo cual excluye que los mismos puedan deducirse tácitamente[312].

---

[310]Vid. GRAMUNT que indica, en este sentido, que: «Mediante el establecimiento de un pacto expreso las partes dan valor de momento de cumplimiento al término. Podría decirse que se trata de una previsión de exigencia de cumplimiento, de modo que el deudor tiene un tiempo máximo dentro del cual ha de cumplir su obligación, ya que de no hacerlo, incurrirá automáticamente en mora». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 31; vid. también DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 634; ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 362.

[311]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 551; GRAMUNT, por su lado, señala que nuestro Código civil no recoge el principio *dies interpellat pro homine* en un sentido tan amplio como lo contempla el Derecho precodificado o en algunos Códigos actuales, como el italiano -artículo 1.219.3°-, el suizo de las obligaciones -artículo 102.2°- y el § 284,II.1° del B.G.B., «sino que hace necesario que al tiempo se le haya atribuido expresamente el valor de exigencia efectiva, no bastando la mera designación de un término de exigibilidad. En este aspecto, el Código civil sigue al Proyecto de 1.852 que, a su vez, según García Goyena, se inspira en el C.c. francés. El art. 1.139 C.C. francés exige el requerimiento del acreedor para constituir al deudor en mora, salvo que se excluya expresamente. En este punto, el C.c. francés es fiel a la doctrina de Pothier que se aparta expresamente del Derecho Romano por ser contrario a las costumbres francesas». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 32.

[312]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 634.

4.3. LA DESIGNACIÓN DE LA ÉPOCA DE CUMPLIMIENTO COMO MOTIVO DETERMINANTE PARA ESTABLECER LA OBLIGACIÓN

El segundo punto del párrafo segundo del artículo 1.100 del Código civil regula el supuesto más complejo de constitución en mora del deudor, sin necesidad de interpelación, y el más controvertido entre la doctrina[313].

Tradicionalmente este supuesto venía siendo interpretado como una hipótesis de término esencial, en donde el factor tiempo se constituye en un elemento fundamental que integra la prestación[314].

A la anterior interpretación le fue objetada la noción de que presupuesto fundamental de la *mora debendi* es el que el incumplimiento sea temporal, que sea aún posible una ejecución retrasada o tardía de la prestación. El hecho de que, ante un incumplimiento, la prestación sea todavía posible, y que la misma satisfaga el interés del acreedor es esencial al propio concepto de la *mora debitoris*. Y precisamente, tal situación está ausente en las hipótesis de término esencial, pues el incumplimiento, en estos supuestos, se considera definitivo, lo cual excluye, de modo absoluto, la mora en tanto que no es posible el cumplimiento retrasado de la obligación[315].

Frente a esto, algunos autores han señalado que el número 2 del segundo párrafo del citado artículo 1.100 venía a complementar el número 1 del mismo párrafo y precepto legal, de modo que, junto al pacto expreso en relación a la mora automática, se admitía un pacto tácito o una tácita voluntad de constitución en *mora ex re*, alcanzado por vía interpretativa

---

[313]Vid. ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 363; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 634; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 552; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 32; PUIG BRUTAU, op. cit. en nota 3, p. 647.

[314]Vid., en este sentido, PUIG PEÑA para el que esta hipótesis hace referencia al término esencial que no exige interpelación, «pero que, no obstante, su transgresión produce en parte satisfacción del interés del acreedor». Vid. op. cit. en nota 3, p. 174, nota 36; no obstante, vid. a este respecto, las consideraciones de DÍEZ-PICAZO en op. cit. en nota 1, pp. 338-339.

[315]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, p. 634; ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. en nota 1, p. 363; GRAMUNT, op. cit. en nota 1, p. 33; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 1, p. 553; PUIG BRUTAU, op. cit. en nota 3, p. 647.

o al valorar las circunstancias y la naturaleza de la obligación[316].

Para estos autores la precitada norma regulaba aquellos supuestos en los que, a pesar de no haber pactado término alguno, la prestación tenía un carácter urgente en la mente de los contratantes y, según su propia naturaleza y circunstancias, ésta no dejaba de tener utilidad para el acreedor aún ejecutada tardíamente, en cuyo caso, éste podría exigir el cumplimiento retrasado y hacer recaer sobre el deudor las consecuencias de la mora o la indemnización, como si el cumplimiento fuera imposible[317].

Frente a estos autores, si se concibe la mora como un efecto más de la responsabilidad del deudor por incumplimiento, ésta es una consecuencia que afecta a la distribución de los riesgos cuando anteriormente no se hubiera establecido ningún régimen a este respecto. En este sentido, la norma a la que se hace referencia, prevé aquellas hipótesis de determinadas obligaciones en las que, por su especial naturaleza y circunstancias, deben ser cumplidas en una época o en un momento concreto, éstas se asumen en función al momento en que deben realizarse y si no se cumplen en esa concreta época carecen de interés y utilidad para el acreedor.

En este caso, la asunción y distribución de riesgos se produce en el momento de contraer la obligación, de tal modo que el deudor no puede excusarse de la falta de

---

[316]Vid. GRAMUNT que, a este respecto señala: «En nuestra opinión la afirmación de que el art. 1.100 2 2° contempla una voluntad tácita de constitución en mora es la más acertada, máxime si consideramos que se adapta en lo general a sus precedentes históricos». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 34-37; vid. igualmente, DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 1, pp. 634-635; PUIG BRUTAU, op. cit. en nota 3, p. 647; por su parte ALBALADEJO se manifiesta en contra de la interpretación acorde con la voluntad tácita en la constitución en mora automática, contemplada en este precepto que se comenta: «En mi opinión: 1°. Las hipótesis en que el retraso equivale a incumplimiento se rigen por las reglas de éste y, ciertamente, no se puede hablar en ellos de mora. 2°. Las hipótesis de mora establecida tácitamente caben, según lo ya visto, en el apartado 1° del artículo 1.100. Ahora bien, el apartado 2° que examino no se refiere ni a unas ni a otras, sino que establece la mora automática para el caso -defectuosamente recogido en la letra del precepto- de que siendo útil la prestación al acreedor, a pesar del retraso, y no habiéndose establecido ni expresa ni tácitamente mora automática, sin embargo, de la naturaleza y circunstancias resulte que la época del cumplimiento fue motivo determinante, pero no determinante exclusivo, para establecer la obligación». Cfr. *Comentario...*, cit. en nota 1, pp. 363-364.

[317]Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA que, asimismo, propone el siguiente ejemplo: «Si practicado por unos ladrones un agujero en la pared de una casa, la demora del constructor en repararla permite que entren ladrones por segunda vez. O -acaso- si el impresor -conociendo la circunstancia- no entrega a tiempo el libro que había de presentarse a un concurso. La conveniencia de cerrar el agujero es permanente, y corrido el plazo del concurso el libro es todavía vendible; más, según me parece, el acreedor no sólo puede pedir el cumplimiento tardío e indemnización por los perjuicios causados por el retraso (aunque no hubiera interpelado), sino también rechazar definitivamente la prestación, resolviendo en su caso el contrato». Cfr. en *Lacruz y otros, Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones, Volumen I*, Barcelona, 1985, p. 248.

cumplimiento, pues debió prever o evitar las consecuencias de tal suceso[318].

De este modo, «si un deudor se ha obligado a precaver un peligro que amenaza al acreedor efectuando una reparación: en este compromiso va implícita por sí misma la obligación de elegir el momento para el trabajo sin que medie requerimiento alguno por parte del acreedor; si el deudor deja pasar el momento oportuno vendrá obligado a indemnizar los daños causados por la mora, aunque el acreedor no le haya hecho intimación»[319].

---

[318]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que, además, indica que en estas obligaciones no existe pacto, ni ley que regulen el momento en que deben ser cumplidas, porque se desprende de su propia naturaleza. «La atribución de los riesgos que pueden afectar al correcto y tempestivo cumplimiento de estas obligaciones, a mi juicio, viene asumido y repartido ya con la propia asunción de la obligación, de tal manera que el deudor no puede excusar la falta de cumplimiento de las mismas, porque debió prever o evitar las consecuencias de tal evento. El problema ha surgido de pensar siempre en la mora como una traslación de los riesgos posterior al incumplimiento y no imaginar que su reparto pueda venir dado con el nacimiento de la propia obligación o que es inherente a la obligación misma». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 553-554.

[319]Cfr. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, Madrid, 1934, p. 115, que, asimismo, y en este sentido, recoge los ejemplos del mandatario y del gestor de negocios: «Otro tanto ocurre con el mandatario o el gestor de negocios: son ellos y no el interesado (tal vez ausente) quienes tienen que saber cuándo ha de realizarse cualquiera de los actos que se cuentan entre sus deberes de gestión, razón por la cual, se constituirán en mora y vendrán obligados a indemnizar según el art. 103, si dejan pasar el momento oportuno, sin necesidad de que el acreedor les intime. El mandatario sobre todo puede y debe saber cuándo ha de entregar al interesado o ingresar en el Banco señalado por él el dinero obtenido en su gestión, estando por tanto obligado a abonar intereses del dinero no consignado puntualmente».; por su parte, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ observa que estos ejemplos de VON TUHR clarifican bastante la opinión que ella misma sostiene en su texto. Asimismo, a este respecto, señala lo siguiente: «Tal como dice el artículo 1.101 el deudor responde de los daños de su morosidad, y ésta puede darse mediante constitución en mora, entendida en su sentido estricto de interpelación para fijar el momento del incumplimiento, o en sentido amplio, entendida como todos aquellos supuestos en los que la ley prevé que no hace falta para que se le entiendan atribuidos. Con ello no quiero decir que la mora no pueda tener lugar en los incumplimientos retrasados y cualificados ya como ilícitos contractuales porque es la normal extensión de la *perpetuatio obligationis*, sino que también tiene sentido en los definitivos, porque no en vano este instituto surgió de una ficción: la de que todavía podía cumplirse la obligación a pesar de haber devenido imposible. Si el deudor, vencido el término, se retrasa y no se exige la prestación, el retraso es irrelevante para el Derecho. Se ha dicho que es necesaria la interpelación, la efectiva exigencia para concretar el momento a partir del que debe surtir efecto la responsabilidad. Sin embargo, ¿qué ocurre si habiendo vencido la obligación, actualizándose el deber de cumplimiento del deudor, éste se retrasa, es decir, no la cumple inmediatamente y la prestación deviene imposible fortuitamente? Cabría pensar que si de la naturaleza circunstancial de la obligación se desprende que se asumió por la designación de la época en que debía llevarse a cabo, los riesgos son del deudor desde el mismo momento en que vence la obligación, puesto que debe estar preparado a cumplir y solo él sabe el momento y el modo de hacerlo correctamente». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 554-555.

CAPÍTULO III

ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA MORA DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES CIVILES DE HACER

1. EL COMIENZO DE LA MORA DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES DE HACER

1.1. EL TIEMPO EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA

En la propia noción de la mora se introduce y prevalece la comprensión de la idea del tiempo, a través de la cual, aquélla adquiere su más completa significación[1].

Se ha señalado que el tiempo, en relación a los derechos y a las obligaciones, alcanza idéntica repercusión a la que se arroga en la heterogénea organización de nuestra existencia y en sus distintos órdenes[2]. En esta línea, se estima que la relación obligatoria puede ser considerada como un evento dinámico que se desenvuelve entre un momento inicial, que es el determinado por su nacimiento, y el momento final de su extinción[3].

En este sentido, se puede, por ello, afirmar que el tiempo se constituye en un elemento de notable importancia en las diferentes cotas de evolución de las relaciones jurídicas determinadas[4].

De este modo, se ha indicado que es posible distinguir entre tres categorías distintas del tiempo en lo tocante a las relaciones jurídicas. En primer lugar, se encuentra el llamado

---

[1]Cfr. PADILLA, *Responsabilidad civil por mora*, Buenos Aires, 1996, p. 25.

[2]En este sentido indica HERNÁNDEZ GIL que: «El acontecer vital aparece siempre inserto en el tiempo. La relación obligatoria no es una excepción». *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983, p. 427.

[3]Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 321; MONTÉS PENADÉS, *Comentario al artículo 1.125 del Código civil, Comentarios del Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. II*, Madrid, 1983, p. 5; HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 427; CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1979, p. 39.

[4]Cfr. LÓPEZ CABANA, *La demora en el Derecho privado*, Buenos Aires, 1989, p. 17.

tiempo natural, físico o material, que gobierna los fenómenos de la naturaleza. En segundo lado, se manifiesta el tiempo espiritual, biográfico o histórico, del que cabe destacar el tiempo del acto jurídico. Y, finalmente, el tiempo jurídico *strictu sensu*, que es el que mide los intervalos o lapsos de los plazos procesales[5].

En este sentido, también se ha advertido que el tiempo es considerado por el jurista de modo que su única y típica apariencia concreta y real está conformada por el presente, lo actual, el ahora, el momento coetáneo, contemporáneo, simultáneo constituye el tiempo en su propia sustantividad[6].

Cabe, por ello, destacar que el tiempo puede ser la causa de las relaciones jurídicas, pues éste puede intervenir en su nacimiento, en su transformación y hasta en la propia extinción de las mismas. Así, por ejemplo, en la mora, el retardo en el cumplimiento de la prestación, imputable al deudor, hace nacer la obligación de reparar los daños y perjuicios que el mismo haya provocado. En cuanto a la posibilidad de que el transcurso del tiempo provoque la extinción de la relación obligatoria, cabe referirse a la caducidad, así como al

---

[5]Señala LÓPEZ CABANA, a este respecto, que la no coincidencia entre el tiempo físico y el tiempo jurídico se deriva también de la posibilidad de encontrar un tiempo jurídico ideal que «aglutina en un instante único hechos que en la materialidad cronológica se han escalonado en momentos diferentes». Cfr. op. cit. en nota 4, pp. 17-18; PADILLA ha señalado, en relación al tiempo y el Ordenamiento Jurídico, que la primera referencia o alusión que aquél realiza con respecto al mismo es su medición. «Y aunque el arisco elemento se resista, termina por sucumbir frente al derecho, pues éste lo aprehende y le imprime particular dirección y dimensionamiento, con lo cual se juridiza el concepto. Casi diríamos que se convierte y troca en jurídico, lo que pudo reinar como estado de conciencia, categoría del pensamiento o mera exterioridad del devenir. Y esta juridización se lleva a cabo al estatuir la norma qué tiempo jurídico es el que el derecho describe, aunque para ello no haya necesitado explicar su entidad. De esta suerte, el derecho, al medir el curso del tiempo (su transcurso), lo ha dividido, subdividido, clasificado, dado nombres, extensión y dimensión. Y esto es el tiempo jurídico [...] Sin embargo, conviene puntualizar que el tiempo jurídico no equivale al tiempo físico o astronómico por el solo hecho de que el ordenamiento haya aludido a él, aunque sólo sea para medirlo (art. 24, Cód. Civil, argentino), pues con ello ya lo ha hecho ingresar al mundo jurídico. Tan es así, que la medición jurídica no coincide siempre con la astronómica». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 31; en esta línea, para MONTÉS PENADÉS ciertamente el tiempo jurídico posee unos caracteres específicos que no coinciden con el modo en el que se considera el mismo en otras ciencias.«Ni la mesura temporal del jurista, ni el valor que para el jurista implica el elemento temporal, como se ha destacado, coinciden con los procedimientos más rigurosos de elaboración científica, v.gr., que utilizan físicos y matemáticos». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 6.

[6]Indica MONTÉS PENADÉS que: «Esta reducción implícita o explícita de la realidad del tiempo a la forma del presente, en cuanto presupone la posición y el punto de vista del observador de un evento, podría ser considerada como una especie de «versión subjetiva» del tiempo implicada en los procedimientos de medida del tiempo, y parece hallarse en contraste con lo que sería una «versión objetiva» de la medida y con la objetividad que pretende el jurista, dado que el esfuerzo de objetivar el tiempo, como se ha señalado, es una condición necesaria de la vida social. Para conciliar y armonizar ambos puntos de vista, es necesario proceder a una «localización» del tiempo objetivado, de modo que la forma temporal presente viene a ser privilegiada respecto de pasado y futuro». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 6.

vencimiento del plazo esencial o al cumplimiento de la condición resolutoria. Y, en relación a la transformación de las obligaciones, se puede hacer alusión a la que opera el retardo moratorio, en la medida en que modifica el entorno de la obligación retrasada, así, de este modo, el deudor asume los riesgos de la pérdida fortuita de la cosa debida o de la imposibilidad física o jurídica de la prestación en las obligaciones de hacer[7].

---

[7]Vid., en este sentido, PADILLA, op. cit. en nota 1, pp. 32-37, que, asimismo, señala que el tiempo puede constituirse en fin de las relaciones jurídicas y en forma de las mismas. Como fin, este autor indica que se hace referencia a aquellas hipótesis en las que su principal vocación es ir hacia el tiempo, no a los supuestos en los que las relaciones están en el tiempo o se desplazan por el tiempo. «... donde mejor se puede advertir este fenómeno es en las relaciones subordinadas a condición, donde las instancias temporales se exhiben como clara finalidad de la previsión, y es así como puede admitirse que quien habrá de ser *subcondictione* acreedor proyecta al futuro el nacimiento de su acreencia; lo mismo cuando la titularidad de cualquier derecho se ha conferido *subcondictione* está previsto que deje de serlo con efecto hacia el pasado». Acerca del tiempo como forma de la relación jurídica, PADILLA examina una serie de figuras formadas por acontecimientos, hechos o sucesos vinculados entre sí por la temporalidad y, en este sentido, formula las siguientes proposiciones: 1. Inmutabilidad de los modos temporales. Tratándose de dos acontecimientos, uno anterior al otro, es imposible que el término posterior pueda, en algún momento, preceder al anterior. Tampoco cabe la posibilidad de que ambos sean simultáneos; 2. Hechos invertibles. En determinados supuestos es irrelevante para el derecho que un suceso preceda o no a otro. De este modo, el autor señala que para ser poseedor es preciso tener una cosa bajo su poder con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad -art. 2351 Cód. Civ. Argentino- «He ahí el *corpus* y el *animus*, pero al derecho no le interesa cuál precedió a cuál, pues no hay un orden cronológico respecto de ellos»; 3. Hechos no invertibles. Se refiere el autor a aquellos supuestos que guardan condición de antecedente y consecuente como, por ejemplo, la adquisición dominical y la inscripción registral de la misma; 4. La sucesión temporal. Indica PADILLA que el Derecho no está compelido por el tiempo cronológico para establecer efectos jurídicos al acaecimiento de hechos sucesivos. «Así, para realizar actos de transmisión del derecho real de dominio sobre una cosa ha menester ser dueño de la cosa. Ello significa que la sucesión adquisición-transmisión viene impuesta por un precepto legal. Pero eso no le obliga a mantenerla para siempre, pues puede alterarla y convertirla en transmisión-adquisición, es decir que, según el Código Civil, puede realizarse el acto de transmisión sin que haya precedido el de adquisición, validando la primera cuando mediare ratificación (art. 1330) para la venta de cosa ajena o convalidación para la transmisión del derecho real (art. 2504), salvo para la hipoteca (art. 3126) y para el legado de cosa cierta (art. 3752)»; 5. Convertibilidad temporal. Apunta este autor que la posibilidad del derecho de transformar en pasado el presente o lanzarlo hacia el futuro, o viceversa, es un tema indiscutible. «En efecto, el contrato es el presente de un futuro, pues se aprehende al futuro estableciendo conductas, aunque pueda también hablarse del "ahora de un después". Sobrevenido el incumplimiento, el contrato era futuro o si se quiere, ha sido futuro, un "futuro sido" [...] También se verifica esta especie cuando la norma considera vigente un acontecimiento que no ha sucedido, como cuando adopta una ficción, por ejemplo la del *nasciturus* del art. 70 del Cód. Civil. Su presente se torna futuro y se le considera como si ya hubiese nacido (futuro), claro que bajo condición de nacer con vida»; 6. Simultaneidad de fenómenos. Surge cuando el derecho toma hechos, acontecimientos o fenómenos con simultaneidad para atribuirles efectos jurídicos. «Baste pensar en las múltiples ocasiones en que se pide coincidencia temporal entre acontecimientos y estados subjetivos (p. ej., culpa más hecho dañoso más antijuridicidad, causalmente engarzados) para la responsabilidad civil extracontractual o para la moratoria»; Y, finalmente, 7. El tiempo como causa de preferencia. Para este autor este concepto se resume en el viejo axioma latino *prius in tempore, potior in iure*; interesantes son, por otro lado, las reflexiones de MONTÉS PENADÉS que, en este sentido, indica que los intereses humanos se disponen en el tiempo, desde un punto de vista jurídico, de varios modos. «En general, puede decirse que la ligazón o conexión entre los hechos y el tiempo se produce respecto de cada hecho o respecto de dos o más hechos. La ligazón de cada hecho, singularmente determinado, y el tiempo, a su vez, se puede especificar en una relación entre el hecho y un momento dado del tiempo o bien entre el hecho o un período determinado, y también en conexiones entre el hecho y el tiempo (momento o período) anterior o sucesivo a otro momento asumido como límite. A las mismas puntualizaciones se prestan las relaciones entre dos o más hechos y el tiempo, pero con características específicas, dado que pueden tales hechos calificarse por su simultaneidad o contemporaneidad o

Es posible, asimismo, distinguir entre el tiempo como circunstancia estructural de la relación obligatoria[8] y el tiempo considerado como requisito del acto de ejecución de una determinada prestación.

Se hace referencia, en este sentido, al tiempo de la obligación en cuanto recae sobre la obligación considerada en su unidad[9], al modo en el que el tiempo afecta a la vida de la obligación[10]. En esta orientación[11], abarca los supuestos de término[12] suspensivo[13] y

---

por su no contemporaneidad, en cuyo caso pueden establecerse ciertas gradaciones temporales (inmediatividad, proximidad)». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 7

[8]Vid. a este respecto DÍEZ-PICAZO, *El pago anticipado*, Revista de Derecho Mercantil, 1959, p. 44; en contra de esta consideración indica CARDENAL FERNÁNDEZ que el tiempo no es un factor estructural de la relación obligatoria. Op. cit. en nota 3, p. 39.

[9]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 8, p. 45; MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 10.

[10]Vid. HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 427.

[11]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 8, p. 45.

[12]Para DÍEZ-PICAZO término es todo momento temporal que se «incrusta» en una relación obligatoria. Vid. Op. cit. en nota 8, p. 41; para HERNÁNDEZ GIL el término consiste en la fijación de un momento en el cual ha de realizarse la prestación; para este autor, es esencial que exista la certidumbre de que llegará ese momento determinado, si bien, es indiferente que se conozca o no de antemano cuándo ha de llegar, lo primero sucede si se tiene en cuenta un día concreto del calendario, lo segundo, si se determina un acontecer que va a producirse con seguridad, aunque se desconozca la fecha, como, por ejemplo, la muerte de una persona. Vid. op. cit. en nota 2, p. 428; POTHIER también, en esta línea, define el término asociándolo al momento en el que el deudor ha de cumplir la obligación. «El término es un espacio de tiempo concedido al deudor para saldar su obligación». Vid. *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, p. 131; GALGANO, igualmente, sigue estas mismas directrices cuando apunta que la prestación debe ser ejecutada por el deudor al requerírsela el acreedor o, si se ha fijado un término, al vencimiento del mismo. Vid. *Diritto civile e commerciale, Vol. II, Tomo I*, Padova, 1993, p. 38; LASARTE define las obligaciones aplazadas en el sentido de que su ejecución o materialización efectiva -posibilidad de reclamación por parte del acreedor u obligación de cumplimiento por parte del deudor- quede dilatada o diferida a un período temporal más o menos amplio y extenso. «La referida indicación temporal viene contemplada por el artículo comentado (art. 1.125) como señalamiento de «un día cierto», expresión que no ha de identificarse necesariamente con la fijación de un término; pues tanto cabe establecer éste como referencia temporal, cuanto instituir un determinado plazo de tiempo cuyo transcurso y finalización, evidentemente, coincidirá también con «un día» del calendario; e incluso considerar el advenimiento de un dato real cualquiera de necesaria producción como punto de referencia temporal». Vid. *Comentario al artículo 1.125 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 100; MONTÉS PENADÉS señala que las determinaciones temporales en la relación obligatoria pueden constituirse por la ley, por los usos o por la voluntad de las partes, en un acto de su autonomía privada, e, incluso, señala este autor, por el Juez. Y, continúa, pueden efectuarse de un modo completo, es decir, con previsión de un momento determinado que queda definitivamente señalado, o de modo incompleto, en virtud de la determinación de un momento o período que no queda fijado, como, por ejemplo, en el supuesto de que se indique que la prestación ha de ser realizada en el momento que, en su caso, señalará el acreedor, o un tercero. «Pues bien, cuando lo que hemos llamado «determinación temporal» se realiza haciendo referencia a un momento o período de tiempo predeterminado, y como tal indicado o indicable (*dies certus an et quando*) o bien a través de un evento futuro y objetivamente cierto, pero no predeterminado, sino determinable a través de la verificación del evento (*dies certus an et incertus quando*), estamos en el terreno de lo que técnicamente la doctrina conoce como «TÉRMINO». El término, en sentido técnico, tal y como aparece en el

resolutorio[14] y de término inicial[15] y final[16].

---

lenguaje de los juristas, señala la determinación con que se remite a un momento o período de tiempo el inicio o el fin de los efectos jurídicos de un determinado acto, o se define la duración de tales efectos, o se precisan los tiempos en que se han de producir los actos de desarrollo de las situaciones jurídicas subjetivas. Se trata, ante todo, de una indicación temporal y, además, de una indicación que se produce de modo que entra en juego un mecanismo determinado de conexión entre los efectos de un cierto acto jurídico y el tiempo, o, si se prefiere, entre un interés y el tiempo». Cfr. op. cit. en nota 3, pp. 7-8; vid. en este último sentido, también la definición de término que adopta MESSINEO, *Doctrina general del contrato, Tomo I*, Buenos Aires, 1952, p. 209.

[13]Indica DÍEZ-PICAZO que la idea del término suspensivo sugiere, en principio, idéntico evento que el término inicial, «en cuanto se contempla el hecho de que entre el momento de celebración del negocio jurídico creador de la relación obligatoria y el momento de iniciación de la vigencia de ésta media un lapso temporal, un intervalo (idea de suspensión)». Cfr. op. cit. en nota 8, p. 43 y en op. cit. en nota 3, p. 326; en el mismo sentido, MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 41; PADILLA, op. cit. en nota 1, p. 246; ALBALADEJO, *Derecho civil I*, Barcelona, 1970, p. 570.

[14]Señala DÍEZ-PICAZO que el término resolutorio aparece como aquel momento que pone fin a la relación obligatoria, éste puede ser el mismo término final, en cuanto que contempla a extinción de la relación obligatoria. Vid. op. cit. en nota 8, p. 43; ALBALADEJO indica que: «El negocio que ya se celebró y es eficaz, cesa de tener efectos cando llega el término final; por eso también se le denomina término resolutorio». Cfr. op. cit. en nota 13, p. 570; vid. igualmente PADILLA, op. cit. en nota 1, p. 246; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pp. 253 y ss.; sin embargo, apunta DÍEZ-PICAZO que la distinción entre término suspensivo y resolutorio no coincide con la distinción entre término inicial y final. Menciona este autor que el término inicial y final se refieren siempre a la relación obligatoria considerada como unidad. «El término suspensivo y el resolutorio pueden referirse a la relación obligatoria considerada como unidad, pero pueden referirse también a la correlación de un derecho de crédito y de un deber de prestación (obligación) que no constituyan la entera relación obligatoria, sin una parte de ella. Por ejemplo, cuando la obligación de pago de precio -derecho de crédito del vendedor y deuda del comprador- se aplaza hasta un día determinado en una relación de compraventa en la cual la cosa ha sido entregada inmediatamente es claro que el término no suspende la relación obligatoria de compraventa como unidad, sino solamente una de las obligaciones que la componen [...] La suspensión y la resolución pueden referirse a la total relación obligatoria, pero pueden también referirse a una de las particulares obligaciones que la componen». Cfr. op. cit. en nota 8, pp. 43-44 y en op. cit. en nota 3, p. 326 propone, este mismo autor, el siguiente ejemplo: «Por ejemplo, se celebra hoy un contrato estipulando el cambio de un solar por un cierto número de plantas del edificio que construirá el adquirente y se estipula una fecha para la entrega del solar, otra para el comienzo de la construcción y otra para la entrega de la obra enteramente construida. Cada una de dichas fechas opera como un término suspensivo, que no se refiere a la entera relación obligatoria, sino a particulares derechos de crédito y deberes de prestación agrupados en la relación»; en contra de tal distinción se pronuncia MONTÉS PENADÉS que precisa que la doctrina suele hablar de término suspensivo o inicial y de término resolutorio o final, y que, asimismo, en puridad, no puede verse una diferencia sustancial, con trascendencia práctica, entre una relación a término que todavía no produce efectos, pero los producirá seguro, y una relación que ya produce efectos, aun cuando no haya alcanzado la eficacia definitiva por haberse aplazado el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de los deberes contenidos en dicha relación.Vid. op. cit. en nota 3, p. 41.

[15] Advierte MONTÉS PENADÉS que el término inicial supone la determinación de un momento en el que el derecho que se origina del acuerdo entre las partes puede ser ejercitado o la prestación debe ser ejecutada. Vid. op. cit. en nota 3, pp. 40-41; DÍEZ-PICAZO indica que el término inicial es el momento que marca el comienzo de la relación obligatoria como fenómeno unitario.Vid. op. cit. en nota 8, pp. 41-42; vid. igualmente, ALBALADEJO, op. cit. en nota 13, p. 570; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, pp. 253 y ss.; MESSINEO, op. cit. en nota 12, pp. 209-210; CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, p. 108.

De igual modo, el tiempo puede referirse no a la relación obligatoria considerada como unidad o a cualquiera de las obligaciones que la componen, sino a la realización de alguna de las prestaciones que constituyen su objeto[17]. A esta segunda forma en la que el tiempo impregna la relación obligatoria se la denomina tiempo de pago o tiempo de cumplimiento[18], que puede calificarse como una circunstancia o requisito de la eficacia del cumplimiento, pues solamente el pago tempestivo, puntual, realizado en el momento adecuado, puede ser considerado como realización exacta de la prestación, con plena eficacia liberatoria para el deudor[19].

El tiempo de cumplimiento también supone la consideración de cuando debe realizarse la prestación. En este caso, el tiempo, integrado en el deber de prestación que asume el deudor, se constituye en fundamento ineludible para una precisa y adecuada realización de la obligación y para una efectiva extinción de la misma[20].

Asimismo, evidencia en qué momento el acreedor está facultado para requerir la actuación de su derecho de crédito y el deudor a ejecutar su deuda[21]. Sin embargo, se ha indicado que la correspondencia entre estas dos concepciones no es del todo completa, pues, aunque en toda obligación, en un determinado instante, coinciden el momento en el

---

[16]Menciona DÍEZ-PICAZO que el término final es un determinado momento que señala la conclusión de la relación obligatoria. Éste se manifiesta ante todo como el instante que pone fin a la relación. «Así el término de la relación arrendaticia que faculta al arrendador para el desahucio (art. 1.569); el momento en que expira el contrato de sociedad (art. 1.700); el momento de la extinción del contrato de comodato (art. 1.750), etc. En general, la misma idea es aplicable a todas las relaciones obligatorias duraderas. El término final puede ser expresamente estipulado o deducirse de la naturaleza del negocio o de los usos del tráfico (cfr. Arts. 1.577, 1.580, 1.750, etc.)». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 328; MONTÉS PENADÉS se pronuncia en los siguientes términos: «Término final es la determinación de un momento en que el derecho o la prestación de tracto sucesivo debe cesar». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 41; vid. también ALBALADEJO, op. cit. en nota 13, p. 570; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, pp. 253 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 108; MESSINEO, op. cit. en nota 12, pp. 209-210.

[17]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 8, p. 45.

[18]Vid. MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 10; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 327.

[19]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 108; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, pp. 249-250; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 327.

[20]Vid. HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 427; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 108.

[21]Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO op. cit. en nota 14, p. 250; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 108; HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 427.

que puede ser exigido el cumplimiento y aquel en el que ha de ser cumplida, es posible la existencia de situaciones en las que el deudor pueda cumplir, pese a que el acreedor no tenga todavía derecho a exigirlo, ni tampoco pueda oponerse al mismo[22].

De este modo, se considera que el tiempo de cumplimiento actúa como límite de las facultades de las partes, puesto que la llegada del día determina la exigibilidad de la deuda[23]. Consecuentemente, ni el acreedor podrá ejercitar su derecho de crédito y reclamar el cumplimiento antes de tiempo, ni al deudor se le permitirá la ejecución de la prestación en un momento anterior al que hubiese sido señalado para ello[24].

Si nos encontramos en presencia de obligaciones a plazo, su vencimiento[25] delimita el momento en el que ha de procederse a su cumplimiento, de tal modo que el acreedor podrá reclamarlo y el deudor deberá efectuarlo -artículo 1.125 del Código civil[26]-[27]. Si la prestación a plazo es de cumplimiento instantáneo, el acreedor deberá aguardar a la llegada

---

[22]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 108; HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 427.

[23]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 8, p. 46 y en op. cit. en nota 3, p. 327; MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 10.

[24]Indica DÍEZ-PICAZO que lo anterior supone que el acreedor, en cuanto titular del derecho de crédito, no puede exigir el cumplimiento ni pretenderlo, pues si lo hiciera, el deudor podría enervar tal pretensión oponiendo la excepción de falta de vencimiento de la prestación. «El vencimiento opera como condición de la exigibilidad del crédito. Quiere decir además que el deudor no podrá tratar de liberarse antes de la llegada del tiempo ni obligar al acreedor a aceptar el pago. El acreedor puede rechazar un ofrecimiento anticipado de pago sin que exista por ello *mora credendi* y sin que, por tanto, pueda el deudor realizar el pago por consignación. El tiempo -el *dies*- es un requisito del pago, pero es también un límite de las facultades de las partes: de la pretensión del acreedor de recibir y de la pretensión del deudor de liberarse». Cfr. op. cit. en nota 8, pp. 46-47 y en op. cit. en nota 3, p. 327; vid. asimismo, MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 10.

[25]Para MONTÉS PENADÉS el vencimiento es el punto de incidencia entre el deber de prestación y el tiempo en que se ha de observar. Vid. op. cit. en nota 3, p. 11; vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996, pp. 420 y ss.

[26]Artículo 1.125 del Código civil. «Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue.

Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo.

Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente».

[27]Vid. LASARTE, op. cit. en nota 12, p. 101; MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 10; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, p. 250; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 327; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 108.

del término o al agotamiento del plazo para poder exigir el cumplimiento[28]. Si, de otro modo, la prestación es de tracto sucesivo o periódico, la presencia de un plazo no implica el aplazamiento del cumplimiento, sino la determinación del tiempo durante el que han de estar produciéndose los efectos del cumplimiento[29].

Cuando, por el contrario, no ha sido señalado un plazo para el cumplimiento, la obligación es exigible de inmediato, puesto que según el artículo 1.113 del Código civil[30] la obligación será exigible «desde luego»[31]. En este caso, momento de nacimiento de la obligación y momento de cumplimiento de la misma convergen, de tal modo que en un mismo instante se completa la perfección del negocio y su realización o inicio de la actuación de sus efectos[32]. Lo cual no supone que el deudor, en las obligaciones sin término de cumplimiento, que no cumpla inmediatamente la obligación se constituya en mora de modo instantáneo, ya que, en nuestro Ordenamiento, la mora exige, por regla general, una previa intimación u otro acto equivalente para que tal acontecimiento se produzca[33].

Igualmente, y en esta misma línea, se ha subrayado que, a partir de una interpretación a contrario del segundo punto del párrafo segundo del artículo 1.100 del

---

[28]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 108; MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 12.

[29]Vid. HERNÁNDEZ GIL op. cit. en nota 2, p. 429; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 108; MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 12.

[30]Artículo 1.113 del Código civil. «Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren.

También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución».

[31]Cfr. HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 427; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 327; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 108.

[32]Indica, en este sentido, CRISTÓBAL MONTES que: «Momento de nacimiento de la obligación y momento de su cumplimiento coinciden, de manera tal que ordinariamente en un mismo instante se consuma la perfección negocial y la realización (o el inicio de la realización) de sus efectos, hasta el punto de que temporalmente no cabe distinguir (sí, en cambio, dogmáticamente) entre constitución y exigibilidad de las relaciones obligatorias». Cfr. op. cit. en nota 15, p. 108.

[33]Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, p. 251; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 330; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 109; HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 428; LASARTE, op. cit. en nota 12, p. 102; MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 43.

Código civil[34], el tiempo no tiene carácter identificador de la prestación, sino que es una circunstancia que únicamente atañe al cumplimiento de la misma[35]. De este modo, se infiere que la determinación de un tiempo para la ejecución de la prestación no vincula al deudor, puesto que tiene la posibilidad de cumplir posteriormente[36]. Esto se evidencia en el hecho de que el tiempo tiene un doble valor en relación al cumplimiento de la obligación. En primer lugar, como tiempo en que se puede cumplir y, en segundo lugar, como tiempo en que se debe cumplir.

Bajo el primer aspecto, nos encontramos ante un tiempo-período. El deudor, desde que nace la obligación, tiene la facultad de cumplirla, tanto si ésta es pura como si está sometida a condición suspensiva «de futuro»[37]. Esto no supone que el deudor pueda pagar con anterioridad al tiempo de cumplimiento, en tanto que incurriría en pago de lo indebido[38], si no se hubiese especificado que el término se establecía en beneficio exclusivo del deudor o si se pactó expresamente en provecho del acreedor[39]. Si el término se ha establecido en beneficio del deudor, éste no solamente podrá escoger libremente el momento concreto para realizar la prestación dentro de este período, hasta que el día del vencimiento llegue, sino

---

[34]Artículo 1.100, párrafo segundo, del Código civil. «No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

2°. Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación».

[35]Vid. BADOSA, *Comentario al artículo 1.100 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 32; señala GRAMUNT que el tiempo, respecto a la prestación, tiene un carácter circunstancial ya que la delimita, pero no la identifica. «En este sentido, el tiempo delimita el cumplimiento de la obligación». Cfr. *La mora del deudor en el Código civil*, Barcelona, 1993, p. 14; vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 420.

[36]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 35, p. 32; GRAMUNT, en este sentido, señala que ya que el deudor puede realizar el cumplimiento de la obligación con posterioridad, no cabe confundir la situación de no cumplimiento de la obligación con la de incumplimiento en sentido jurídico. Vid. op. cit. en nota 35, p. 14; vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 420.

[37]GRAMUNT indica que esta facultad la tiene el deudor tanto si la obligación es pura como si está sometida a término de cumplimiento. Vid. op. cit. en nota 35, p. 15; vid. BADOSA, op. cit. en nota 35, p. 32.

[38]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 35, p. 32.

[39]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 328-330; CRISTÓBAL MONTES, op., cit. en nota 15, p. 110; GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 15.

que, igualmente, podrá forzar al acreedor al admitirlo[40]. Si, por otro lado, el término se ha establecido en beneficio de acreedor y deudor -artículo 1.127 del Código civil[41]-, esto supondrá que el primero no podrá exigir el cumplimiento de la prestación antes del vencimiento del plazo, y que el segundo no podrá liberarse de su débito antes de dicho momento[42]. Esta percepción del tiempo-período permitirá distinguir el simple «no cumplimiento», que carece de transcendencia jurídica, del «incumplimiento» que supone una transgresión de la obligación[43].

De otro lado, como tiempo en que se debe cumplir, éste puede detentar el valor de momento de cumplimiento, es decir, aquél en el que se ha de ejecutar la prestación[44]. La llegada del tiempo del cumplimiento acaba con la indefinición del tiempo como posibilidad de cumplir[45]. En este sentido, la determinación de un tiempo de cumplimiento delimita el momento de la exigibilidad de la obligación, y la fijación concreta del tiempo de

---

[40]Vid. GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 15; BADOSA, op. cit. en nota 35, p. 32; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 110.

[41]Artículo 1.127 del Código civil. «Siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquéllas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro».

[42]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 110; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 330; GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 15.

[43]Indica BADOSA que dentro de este período de tiempo, el deudor tiene discrecionalidad para elegir el momento concreto del cumplimiento, discrecionalidad que finaliza cuando el propio acreedor (art. 1.100 I) o el tiempo (art. 1.100 II.1°) le exijan el cumplimiento. «Mientras el deudor dispone de discrecionalidad para elegir el momento del cumplimiento si no cumple hay «no cumplimiento», cuando la discrecionalidad se acaba si no cumple hay «incumplimiento» o infracción obligacional. El paso del «no cumplimiento» a «incumplimiento», viene dado precisamente por la «incursión» o «constitución» en mora del deudor que es la constatación jurídica de la actitud del deudor de no cumplir». Cfr. op. cit. en nota 35, pp. 32-33.

[44]En este sentido señala BADOSA lo siguiente: «Este momento sólo excepcionalmente es preclusivo, de modo que transcurrido ya «no se pueda» cumplir (art. 1.100 II.2°); la regla general es la no preclusividad, por tanto, «se puede» cumplir en un momento tanto anterior (art. 1.915 II «pagado antes del tiempo prefijado en la obligación») como posterior (art. 1.504 «podrá pagar aún después de...»). Como veremos más adelante este valor del tiempo no significa mora *ex re*». Cfr. op. cit. en nota 35, pp. 32-33; GRAMUNT se expresa en estos términos: «El tiempo de cumplimiento puede ser o no preclusivo; si lo fuere, impedirá el cumplimiento posterior, de modo que en tales supuestos el momento fijado para el cumplimiento será considerado como término esencial (que, como veremos, algún autor ha querido ver reflejado en el art. 1.100 2 2° C.c.). Normalmente no lo es, de forma que el tiempo de cumplimiento únicamente comporta la fijación voluntaria o legal de un momento en que el cumplimiento ya no queda sometido a la discrecionalidad del deudor, sino que si lo hace es porque está obligado a ello. Desde dicho instante, el deudor que cumple no lo hace porque puede, sino porque debe». Cfr. op. cit. en nota 35, p. 16.

[45]Cfr. GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 16.

cumplimiento comporta para el deudor incumplidor su inmediata constitución en mora[46].

Finalmente, en esta misma línea, se ha indicado que no cabe admitir infracción de la obligación mientras no se haya fijado el tiempo de cumplimiento conforme al artículo 1.100 del Código civil[47].

1.1.1. TIEMPO Y MORA

La mora es una de las instituciones de nuestro Ordenamiento, junto con la prescripción y la caducidad, en la que, con mayor claridad, se observa que el transcurso del tiempo interviene en aquellas situaciones que provocan y ocasionan sus peculiares efectos jurídicos. Es el paso del tiempo el que, vinculado a determinadas conductas, positivas u omisivas, desencadena cambios o modificaciones en las concretas situaciones jurídicas a las que ésta se refiere. El tiempo, en este sentido, actúa como causa eficiente de esas modificaciones[48].

En cuanto al desplazamiento del tiempo en la mora, observamos que éste se constituye en un componente integrante del estado moratorio, en tanto que para que tal situación surja es preciso que aquél haya sobrevenido sin que la obligación se cumpla.

En las obligaciones con plazo de cumplimiento, para que aparezca el retraso, es necesario el agotamiento de tal período sin que haya sido satisfecha la obligación. En este

---

[46]Vid. GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 16; VALSECCHI hace referencia a lo que denomina momento de la exigibilidad de la prestación. Para indicar este momento, según el autor, se emplean diversas fórmulas, pero lo que cuenta es que quede claro que con este concepto se quiere señalar el momento hasta el cual el deudor puede no cumplir sin incurrir en sanción alguna y después del cual, la sanción se produce. Vid. *Sulla illiceità del ritardo nell'adempimento*, Rivista del Diritto Commerciale, 1963, p. 246.

[47]Cfr. GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 16; en contra, se pronuncia DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «No se comparte del todo la idea de la autora de que en algunos tipos de obligaciones (a plazo o con término inicial) no se puede hablar de infracción obligacional mientras no se haya fijado el momento de cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.100 del Código civil. Vencimiento y exigibilidad, no tienen el mismo significado jurídico. Es cierto que en las obligaciones a plazo, el vencimiento del término indica el momento de cumplimiento, pero no lo es que fije el del incumplimiento contractual. Es la exigibilidad la que califica la omisión de la prestación (o la actuación defectuosa) como infracción obligacional o de ilícito contractual y no el vencimiento. El vencimiento hace referencia al momento de exigibilidad y no a la exigibilidad misma». Cfr. op. cit. en nota 25, pp. 421-422.

[48]Cfr. PADILLA, op. cit. en nota 1, p. 42; ALBALADEJO indica que: «El transcurso del tiempo es un hecho natural que produce numerosos efectos jurídicos, bien por sí solo, bien juntamente con otras circunstancias». Cfr. op. cit. en nota 13, p. 656.

caso, el transcurso del tiempo se asimila al desplazamiento temporal que acontece entre las proximidades del día del vencimiento de la deuda.

Del mismo modo, ese estado moratorio, una vez aparecido, se desplaza a través del tiempo también. No obstante, este posterior tiempo ya no se caracteriza por ser un elemento constitutivo de la mora, sino que se configura como magnitud o medida de su duración[49].

Se ha señalado que el problema de la mora se manifiesta en sus tres momentos clásicos: antes, durante y después. Es decir, en las obligaciones a plazo, por ejemplo, el tiempo que acontece antes del vencimiento del plazo, el que compone la configuración del estado moratorio y el posterior a tal situación[50].

Por otro lado, se ha precisado que, con respecto al tiempo, la mora del deudor tiene un carácter continuado, pues se trata de una conducta que se proyecta en forma de tracto sucesivo y se dilata en el tiempo. Esto es precisamente lo que la diferencia de la mora *creditoris*, pues se contempla a esta última como un acto instantáneo, en tanto que la oferta de pago del deudor es, por su propia esencia, momentánea[51]. Sin embargo, y a pesar de ello, es opinión generalizada que ambas hipótesis, mora *debitoris-creditoris*, resultan ser situaciones continuadas en el tiempo, pues tanto la conducta de contravención del deudor como la del acreedor se prolongan en el tiempo y no se agotan en un solo instante[52].

1.1.2. LA EXIGIBILIDAD INMEDIATA DE LAS OBLIGACIONES

En relación al cumplimiento puntual de la obligación, su inobservancia da lugar a una

---

[49]Cfr. PADILLA, op. cit. en nota 1, p. 43.

[50]Indica PADILLA que no es imprescindible, en esta situación, que en todos los casos estos tres momentos temporales se produzcan. Vid. op. cit. en nota 1, p. 43.

[51]Vid. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO con referencia a la jurisprudencia italiana en la que así se considera. Sin embargo, señala este autor que tanto la finalidad que tal jurisprudencia perseguía, como el reducido ámbito en el que se ha planteado tal problema, impiden que tal doctrina pueda generalizarse. Vid. *La mora*, Madrid, 1978, p. 37; vid. también PADILLA, op. cit. en nota 1, p. 43.

[52]Se indica que la consideración de la mora del acreedor como un acto instantáneo surge del error de no comparar las situaciones del deudor y del acreedor desde el mismo punto de vista, pues se analiza uno de ellos desde el de la duración de la conducta de incumplimiento y el otro desde el acto con que tal conducta se inicia. Vid. PADILLA, op.cit. en nota 1, p. 43; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, op. cit. en nota 51, p. 37.

situación de retardo o retraso, que puede ser entendido, bajo un aspecto subjetivo, como aquella conducta omisiva respecto de un determinado deber o, desde un punto de vista objetivo, como aquél período de tiempo que transcurre después del vencimiento del término dentro del cual la obligación había debido ser cumplida[53].

En términos generales, la obligación de cumplir nace con la misma obligación, pero solamente es modelable el retardo cuando la obligación deviene actual y, por tanto, el deudor debe ejecutarla y el acreedor puede exigirla[54].

Se ha apuntado que, para indicar el anterior momento, se ha utilizado, de modo impropio, la fórmula del vencimiento de la obligación, pues se considera, en este sentido, que lo que en realidad vence no es la obligación, sino el término para su cumplimiento, lo que determina la aparición de la situación de exigibilidad[55].

De este modo, podría señalarse que la exigibilidad de la prestación supone, desde el prisma del acreedor, que éste se encuentra investido de un poder actual, real y efectivo para reclamar el cumplimiento de la obligación, potestad que surge de modo inmediato si la obligación carece de término o este último está constituido en su favor, o bien, en el momento del vencimiento si el término favorece exclusivamente al deudor o a ambas

---

[53]Vid. BARAONA, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1998, pp. 27 y ss.; observa, por otro lado, VALSECCHI que tal situación está caracterizada por la incertidumbre acerca de la solución final, no sabiéndose como el deudor se orientará, si hacia el cumplimiento o no, y por su transitoriedad, estando, en todo caso, destinada a resolverse con el cumplimiento o con el incumplimiento definitivo. Vid. op. cit. en nota 46, p. 244.

[54]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 424; VALSECCHI, op. cit. en nota 46, p. 245; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 237.

[55]Vid. VALSECCHI, op. cit. en nota 46, p. 245; Indica DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que vencimiento y exigibilidad de la obligación no son dos conceptos similiares, pues el vencimiento determina el momento de cumplimiento de la prestación, pero no fija el del incumplimiento, en tanto que es la exigibilidad de la obligación la que realmente delimita cuando debe considerarse la omisión de la prestación como ilícito obligacional. «El vencimiento del tiempo de cumplimiento faculta al acreedor para ejercitar el poder de exigir la prestación, pero que nazca tal derecho o la posibilidad de su ejercicio no significa en manera alguna que lo haya ejercitado. En las obligaciones puras o sin plazo, esta facultad del deudor es instantánea, nace y se ejercita en el mismo momento de la celebración del contrato. Si se contempla la situación tanto desde la perspectiva del deudor como desde la del acreedor se puede observar cómo ambas situaciones o posiciones jurídicas surgen al mismo tiempo. El deber de cumplimiento de la obligación (y derecho de liberarse de ella) coincide cronológicamente con el derecho potestativo del acreedor de exigir la prestación. Esta situación ocurre tanto en las obligaciones de cumplimiento instantáneo, no sujetas a plazo, como en las sometidas a él. La única diferencia existente es que en todas aquellas obligaciones en las que se fija un término inicial o suspensivo de cumplimiento, lo que se está aplazando es la llegada de ese momento coincidente desde ambas perspectivas». Cfr. op. cit. en nota 25, pp. 423-424.

partes[56].

Desde la óptica del deudor, se puede destacar que la exigibilidad entraña la facultad de ejercitar la prestación que, igualmente, surge inmediatamente si la obligación es pura o se ha establecido un término de cumplimiento a su favor, o bien, al vencimiento de tal plazo, si el término beneficia al acreedor o a ambos[57].

Ambas situaciones jurídicas, poder exigir del acreedor y deber de cumplir del deudor, nacen al mismo tiempo, coinciden cronológicamente, tanto en las obligaciones sujetas a un plazo de cumplimiento como en aquellas que no lo poseen. Es decir, la relación de reciprocidad entre la facultad de pretensión creditoria y el deber de ejecución debitorio implica que el momento en el que el acreedor puede ejercitar su pretensión es el mismo instante en el que la obligación ha de ser cumplida[58].

Asimismo, se ha indicado que la exigibilidad tiene un diverso significado según los efectos que se deriven del vencimiento de la obligación. De este modo, cuando el momento del vencimiento de la obligación se encuentra asociado al efecto de la ilicitud del retardo -*mora ex re*-, la exigibilidad expresa el derecho a la consecución de la prestación por parte del acreedor, a cuyo favor intervienen automáticamente las sanciones vinculadas al incumplimiento. Cuando, por el contrario, el vencimiento no tiene tal efecto, la exigibilidad refleja, antes que nada, la facultad para constituir en mora al deudor, es decir, se constituye un derecho potestativo para modificar, mediante el requerimiento de la prestación, la

---

[56]Señala BARAONA, sin embargo, que pretender que la obligación exigible solo supone la actualidad de pedir el cumplimiento, implica ignorar la efectividad de la exigibilidad, a otros efectos diferentes de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retardo, es decir, *v. gr.*, la ejecución forzosa de la prestación, la compensación, la prescripción extintiva, etc. «efectos todos que ofrecen la idea que en la base de la exigibilidad, necesaria para que pueda hablarse de retraso, ha de existir un deber jurídico actualizado». Cfr. op. cit. en nota 53, p. 30; vid., asimismo, VALSECCHI, op. cit. en nota 46, p. 245; GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 14; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 424; PADILLA, op. cit. en nota 1, p. 52; BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 87; CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 3, p. 45.

[57]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 424; indica VALSECCHI que, en definitiva, con tal concepto se indica el momento en el que nacen los respectivos poderes de las partes y los presupuestos para su ejercicio. Vid. op. cit. en nota 46, p. 245; vid. también CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 3, p. 45; BESSONE, *Istituzioni di Diritto privato*, Torino, 1994, pp. 427-428.

[58]Vid. VALSECCHI, op. cit. en nota 46, p. 245; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 424, PADILLA, op. cit. en nota 1, pp. 48 y ss.; señala BARAONA, en este sentido que: «Según mi criterio, la exigibilidad que aquí se afirma como necesaria para que nazca el simple retraso en el cumplimiento, hace referencia a la cualidad de la relación obligatoria que hace actual el deber de prestación, lo que supone la presencia, también actual del poder exigir el cumplimiento que tiene el acreedor». Cfr. op. cit. en nota 53, p. 31.

situación preexistente de irrelevancia del retardo[59].

Por otro lado, de la interpretación del artículo 1.113 del Código civil[60] parece inferirse que el mismo contiene la regla en virtud de la cual, en defecto de especificación o de precisión de un término para el cumplimiento, los derechos pueden actuarse y los deberes han de ejercitarse, dentro del contenido de la propia relación obligatoria, de manera inmediata, al instaurarse una exigibilidad «desde luego», cuyo alcance delimita que el deudor puede cumplir en seguida, sin necesidad de aguardar la aparición de acontecimiento o evento de clase alguna[61].

Sin embargo, se ha advertido que, la anterior norma, no debe implicar, de modo riguroso, que, en defecto de término, la obligación tenga que ser ejecutada de modo inmediato[62], sino que se estima mas correcto apreciar que, en tales hipótesis, el acreedor está facultado para requerir prontamente el cumplimiento y al deudor se le permite, de igual modo, la utilización de un breve plazo para cumplir[63], puesto que, en determinados casos, la exigibilidad inmediata se manifiesta irreconciliable con el principio de la buena fe, o imposible o antagónica con los requisitos y condiciones, y con la voluntad de las partes en

---

[59]Vid. VALSECCHI, op. cit en nota 46, p. 246.

[60]Artículo 1.113 del Código civil. «Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren.

También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución».

[61]MONTÉS PENADÉS indica que desde las fuentes romanas, esta idea de la exigibilidad inmediata de la obligación sin plazo, se expresó a través del axioma *quod sine die debetur, statim debetur*. Dicha regla, asimismo, se encuentra recogida en el artículo 1.183 del *Codice civile* italiano, en el § 271 del B.G.B alemán y, especialmente, en el artículo 1.113 del Código civil español. Vid. op. cit. en nota 3, p. 42; vid. igualmente DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 330; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, p. 252; BARAONA, op. cit. en nota 53, pp. 32-33.

[62]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 330; ÁLVAREZ VIGARAY señala, a este respecto, que el legislador en el artículo 1.113 del Código civil, indica como característica de las obligaciones puras la exigibilidad inmediata de las mismas, pero esto «no puede entenderse con todo rigor que conduzca a interpretaciones absurdas y a exigencias de imposible cumplimiento instantáneo». Cfr. *Comentario al artículo 1.113 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 76.

[63]Vid. MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 43; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, p. 252; CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 3, p. 42.

la obligación[64].

Se admite, por tanto, y con carácter general, que, a pesar de la exigibilidad inmediata, se debe conceder al deudor un plazo para cumplir, según ello resulte de la propia naturaleza y circunstancias de la obligación y del principio de la buena fe[65].

De este modo, si se entiende que la propia obligación, para su cumplimiento, precisa de un tiempo prudencial para su efectiva ejecución, debe concedérsele al deudor aquel plazo necesario para la correcta realización de lo debido, pues parece que ésta es la interpretación más conforme con la buena fe y con la necesidad de atenuar el rigor de la norma del artículo 1.113 del Código civil[66].

Este último artículo deberá ser conectado con lo señalado en el artículo 1.128 del Código civil[67], que admite la figura del plazo tácito que se infiere de la naturaleza y circunstancias de la propia obligación, lo cual posibilita que el obligado pueda emplear el tiempo necesario para la realización de la prestación, aún cuando sea ésta de inmediato cumplimiento[68].

---

[64]Vid. en este sentido CRISTÓBAL MONTES que, además, indica que: «...porque las circunstancias que caracterizan o envuelven al vínculo no hacen aconsejable o no permiten que el acreedor pueda compeler al deudor a su ejecución actual. En estos casos, de la misma forma que se establece en el campo de la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento (art. 1.124, C.c.), corresponde a los Tribunales intervenir para morigerar las consecuencias adversas que supondría el cumplimiento «desde luego». Vid. op. cit. en nota 15, p. 109; vid. también BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 32.

[65]Para GAZZONI no cabe duda de que siempre es necesario, desde el punto de vista temporal, un término para el cumplimiento de la obligación. Indica este autor que lleva razón la jurisprudencia al afirmar que cuando la obligación debe cumplirse inmediatamente, en base al principio de la corrección *-correttezza-* es siempre importante conceder al deudor un término mínimo necesario para el cumplimiento material de la obligación. «La regla base es que si no se ha determinado el tiempo en el que la prestación debe ser ejecutada, el acreedor puede exigirla inmediatamente (salvo concesión de un mínimo tiempo material según la corrección)». Cfr. *Manuale di Diritto privato*, Napoli, 1996, p. 557; vid. GALGANO, op. cit. en nota 12, p. 39; BESSONE, op. cit. en nota 57, p. 427; BENATTI, op. cit. en nota 56, p. 71.

[66]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 109; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, p. 252; ÁLVAREZ VIGARAY, op. cit. en nota 62, p. 76; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 330-331.

[67]Artículo 1.128 del Código civil. «Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél.

También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor».

[68]Indica VON TUHR que si el objeto de la obligación consiste en algo que sea necesario confeccionar, la propia naturaleza de la prestación requerirá la concesión al deudor de un plazo estrictamente necesario para tal realización, siempre y cuando la labor se inicie de modo inmediato. Vid. *Tratado de las obligaciones, Vol. II*, Madrid, 1934, p. 43; vid. también MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, pp. 45-46; BELTRÁN DE HEREDIA

En este sentido, para la correcta interpretación del tiempo preciso para el cumplimiento por parte del deudor, a falta de una correcta determinación por las partes donde conste de un modo claro su voluntad, será preciso acudir a los usos o a la costumbre del lugar, o a lo que según la naturaleza y circunstancias de la obligación pueda determinarse, o bien a lo que se disponga en virtud del modo o del lugar de ejecución de la prestación[69].

Todo ello, coordinado con una adecuada aplicación del principio de la buena fe, permite entender que el deudor debe disponer de un tiempo razonable y adecuado para la ejecución del cumplimiento de la obligación cuando, a pesar de ser éste de inmediata realización, de su naturaleza y circunstancias se colija que tal plazo, aunque mínimo, sea necesario[70].

En esta línea, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de que el hecho de otorgar al deudor un plazo para ejecutar la prestación no supone ignorar que ésta es exigible «desde luego», ni modifica su naturaleza de obligación pura. Se posibilita, de este

---

Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, p. 252; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 330-331; HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 429; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 109; CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 3, p. 42.

[69]Vid. MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 46; BENATTI al comentar el artículo 1.183 del *Codice civile* italiano (ver final de esta nota), indica que para fijar el término necesario al cumplimiento, el Juez debe conciliar, por un lado, el interés del acreedor a que la ejecución del contrato sobrevenga en el momento más conveniente para él y, de otro, el interés del deudor a aprovecharse de un cierto espacio de tiempo, de modo que pueda adecuadamente preparar el cumplimiento. Para tal fin son relevantes diversas circunstancias de hecho, tales como las cualidades de los contratantes, el objeto de la prestación, las condiciones ambientales, etc. Vid. op. cit. en nota 56, p. 76, nota 111.

Artículo 1.183 *Codice civile* italiano. «*Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla inmediatamente. Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice.*

Se il termine per l'adempimento è rimesso alla volontà del debitore, spetta ugualmente al giudice di stabilirlo secondo le circostanze; se è rimesso alla volontà del creditore, il termine può essere fissato su istanza del debitore che intende liberarsi».

«Si no se ha determinado el tiempo en que la prestación se debe cumplir, el acreedor puede exigirla inmediatamente. Sin embargo, cuando en virtud de los usos o por la naturaleza de la prestación o bien por el modo o el lugar de la ejecución, sea necesario un término, éste, en ausencia de acuerdo de las partes, se establece por el Juez.

Si el término para el cumplimiento es remitido a la voluntad del deudor, corresponde igualmente al Juez establecerlo según las circunstancias, si es remitido a la voluntad del acreedor, el término puede ser fijado a instancias del deudor que pretenda liberarse».

[70]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 330-331.

modo, una moderación de la severidad de la disciplina legal del artículo 1.113 del Código civil, en virtud del otorgamiento de un *tempus modicum* que coadyuve a la exacta realización de la prestación[71].

1.1.3. EL TIEMPO NECESARIO DE CUMPLIMIENTO EN LA PRESTACIÓN DE HACER

En la obligación de hacer aparece particularmente relevante la necesidad de que el deudor disponga de un tiempo razonable y necesario para el íntegro cumplimiento de la prestación[72]. En ellas, con carácter general, cuando no ha sido fijado convencionalmente por las partes término de cumplimiento, muy frecuentemente, no cabe la aplicación del señalado axioma «*quod sine die debetur, statim debetur*» que implica la inmediata exigibilidad de la prestación[73].

Sin embargo, si cierto se presenta el hecho de que el deudor de un *facere* precisa de un tiempo adecuado para cumplir la obligación, es igualmente necesario determinar cuál es el intervalo temporal que debe considerarse conveniente para que el obligado ejecute eficazmente la prestación a su cargo, y cuando este período debe reputarse excesivo y, por tanto, poder, en base a ello, fundamentar una acción de resolución contractual por incumplimiento, en virtud de la falta de utilidad de la prestación para el acreedor.

En una gran parte de hipótesis, la naturaleza del *opus* debido, y las condiciones en las que su actuación ha de llevarse a cabo y desarrollarse, precisa de una actividad del deudor que ha de desplegar en un determinado y continuo lapso temporal.

El transcurso del tiempo se convierte, de este modo, en elemento esencial del

---

[71]Vid., entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1892, 4 de febrero de 1911, 1 de marzo de 1930. Asimismo, vid. ÁLVAREZ VIGARAY, op. cit. en nota 62; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 109; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, p. 252; CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 3, p. 42.

[72]GRAMUNT indica como en el derecho común la cuestión que se planteaba era la de si, después de haber transcurrido el tiempo necesario para realizar la prestación de hacer, el deudor quedaba automáticamente constituido en mora, o si, por el contrario, era necesaria igualmente la interpelación del acreedor para trasladarle los riesgos por el retraso. Vid. op. cit. en nota 35, pp. 18 y 35 y ss.

[73]Vid. BENATTI, op. cit. en nota 56, p. 72.

cumplimiento de la obligación. Ocurre esto en la mayoría de supuestos en los que el *facere* debido consiste en la ejecución de un obra[74]. En estas hipótesis, el obligado no solamente precisa la concurrencia de un intervalo temporal adecuado, cuyo transcurso se convierte en fundamental para una apropiada ejecución de la prestación, para llevar a cabo el comportamiento generador del cumplimiento, sino que, además, la ejecución instantánea de la prestación se revela del todo impracticable.

Sin embargo, la cuestión es la de determinar cuál es el plazo apropiado o conveniente que debe concedérsele al deudor para el preciso cumplimiento, sin que por ello el interés del acreedor en el mismo quede de algún modo menoscabado.

En este sentido, se ha señalado que el deudor no debe dejar pasar aquel período de tiempo necesario para la preparación de los medios que sean suficientes y adecuados para la ejecución de la propia obligación en el período que implícitamente resulte del particular contrato[75].

Debe tenerse en cuenta que, en determinados casos, aunque el tiempo de cumplimiento no haya sido fijado con precisión por las partes, cabe deducir, del contenido de la propia relación obligatoria, que transcurrido un cierto tiempo, la prestación pierde toda posible utilidad para el acreedor. De este modo, cabría señalar la prestación que consiste en sembrar un campo de trigo, o la recolección de determinados frutos en una concreta estación, o en vendimiar. Pasada la estación propicia sin que el deudor haya cumplido su actividad, ésta deviene inútil para el acreedor y deberá, por ello, ser considerado como definitivamente incumplidor[76]. En estos supuestos, por tanto, la duración del período de

---

[74]Apunta SOLÉ RESINA que pueden predicarse dos acepciones del término obra. Por un lado, obra en el sentido de cosa hecha o producida por un agente y, por otro, obra en el sentido de proceso de creación, modificación o especificación de una cosa. Vid. *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997, pp. 84 y ss.

[75]Cfr. BENATTI, op. cit. en nota 56, p. 74.

[76]Indica BENATTI que si bien es verdad que en determinados supuestos el acreedor podría insertar un término en el contrato con la finalidad de garantizarse el cumplimiento puntual de la obligación, «en la práctica esto no es, a veces, posible, ni oportuno. El arado de los campos para la siembra del trigo debe ser realizado antes del invierno, pero el período más conveniente depende de muchos factores (de las condiciones atmosféricas, del tipo de grano, etc): por ejemplo, el arado que se efectúa en noviembre puede ser tardío para este año, aunque, si bien, al contrario, pudo ser, en este mismo mes, tempestivo el año inmediatamente anterior. No es, entonces, indispensable insertar en el contrato una cláusula con la determinación de un término riguroso para el cumplimiento, si bien, de la simple función a la que está dirigida una determinada prestación, se recaba el período

tiempo adecuado para que el deudor ejecute la prestación se deduce de la propia naturaleza de la obligación, pues pasado un cierto intervalo, ya no cabe la posibilidad de realizar un cumplimiento tempestivo, con plena eficacia liberatoria, pues éste pierde toda posible utilidad para el acreedor.

Existen, asimismo, otros supuestos de prestaciones de hacer en las que no cabe la deducción del término adecuado para cumplir ni de las condiciones ni de la naturaleza de la obligación, ni de la interpretación de la voluntad de las partes, ni tampoco cabe inferir cuando, después de un cierto tiempo, el acreedor ya no tiene interés en la prestación. Es el caso de prestaciones que implican una actividad técnica compleja y de una preparación específica en las que ni el acreedor, ni el deudor están en condiciones de conocer con precisión y exactitud qué tiempo es el necesario para la finalización de la prestación[77].

Nos encontramos también con determinadas obligaciones de hacer en las que, a pesar de deducirse un término de cumplimiento tácitamente establecido por las partes, no se resuelve el problema de determinar cuando el acreedor deba ser satisfecho. Por ejemplo, si para barnizar un mueble, según las reglas de la común experiencia, se precisa una semana, no está claro cuando deba entregársele al acreedor, si después de una semana de la conclusión del contrato o en un momento posterior[78].

Por otro lado, hay que tener en cuenta la posición del acreedor en la relación obligatoria y que el Ordenamiento Jurídico prevé instrumentos adecuados para que éste haga cesar el retardo en el cumplimiento y, de este modo, impedir que un excesivo aplazamiento en la ejecución le suponga un perjuicio inoportuno.

De acuerdo con el principio de la buena fe, el acreedor debe requerir el cumplimiento

---

después del cual ya no le será posible al deudor cumplir». Cfr. op. cit. en nota 56, pp. 74-75.

[77]Cfr. CASTELLINI, *Sulla fissazione del termine «necessario» ex art. 1.183 C.c.*, Rivista Trimestralle di Diritto e Procedura Civile, 1961, p. 1089.

[78]Señala MONTÉS PENADÉS que: «...la precisa determinación de la medida comportará casi siempre una discrecional apreciación del Juez, que no podrá tener en cuenta, entre otras cosas, circunstancias sucesivas a la estipulación del contrato y que contemplan la ejecución de éste, y que deberá, a pesar de todo, remitirse al modelo abstracto de exactitud temporal de la ejecución de la prestación, derivable de los principios generales de buena fe objetiva y de diligencia». Cfr. *Comentario al artículo 1.128 del Código civil, Comentarios del Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Volumen II*, Madrid, 1983, p. 126; para el Ordenamiento italiano BENATTI indica que la solución a este problema la determina la aplicación del artículo 1.183 del *Codice*, según el cual, tal plazo deberá determinarlo el juez. Vid. op. cit. en nota 56, p. 75.

de la prestación y, en caso contrario, si éste tiene un comportamiento pasivo, no podría objetar que el deudor no ha observado las reglas de la buena fe pues, en este caso, nada cabría reprochar a este último cuando debería ser el acreedor el que tuviese la iniciativa para obtener la prestación y manifestar, de esta manera, su voluntad de ser satisfecho lo más pronto posible.

Sin embargo, no cabe olvidar que el deudor, en cualquier caso, no debe aplazar por largo tiempo la iniciación de aquella actividad preparatoria del cumplimiento, pues tal conducta podría suponer un perjuicio para el acreedor. De este modo, un deudor diligente y atento al interés ajeno, se cuidaría de estar dispuesto a cumplir en el momento oportuno, es decir, cuando lo requieran los usos o la naturaleza de la prestación, o bien el lugar y el modo de la ejecución de la misma[79]. Por el contrario, no sería respetuoso con la buena fe el deudor que no estuviera preparado para cumplir en tal momento, al amparo de la única consideración de que no ha sido aún fijado un término para el cumplimiento[80].

En la obligación consistente en reparar el tejado de una vivienda, si no se ha establecido un plazo para el cumplimiento, y a falta de acuerdo entre las partes, el acudir al Juez para que lo señale, en virtud del artículo 1.128 del Código civil - artículo 1.183 del *Codice* italiano-, podría suponer el transcurso de un período prolongado de tiempo antes de que el deudor inicie la necesaria reparación, lo que ocasionaría un grave daño al acreedor en aquella hipótesis en la que el arreglo no se ultimara antes de que sobreviniera el invierno. En este caso, el deudor sabe que la postergación de su actividad más allá de un conveniente lapso temporal puede ocasionarle daños al acreedor, propietario de la vivienda, y, por ello, su específico deber es estar listo para cumplir en el tiempo oportuno[81].

En este sentido, por tanto, será preciso analizar, caso por caso, las particularidades específicas de cada prestación de hacer para determinar cual puede ser el período adecuado

---

[79]BENATTI propone el ejemplo de la obligación de hacer consistente en elaborar un par de zapatos. Si el artesano acaba su encargo unos meses después de haber aceptado el compromiso, el modelo elegido puede haber ya pasado de moda y, por tanto, haber decaído la utilidad y el interés del acreedor en la prestacción. Vid. op. cit. en nota 56, p. 81.

[80]Vid. respecto de la buena fe como fuente de integración del contrato DÍEZ-PICAZO, *Comentario al artículo 1.258 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 437.

[81]Cfr. BENATTI, op. cit. en nota 56, p. 82; vid. asimismo CASTELLINI, op. cit. en nota 77, p. 1100.

para que el deudor cumpla la obligación[82], y tener en cuenta para ello, no solo la naturaleza de la prestación, el tiempo transcurrido desde la celebración del contrato y la iniciación o no por parte del obligado de alguna necesaria actividad preparatoria para el cumplimiento, sino también el momento y el modo en que habrá de ejecutarse la prestación, el lugar en el que deberá ser realizada y los usos y costumbres de los negocios aplicables en el mismo, así como, igualmente, las reglas de la común experiencia y el principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones.

1.2. NECESIDAD DE CONCEDER AL DEUDOR UN PLAZO PARA CUMPLIR TRAS LA INTIMACIÓN CREDITORIA

Ante la pregunta de cuándo comienza la mora del deudor, tres han sido las posiciones doctrinales que se han pronunciado al respecto.

En primer lugar, se ha indicado que tras la intimación que el acreedor dirige al deudor reclamando el cumplimiento no verificado de la prestación, éste último incurre de modo inmediato en mora, una vez el requerimiento haya llegado a su conocimiento[83].

Por la doctrina italiana se señala que si, después del requerimiento del acreedor, la prestación no se ejecuta inmediatamente, el deudor viene constituido en mora de modo instantáneo, y el hecho de que la ley, en el artículo 1.219, último párrafo, punto 3º[84], prevea

---

[82]Vid. CASTELLINI, op. cit. en nota 77, p. 1089.

[83]Indica ALBALADEJO a este respecto, lo siguiente: «Para que haya o, lo que es lo mismo, para que el deudor incurra en mora, no basta que -con las salvedades vistas- por su culpa (o dolo) se retrase (materialmente) el cumplimiento, sino que, como regla, hace falta que el acreedor reclame la realización de aquél. A partir de esta reclamación, el deudor queda constituido en mora (retraso jurídico) (Código civil, artículo 1.100, párrafo inicial)». Cfr. *Comentario al artículo 1.100 del Código civil, Comentarios del Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Volumen I*, Madrid, 1989, p. 360; Vid. también MANRESA, *Comentario al artículo 1.100 del Código civil, Comentarios al Código civil español, Tomo VIII, Volumen I*, Madrid, 1950, p. 126 y ss.

[84]Artículo 1.219, último párrafo, punto 3º del *Codice civile* italiano. «*Non è necessaria la costituzione in mora:*

3) quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore. Se il termine scade dopo la morte del debitore, gli eredi non sono costituiti in mora che mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto, e decorsi otto giorni dall'intimazione o dalla richiesta».

«No es necesaria la constitución en mora:

3) cuado ha vencido el término, si la prestación debe ser ejecutada en el domicilio del acreedor. Si el término vence después de la muerte del deudor, los herederos no están constituidos en mora sino mediante

explícitamente un término de ocho días a partir de la intimación, constituye la mejor demostración de que, con carácter general, no es necesario otro término para el cumplimiento[85].

A favor de la automaticidad de la constitución en mora del deudor, también se ha invocado el contenido del artículo 1.334 del *Codice civile* italiano[86]. Se indica, en esta hipótesis, que tal recurso puede ser exacto en aquellos supuestos en los cuales el cumplimiento de la obligación se agota en la esfera del deudor y no es necesaria actividad alguna de colaboración por parte del acreedor, pues, en su caso, tal solución no es válida[87].

En segundo lugar, se encuentran aquellos autores que entienden, dentro de la que ha sido denominada posición intermedia[88], que, cuando no resulte de otro modo, debería estimarse que la exigibilidad del crédito comporte, a cargo del deudor, el tempestivo cumplimiento de los actos preparatorios precisos para tener la prestación a disposición del acreedor con celeridad. A favor del deudor debería computarse el tiempo necesario para el cumplimiento de aquellos actos preparatorios que, por la naturaleza misma de la obligación, deben preceder inmediatamente al momento final del cumplimiento, y para cuya ejecución está, de este modo, justificado atender al requerimiento del acreedor[89].

---

intimación o requerimiento hecho por escrito, y transcurridos ocho días desde la intimación o del requerimiento».

[85]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI que señalan que, para los autores que sostienen tal opinión, se debe precisar que la inmediata eficiencia del acto de constitución en mora, se tendría solamente si éste fuese notificado al deudor al vencimiento del término previsto para el cumplimiento o en un momento posterior. Vid. op. cit. en nota 54, p. 252; vid. igualmente BENATTI que indica que la norma relativa a los herederos es demasiado específica para que de ésta se pueda recabar una regla general. Vid. op. cit. en nota 56, p. 147.

[86]Artículo 1.334 del *Codice civile* italiano. «*Gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati*».

«Los actos unilaterales producen efecto desde el momento en el que llegan a conocimiento de la persona a la cual están destinados».

[87]BENATTI indica que no es admisible tal teoría cuando se precisa de un acto de cooperación creditoria: «El deudor sería responsable de la imposibilidad no imputable apenas reciba la intimación, sin que le haya dado materialmente tiempo para cumplir, por ejemplo en las obligaciones *portabes*, sin término, el deudor incurriría en la responsabilidad *ex* art. 1221, si durante el viaje emprendido para acercarse al domicilio del acreedor, en el mismo día en el que se le notifica la interpelación, la cosa perece por caso fortuito: lo cual es absurdo». Cfr. op. cit. en nota 56, pp. 147-148.

[88]Cfr. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 54, p. 252.

[89]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 54, p. 252; BENATTI, op. cit. en nota 56, p. 148.

Por último, un tercer grupo de autores, entiende que, para que la mora se verifique, es necesario que, desde el momento en que la intimación pueda decirse que ha llegado al conocimiento del deudor, debe transcurrir un lapso temporal adecuado para que éste pueda cumplir la obligación a su cargo. Se excluye, de este modo, la automaticidad de la constitución en mora del deudor tras el requerimiento del acreedor. El obligado, al recibir la intimación, no se consideraría contraventor de la orden de cumplimiento que aquélla contiene, si se esfuerza súbitamente en ejecutar los actos precisos para el cumplimiento, y emplea el tiempo materialmente necesario para este fin[90].

Debe, en este sentido, concedérsele al deudor un cierto tiempo para cumplir, tras la intimación que le dirige el acreedor, pero aquél deberá, inmediatamente, comenzar la ejecución de la prestación[91]. Consecuencia de lo anterior, es que los efectos de la mora comenzarán a transcurrir cuando haya pasado aquel período estrictamente necesario para la realización de la prestación. El deudor, por tanto, una vez conocida la interpelación, no debe ser constituido en mora desde el mismo instante en el que llega a su conocimiento el contenido del requerimiento creditorio[92]. Para que, en este caso, el obligado se constituya en mora, de modo inmediato tras el requerimiento, es preciso que rechace, expresamente, el cumplimiento de la obligación[93].

En esta misma línea, se ha señalado[94] que en las obligaciones *querables* [95], el efecto

---

[90]Vid. VALSECCHI, op. cit. en nota 46, p. 267, y en *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, Rivista del Diritto Commerciale, 1964, p. 284; BENATTI, op. cit. en nota 56, p. 148; RUBINO, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, Rivista del Diritto Commerciale, 1947, p. 56; RAVAZZONI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1957, p. 8 y en *Mora del debitore*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo X, Torino, 1957, p. 906; GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno, Volumen II*, Madrid, 1928, p. 105; HERNÁNDEZ GIL, F., *La intimación del acreedor en la mora «ex persona»*, Anuario de Derecho Civil 1962, p. 359

[91]Indica BENATTI que el deudor debe estar pronto para cumplir, desde el momento en el que el crédito es exigible. Vid. op. cit. en nota 56, p. 148.

[92]Cfr. HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 90, p. 359.

[93]Cfr. HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 90, p. 359.

[94]Vid. VALSECCHI, op. cit. en nota 90, p. 284.

[95]En el Ordenamiento italiano, se indica con este término aquellas obligaciones que han de ser ejecutadas en el domicilio del deudor. Vid., entre otros, GAZZONI, op. cit. en nota 65, p. 557; GALGANO, op. cit. en nota 12, p. 40.

de la constitución en mora queda condicionado al posterior comportamiento del mismo obligado. Esta conclusión se apoya en una interpretación armonizadora del primer párrafo del artículo 1.219 del *Codice Civile* italiano[96] y del artículo 1.220[97] del mismo cuerpo legal, de tal modo que, en las obligaciones en las que el deudor ha de ejecutar la prestación en su domicilio, incurrirá en mora si no efectúa la señalada oferta de ejecución de la prestación, o lo que es lo mismo, si éste no declara que está dispuesto a cumplir en cuanto el acreedor se presente en su domicilio para cobrar[98]. De este modo, se hace necesario una explícita demostración, por parte del obligado, de su voluntad de cumplimiento de la obligación. Por tanto, con el término oferta se indica, no tanto el cumplimiento de la obligación en el instante en que se presente el acreedor a recibir la prestación, cuanto una respuesta a la intimación con la que el deudor asegure que el mismo trata de ejecutar la prestación. De esta manera, la oferta se constituye en aquella demostración de la voluntad de cumplir por parte del deudor que por sí sola es suficiente para impedir la constitución en mora *ex* artículo 1.220 del *Codice Civile*[99].

En caso contrario, es decir, si se considerara que el deudor incurre en mora inmediatamente tras el requerimiento, no tendría ningún significado la intimación al cumplimiento, puesto que, entonces, cabría afirmar que, en todos los casos, se produciría la mora del deudor de modo automático, tanto si el obligado obedece al mandato que en ella

---

[96]Artículo 1.219, párrafo primero, *Codice Civile* italiano. «*Il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto*».

«El deudor está constituido en mora mediante intimación o requerimiento hecho por escrito».

[97]Artículo 1.220 *Codice Civile* italiano. «*Il debitore non può essere considerato in mora, se tempestivamente ha fatto offerta della prestazione dovuta, anche senza osservare le forme indicate nella sezione III del precedente capo, a meno che il creditore l'abbia rifiutata per un motivo legittimo*».

«El deudor no puede ser considerado en mora, si ha efectuado tempestivamente oferta de la prestación debida, aunque sin observar las formas indicadas en la sección III del capítulo precedente, a menos que el acreedor la haya rechazado por un motivo legítimo».

[98]Indica VALSECCHI a este respecto que: «Si esto es exacto, resulta confirmado que la mora no puede ser consecuencia automática de la intimación, sino que está condicionada a la ausencia de una declaración de oferta de cumplimiento por parte del deudor». Cfr. op. cit. en nota 90, p. 284.

[99]Vid. VALSECCHI que indica que, obviamente, la oferta ha de estar conforme con el propio contenido de la obligación. Vid. op. cit. en nota 46, p. 263; en contra, se pronuncia BENATTI que señala que cuando la prestación no haya de ejecutarse ni en el domicilio del deudor ni en el del acreedor, éste último ha de incluir en el requerimiento el señalamiento del día en el que estará en el lugar del cumplimiento. «En ausencia de este dato, no se puede afirmar que corresponde al deudor hacer una declaración tempestiva de oferta, indicando el tiempo y el modo en el que trata de proceder a la ejecución». Cfr. op. cit. en nota 56, p. 149.

se contiene como si no lo hace. De este modo, se indica que cabría admitir que el acreedor constituyera inmediatamente al deudor en mora, siempre que éste no ejecutara la prestación a su cargo, mediante una sencilla declaración de voluntad[100]. Y es difícilmente concebible una hipótesis en la que la recepción de la intimación y el cumplimiento de la obligación se verifiquen en el mismo instante[101].

Que el deudor deba respetar y acatar inmediatamente la interpelación que el acreedor le dirige, no significa que deba ejecutar la prestación en el mismo instante en el que se le hace el requerimiento, puesto que si se le constituye en mora en el mismo momento en el que la interpelación llega a su conocimiento, se le imposibilitaría, inevitablemente, toda posibilidad de cumplir[102].

Se concluye, por tanto, que no debe aceptarse la automaticidad de la constitución en mora del deudor, tras la recepción de la intimación al cumplimiento, pues debe concerdérsele el tiempo necesario y preciso para la exacta ejecución de la prestación[103].

---

[100]Observa, en este sentido, RAVAZZONI que: «No puede asumirse que el legislador haya impuesto la emisión de una orden, cuando, después, no se tuviera diferencia, al menos en un primer momento, entre la violación y la obediencia de ésta». Cfr. op. cit. en nota 90, p. 8; en esta línea, VALSECCHI señala que: «Razonando de otro modo, se ha objetado que la intimación produciría la mora en cualquier caso, sea que el deudor se ajuste a ella o no, incurriendo, de este modo, en la incongruencia de tratar del mismo modo la violación y la obediencia a la intimación». Cfr. op. cit. en nota 46, p. 267, nota 55.

[101]Cfr. HERNÁNDEZ GIL, F., op. cit. en nota 90, p. 359.

[102]Vid. RUBINO que, asimismo, indica: «Pero sobre todo, esto contradeciría la naturaleza de la constitución en mora, que, como dice la misma ley (art. 1.219, párrafo I, c.c.), es una intimación a cumplir, un específico requerimiento de cumplimiento, y por eso mismo presupone intrínsecamente que con éste, y después de éste, quede aún al deudor la posibilidad de cumplir; mientras que, por el contrario, con la anterior solución sería el acto mismo de constitución en mora el que automáticamente sustraería al deudor la posibilidad de ejecutar la obligación». Cfr. op. cit. en nota 90, p. 56.

[103]Señala BENATTI que: «Problema delicado es establecer el criterio para la determinación del «*modidum tempus*»; en particular se trata de examinar si en cualquier hipótesis debe ser indicado en la intimación el tiempo para el cumplimiento. Cuando el acreedor puede obtener la prestación en cualquier momento en el que se presente en el domicilio del deudor o bien cuando éste se pueda acercar al del acreedor sin el peligro de un acercamiento inútil, el criterio se recaba de la cláusula de la buena fe (arts. 1.175 y 1.375), coordinada con otros indicios inferidos del lugar del cumplimiento, de la existencia de un término, etc.». Cfr. op. cit. en nota 56, p. 148, nota 79; PADILLA, a este respecto indica que: «¿Desde cuándo existe mora del obligado? Recordemos que la primera parte del art. 509 dice que la mora se produce con el vencimiento del plazo, de donde lo razonable sería tenerle en mora desde que el hecho sucedió. Pero, al amparo de discutibles expresiones latinas *(favor debitoris)*, como dijimos en otro lado, no podríamos hacer nacer responsabilidad moratoria con efecto retroactivo al anoticiamiento del hecho. Tampoco podríamos hacerla nacer con la sola recepción de la comunicación. Tenemos que imaginar (y otorgar) el plazo razonable del que hablaba ALTERINI y que el proyecto omite. ¿Y de cuánto tiempo será ese nuevo plazo? Porque si es demasiado breve y con los sones de la misma melodía debitoria, se llegará a no tener por configurada responsabilidad moratoria, pese al vencimiento del plazo y a la comunicación recepticia (no coercitiva, como decía

Sin embargo, también ha señalado algún autor que las tres anteriores posturas no son del todo aceptables, ya que supone que se encuentran ligadas a una visión apriorística y preconcebida de las situaciones a las que se aplican[104]. Frente a esto, se advierte que es necesario realizar una valoración caso por caso conforme a las reglas de la buena fe, es decir, la realización de un juicio abierto a cualquier resultado, también incluso en el supuesto límite en el que operaría la constitución en mora de modo automático, a pesar de una aparente necesidad de conceder al deudor un cierto lapso de tiempo según la naturaleza o la modalidad de la ejecución de la prestación[105].

Para resolver el problema planteado en las obligaciones de hacer, es preciso distinguir entre obligaciones de hacer puras por un lado, y obligaciones de hacer condicionales y a plazo, por otro. E, igualmente, dentro de las anteriores, diferenciar entre obligaciones de cumplimiento instantáneo y obligaciones duraderas, o de tracto único y sucesivo respectivamente.

Se ha señalado que la obligación pura y simple es aquella que no está sujeta a modalidad alguna[106]. Del mismo modo, ha sido definida como aquella obligación que no se encuentra sometida a condición o a plazo de cumplimiento[107]. Otros autores, por contra,

---

ALTERINI). Sucede que si se confiere un plazo -lo que parece venir impuesto por la fuerza del razonamiento- el acto de comunicación deja de ser tal, pues cuando se comunica algo no se da plazo alguno para nada. Se anoticia y nada más. Pero acá "hay que darle" un término razonable para que cumpla. Y eso guarda congruencia con las palabras del mismo proyecto, cuando expresa que la comunicación es "a fin de que cumpla". Esa comunicación no es solamente anoticiamiento; es un requerimiento de pago. Porque si se comunica un hecho *para que se cumpla* y se le da un plazo *para que cumpla*, no puede haber dudas de que se está requiriendo el pago. Y a eso se le conoce como *interpelación*, con lo que habría resultado más congruente adoptar lisa y llanamente la interpelación para constituir en mora en los casos de plazo incierto, como lo sostiene buena parte de la doctrina nacional». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 275.

[104]NATOLI y BIGLIAZZI-GERI señalan, además de la anterior crítica a las dos teorías doctrinales extremas, que la posición denominada intermedia, «está aparentemente fundada sobre valoraciones de una circunstancia -naturaleza de la prestación- que es de por sí capaz de hacer inadmisible una distinción como la sugerida para que tal deber pueda ser tomado en consideración en todo caso». Cfr. op. cit. en nota 54, p. 252-253.

[105]Observan NATOLI y BIGLIAZZI-GERI que tal valoración habrá de realizarse siempre según los principios de la buena fe y de la corrección de los artículos 1.175 y 1.375 del *Codice Civile* italiano. Vid. op. cit. en nota 54, p. 253.

[106]Cfr. PADILLA, op. cit. en nota 1, p. 323.

[107]POTHIER señaló que ésta podía ser entendida desde dos puntos de vista. En un primer sentido, ésta sería aquella obligación «que no son suspendidas de condición alguna, sea que ellas hayan sido contratadas sin condición alguna, sea que la condición bajo la cual lo hayan sido, se haya cumplido». Y, en segundo lugar,

centrándose en el aspecto de la exigibilidad de la obligación, indican que es aquella obligación que es exigible «desde luego», a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.113 del Código civil[108].

Por otro lado, se ha precisado que el dato delimitador de la obligación pura es el de su inmediata exigibilidad, de este modo, cabría excluir de tal concepto toda obligación cuya exigibilidad se encuentre diferida o aplazada en el tiempo[109]. En éstas, desde el mismo instante de su nacimiento, el deudor tiene la posibilidad de efectuar el cumplimiento de la obligación. Esta facultad es instantánea y se ejercita en el mismo momento de la celebración del contrato[110]. Del mismo modo, el acreedor puede, en el instante del nacimiento de la obligación, ejercitar el poder de exigir el cumplimiento de la prestación. En este caso, por ello, coinciden cronológicamente en el tiempo, y con el momento del nacimiento de la obligación, el derecho potestativo del acreedor a exigir su crédito y el derecho del deudor a ejecutar la prestación y liberarse, de ese modo, del vínculo[111].

Las obligaciones puras pueden, asimismo, subclasificarse, en función del tiempo de su duración, en instantáneas y duraderas, según se extingan de modo inmediato, con la ejecución de la prestación o prestaciones que constituyen su objeto, en un acto único de cumplimiento, o supongan el desarrollo de una cierta conducta que se prolonga durante un

---

obligaciones puras y simples, en sentido estricto, son aquellas «que son contratadas sin ninguna de las excepciones o modificaciones que van a abrigarse. Esas excepciones son, la condición resolutoria, el tiempo limitado por la duración de la obligación, el término y el lugar de pago, la facultad de pagar a otro que al acreedor, y la de pagar otra cosa en lugar de aquella que constituye el objeto de la obligación». Cfr. Op. cit. en nota 12, p. 106; LASARTE señala que la obligación pura es aquella que no se encuentra sometida a condición o a plazo. Vid. *Principios de Derecho civil, Tomo II. Derecho de obligaciones*, Madrid, 1995, p. 142; vid. también ALBALADEJO, *Derecho civil II, Volumen I*, Barcelona, 1989, p. 126.

[108]Vid. HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, pp. 427-428; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, p. 251; PADILLA señala, en este sentido, que la utilización del término «desde luego» no es del todo convincente, «pues ¿cómo sabemos cuándo una obligación es exigible "desde luego"? En nuestro criterio, la caracterización por los efectos sólo conduce a una petición de principio, por lo que nos vemos precisados a dejar de lado tal temperamento». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 323.

[109]Acerca de la exigibilidad inmediata de las obligaciones puras y el tiempo de cumplimiento, véanse las conclusiones del punto 1.1.2 de este capítulo.

[110]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 424.

[111]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 424.

período de tiempo más o menos extenso[112].

La obligación de hacer pura, de cumplimiento instantáneo, supone que el acreedor tiene la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación desde el mismo instante del nacimiento de la misma, poder que, como ya ha sido señalado, coincide cronológicamente con la facultad del deudor de ejecutar la prestación, pues ésta, surge igualmente desde el momento del origen del vínculo. Asimismo estas obligaciones se llevan a cabo en un solo acto, de modo instantáneo[113], mediante la realización de una única acción que, en sí misma, agota el cumplimiento de la obligación[114]. De tal modo que, podríamos conceptualizarlas como aquellas en las que el deudor, para ejecutar la prestación, no necesita de un tiempo jurídicamente relevante. Aunque sea evidente que el deudor siempre empleará un cierto tiempo para satisfacer el objeto de su obligación, en estos casos, a los efectos que nos ocupan, el derecho no lo toma en cuenta[115].

Como características propias de la obligación de hacer pura de cumplimiento instantáneo podría señalarse el hecho de que tal instantaneidad afecta tanto a la exigibilidad de la prestación, como a la prestabilidad de la misma, lo cual supone que deberá ser

---

[112]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 322; LACRUZ , *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones I*, Barcelona, 1985, pp. 80-81; CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, París, 1993, pp. 268-271; STARCK, *Droit civil. Obligations*, París, 1986, pp. 36-38; MARTÍN PÉREZ, *Comentario al artículo 1.088 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Volumen I*, Madrid, 1989, pp. 93-103; MESSINEO, op. cit. en nota 12, pp. 429 y ss.

[113]Indica LACRUZ que estas obligaciones en sí carecen de entidad temporal. Vid. op. cit. en nota 112, p. 81; vid. también MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 112, pp. 94 y ss.; MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 429; BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 33.

[114]MESSINEO observa que, en estos casos, el contrato se ejecuta *uno actu*, es decir, con una *solutio* única, y con esto mismo queda agotado. Vid. op. cit. en nota 12, p. 429; vid. también CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 268; BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 33.

[115]Cfr. PADILLA que, además, apunta que: «incluso aquellas prestaciones que se satisfacen súbitamente, de una sola vez (p. ej., una *datio*) aunque precisen una breve duración temporal, la norma las desprecia, al punto de que merece tratárselas como sin tiempo». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 72; HEDEMANN propone el ejemplo del contrato del peluquero cuando se acude a la barbería para que nos realicen un corte de pelo. Vid. *Derecho de obligaciones, Volumen III*, Madrid, 1958, p. 135. Cabría mencionar como obligación de hacer pura, de cumplimiento instantáneo, la prestación del médico consistente en prescribir un determinado tratamiento, tras acudir a su despacho para consultarle acerca de unos concretos y comunes síntomas.

satisfecha inmediatamente después de contraído el vínculo[116].

Ahora bien, como ya se ha observado, la exigibilidad inmediata de la obligación no supone que el deudor deba de ejecutar la prestación de modo instantáneo, sino que debe permitírsele un *tempus modicum* para la efectiva realización de la prestación[117].

De este modo, si el acreedor, en uso de su facultad para exigir la prestación de modo inmediato, requiere al deudor el cumplimiento de la misma, sin que haya transcurrido un *modicum tempus*, sería adecuado concederle un plazo razonable al deudor para ejecutar la prestación. Plazo cuya duración sería la estrictamente necesaria para cumplir, lo cual debe suponer que el obligado, aunque no haya finalizado la ejecución de la prestación, ha de haber iniciado ya la realización de aquella conducta necesaria para el cumplimiento o de aquellos actos preparatorios que tal ejecución requiera[118].

Si, por el contrario, el acreedor, antes de requerir el cumplimiento, concede al deudor un tiempo razonable para ejecutar la prestación, el deudor incurriría en mora, de modo inmediato, si no procede al cumplimiento de la obligación después de que la intimación creditoria haya llegado a su conocimiento. En este sentido, no sería adecuado conceder al obligado un segundo plazo suplementario, además del ya concedido inicialmente[119], ya que de otro modo, no solamente se lesionarían los intereses de aquellos acreedores que precisaran, por múltiples motivos, la satisfacción de su crédito en un breve período de tiempo, sino que, además, la concesión de tales plazos, fomentaría la morosidad en el tráfico jurídico, en tanto que el deudor podría siempre confiar en disponer de un lapso temporal suplementario para cumplir su obligación, además del que pudiera concedérsele

---

[116]Vid. BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 33; señala PADILLA, en relación a lo anterior, que: «la norma no admite entre uno y otro momento (nacimiento y cumplimiento de la obligación) un transcurso temporal relevante. Esto significa que, aunque uno y otro deba transcurrir un espacio temporal, el derecho lo desprecia». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 73.

[117]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit en nota 15, p. 109; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, p. 252; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 330-331.

[118]Cfr. BENATTI, op. cit. en nota 56, p. 148.

[119]El primer período, supondría la concesión al deudor de un plazo adecuado para cumplir la obligación, desde el momento de su nacimiento hasta aquél en el que se procede al requerimiento de la misma. El segundo, estaría constituido por aquel lapso temporal que se le concedería después de recibir la intimación. Lo cual supondría que el deudor de una obligación pura, de cumplimiento inmediato, disfrutaría de un segundo plazo para ejecutar un cumplimiento que no ha verificado de modo voluntario.

-tempus modicum- tras el nacimiento de la obligación, lo cual entra en directa colisión con la propia naturaleza de la obligación pura y con las necesidades de celeridad de las relaciones jurídicas que caracterizan a un tráfico económico como el actual.

En segundo lugar, la obligación pura puede ser de cumplimiento duradero o de tracto sucesivo. En este caso, el elemento tiempo no es una modalidad accesoria a la propia prestación, sino que se constituye en una característica específica y concreta de la misma, de tal modo que la duración de ésta es un requisito esencial de la relación obligatoria y concerniente a la causa del contrato que la ha originado[120]. En este modelo podemos incluir todas aquellas prestaciones de hacer que consistan en la realización de determinadas reparaciones, de una cierta magnitud, a domicilio[121].

Las obligaciones duraderas, asimismo, pueden catalogarse en continuadas y periódicas. Las primeras suponen la existencia de una prestación única, ininterrumpida, que implica el desarrollo de un concreta conducta de cumplimiento durante un intervalo temporal determinado[122]. Mientras que las segundas, comprometen la realización de una serie de actos de cumplimiento distribuidos en el tiempo, o bien de manera intermitente -ejecución periódica en sentido propio- o de modo no regular, como, por ejemplo, a requerimiento del acreedor o, en otro caso, según se necesite -ejecución reiterada o repetida-[123].

En este tipo de obligaciones, duraderas, es donde se observa, con mayor claridad, la necesidad de conceder al deudor un plazo concreto, preciso y adecuado para el cumplimiento de la obligación. Tras la interpelación, será necesario conferir al obligado un período temporal conveniente, y estrictamente indispensable, para la ejecución de la prestación, y siempre que éste haya iniciado adecuadamente el cumplimiento de la prestación

---

[120]Cfr. MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 112, p. 94; vid. asimismo MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 430.

[121]También puede pensarse en obligaciones relativas a la instalación de programas informáticos, específicos para determinadas empresas o bancos, los cuales requieren que el acreedor suministre una serie de datos para su correcta y adecuada puesta en marcha.

[122]Vid. MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 431; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 112, p. 96; BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 33.

[123]Cfr. MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 112, p. 96; MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 431.

o haya realizado o ejecutado los actos preparatorios necesarios para la efectiva ejecución de la obligación.

De otra manera, no parece del todo armonizable con el principio de la buena fe que un deudor que haya dado ya inicio al cumplimiento de su obligación, asuma las consecuencias de la mora, cuando el acreedor, haciendo uso de su facultad para exigir la satisfacción inmediata de su crédito, le intime en el momento en el que lo considere oportuno, si tras este requerimiento aquél necesitara de un tiempo adicional para ultimar la ejecución, ya principiada, de la prestación.

En este sentido, si de la naturaleza y circunstancias de la obligación, del modo en que la prestación ha de llevarse a cabo, de la consideración a las reglas de la buena fe y, sobre todo, de lo que se infiera de los usos y costumbres de los negocios en el lugar en el que haya de procederse al cumplimiento, se desprende que el deudor precisa de un cierto tiempo para la efectiva realización de su compromiso[124], cabría entender que la interpelación que el acreedor le dirija para reclamar la satisfacción de su crédito, no debiera suponer la atribución del efecto de constituirle en mora de modo inmediato, sino que, como ya se ha observado, después de que la intimación llegue a su conocimiento, dispusiera del tiempo estrictamente necesario para finalizar, conforme a los señalados criterios, la ejecución, ya iniciada, de la obligación a su cargo.

En cuanto a las obligaciones de hacer puras, de cumplimiento periódico, debe distinguirse si la prestación que ha de ejecutarse periódicamente, se cumple de un modo instantáneo[125], o bien precisa el desarrollo regular de una determinada conducta que se prolongue en el tiempo[126]. En estas hipótesis, se aplicarían las conclusiones a las que se ha llegado anteriormente para las obligaciones puras de cumplimiento instantáneo y para las de cumplimiento duradero continuo respectivamente.

Por otro lado, cabe asimismo distinguir de las obligaciones de hacer puras aquellas

---

[124]Vid. CASTELLINI, op. cit. en nota 77, pp. 1088 y ss.

[125]Por ejemplo, en el contrato de mandato, una obligación que consista en la realización de un encargo que implique el despliegue, cada mes, por parte del deudor, de una determinada conducta que en sí misma agote el acto *solutorio*.

[126]Por ejemplo, la obligación consistente en la revisión y mantenimiento anual, de una compleja maquinaria de una determinada fábrica.

que se encuentran sujetas a un término, que puede ser inicial o suspensivo o final o resolutorio.

En este sentido, se puede indicar que el término es aquel momento temporal que determina el inicio o el fin de los efectos jurídicos de un concreto acto, o bien delimita la duración de tales efectos, o concreta el tiempo en el que se han de producir los actos de desarrollo de las situaciones jurídicas subjetivas[127]. Igualmente, se ha indicado que en la obligación sujeta a un plazo de cumplimiento, la aposición del término produce el efecto de diferir su exigibilidad hasta el vencimiento del mismo[128].

El término, como ha sido señalado, puede ser inicial, en este caso, supondría el momento en el que el derecho surgido del acuerdo de las partes puede ser ejercido o la prestación debe ser ejecutada[129]. Su función consiste en diferir la realización de los efectos de la relación a un momento posterior al de su nacimiento[130].

La prestación de hacer sometida a término inicial, puede ser de cumplimiento instantáneo o de cumplimiento duradero[131]. Y dentro de estas últimas, puede ser de

---

[127]Cfr. MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 8; MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 209; LASARTE, op. cit. en nota 12, p. 100; Para STARCK el término es una modalidad que afecta a la exigibilidad de la prestación o a la extinción de las obligaciones. Vid. op. cit. en nota 112, p. 376.

[128]Cfr. BARAONA que, además, hace referencia a la distinción entre término de eficacia y término de cumplimiento, «pues el tiempo puede incrustarse en la obligación de manera diferente, bien sea fijando un límite temporal al momento de la exigibilidad -es el sentido que se desprende de la última norma citada (artículo 1.125 C.c.)- y se le denomina tiempo de cumplimiento, sea incorporándole en la fuente misma de la obligación, o dilatando su eficacia, es el llamado término negocial o de eficacia. En este último caso no se altera el momento de cumplimiento, sino el del inicio o final del negocio mismo, fuente de la obligación destinada a cumplirse». Cfr. op. cit. en nota 53, p. 33.

[129]Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, en *Lacruz y otros, Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, vol. 1º*, Barcelona, 1994, p. 156; MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 209; MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, pp. 40-41.

[130]Cfr. MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 210.

[131]HERNÁNDEZ GIL hace referencia a los efectos del plazo en las obligaciones de tracto instantáneo y en las de tracto sucesivo: «El plazo consiste en la fijación de un período de tiempo dentro del cual ha de realizarse la prestación. Si la prestación es de tracto instantáneo -como puede serlo el pago de un precio- significa que en cualquier momento comprendido dentro del plazo el deudor puede realizar la prestación, si bien al acreedor no le asiste el derecho a exigir el cumplimiento antes del vencimiento. Si la prestación es de tracto sucesivo o periódica, el plazo actúa, no como medio de diferir el cumplimiento, sino como medio de determinar el tiempo durante el cual han de estar produciéndose los efectos del cumplimiento. Así en el contrato de arrendamiento, durante todo el plazo o período de vigencia, las obligaciones se mantienen en constante situación de cumplimiento. Los intereses de un préstamo se devengan en función del tiempo, etc.». Cfr. op. cit. en nota 2, pp. 428-429; vid. asimismo MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, pp. 11-12.

cumplimiento continuado o de cumplimiento periódico[132].

En el primer supuesto, en las obligaciones de hacer a término inicial de cumplimiento instantáneo[133], el deudor tiene, hasta el momento del vencimiento, la obligación de garantizar el posterior cumplimiento de la obligación y, hasta la efectiva exigencia del acreedor, está legitimado para cumplir, o lo que es lo mismo, tiene la facultad de realizar la prestación[134]. Por ello, el deudor conoce, desde el instante en el que la obligación nace, el momento en el que ha de ejecutar la prestación, y hasta ese momento su deber es el de asegurar la subsiguiente ejecución de la misma.

Llegado el momento del vencimiento de la obligación, la prestación, que habrá de cumplirse en un solo acto, de modo súbito e instantáneo, deviene exigible y la facultad del acreedor de exigir el cumplimiento se actualiza[135]. Desde el momento en que el acreedor requiere de cumplimiento al deudor, éste deberá realizar la prestación inmediatamente, y el no cumplimiento de la prestación determina su constitución en mora de modo instantáneo. Es la exigencia de la prestación por parte del acreedor, la que califica la omisión de la

---

[132]Cfr. MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 431.

[133]Por ejemplo, la obligación de un fontanero de desatascar una tubería o el lavabo.

[134]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 423.

[135]VALSECCHI señala que la obligación de cumplir nace con la misma obligación, pero solamente cuando tal obligación se actualiza y el deudor debe concretamente ejecutar la prestación y el acreedor puede exigirla, es configurable el retardo. «Para indicar este momento alguna vez se ha usado, impropiamente, la formula del vencimiento de la obligación; pero lo que vence -ha sido correctamente observado- no es la obligación, sino el término para el cumplimiento, determinando aquella situación universalmente conocida con el nombre de exigibilidad *-esigibilità-*. Más precisamente, se califica como exigible *-esigibile-* la prestación en relación a la cual el acreedor tiene actualmente el poder de pretender, poder que surge inmediatamente si la obligación es sin término, o con término a su favor, o bien al momento del vencimiento si el término es a favor del deudor o de ambas partes. El reverso de esto, está constituido por el concepto de exigibilidad *-eseguibilità-*, término con el cual se indica el poder del deudor de ejecutar la prestación, que surge inmediatamente si el término ha sido establecido a su favor, o bien al vencimiento, si el término es a favor del acreedor o de ambos. En sustancia, con los citados conceptos se indica el momento en el que nacen los respectivos poderes de las partes y los presupuestos para su ejercicio. Interesa aquí, sobre todo, la exigibilidad *-esigibilità-* cuyo aspecto correlativo consiste en la actualidad de la obligación de prestar del deudor: se trata de perfiles diversos del mismo concepto, referidos a la diversa posición del acreedor o del deudor, y que, aún lógicamente distintos, están caraterizados por su coincidencia cronológica. En otra palabra, la relación de correlatividad entre el poder de exigir y el deber de cumplir presupone necesariamente la identidad del momento en el que la pretensión puede ser hecha valer y la correspondiente obligación debe ser cumplida». Cfr. op. cit. en nota 46, p. 245; vid. también BARAONA, op. cit. nota 53, pp. 29 y ss.

prestación como infracción obligacional o de ilícito contractual, en este caso, de mora[136].

En la obligación de hacer a término inicial, de cumplimiento instantáneo, el deudor incurre inmediatamente en mora tras el requerimiento del acreedor, pues hasta ese momento ya había disfrutado de un plazo, en el que su obligación consistía en la preparación y en la realización de todos aquellos actos necesarios para la verificación posterior del cumplimiento en el día señalado para el vencimiento del término. Por lo tanto, al disponer de un lapso temporal anterior a la llegada del día del vencimiento, no se ve razón alguna por la que deba concedérsele un segundo período, tras el requerimiento, para la ejecución de una prestación de la que no se desprende, según su propia naturaleza, la necesidad de un tiempo para su cumplimiento, pues ésta debe ejecutarse de modo inmediato.

Las obligaciones de hacer a término inicial, de cumplimiento duradero, no pueden ejecutarse sino en virtud del transcurso de un cierto espacio temporal[137]. Cabe, asimismo, subdistinguirlas en obligaciones continuadas y periódicas[138].

La obligación de hacer a término inicial, de cumplimiento continuado, supone la realización, sin solución de continuidad, de una única prestación, que se prolonga en un determinado intervalo temporal[139].

Llegado el vencimiento del término, el deudor habrá de proceder al cumplimiento de la obligación, lo que precisará, para su efectivo cumplimiento, del desarrollo de una determinada conducta en un concreto lapso de tiempo[140]. La exigencia, por parte del acreedor, del cumplimiento de la obligación, supone que el obligado ha de iniciar el despliegue de su conducta de cumplimiento que, como se ha dicho, requiere del transcurso de un intervalo temporal específico para su desenvolvimiento.

De este modo, tras la intimación creditoria, no debería considerarse que el deudor

---

[136]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 422.

[137]Vid. STARCK, op. cit. en nota 112, p. 37; RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit. en nota 129, p. 155; CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 268; MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 430.

[138]Vid. MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 112, pp. 96 y ss.

[139]Vid. MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 431.

[140]Se podrían señalar, como ejemplos, la obligación consistente en el suministro de energía y la obligación de conservación y custodia en el comodato.

incurre inmediatamente en mora, pues precisa de un tiempo, el estrictamente necesario, para cumplir, para desarrollar la conducta que suponga la ejecución completa de la prestación debida.

Este plazo habrá de ser el rigurosamente necesario para el cumplimiento, pues de otro modo, la prolongada tardanza o dilación de la conducta solutoria, podría ocasionar o bien una imposibilidad física o legal de la prestación -artículo 1.184 del Código civil[141]- o bien que el acreedor perdiera todo interés en una ejecución tardía de la obligación.

Así, para la consideración del adecuado período temporal que el deudor requiere para cumplir, será necesario acudir, entre otros factores tales como, por ejemplo, los usos y la costumbre aplicable, la naturaleza de la prestación, el lugar de cumplimiento, la época en que el mismo ha de llevarse a cabo, el modo de ejecución de la prestación, etc., a las reglas que se infieren del principio de la buena fe[142].

En cuanto a la obligación de hacer a término inicial, de cumplimiento periódico, supone para el deudor el desarrollo, a partir de la llegada del *dies a quo*, de una serie de actuaciones repartidas en intervalos temporales, o de modo regular, o bien de manera discontinua a petición de alguna de las partes, o según se requiera[143].

Estas prestaciones, que el deudor ha de ejecutar regularmente, pueden agotarse en un solo acto, o bien precisar el ejercicio de un comportamiento en un concreto espacio temporal. En ambas hipótesis se aplicarán las mismas soluciones señaladas anteriormente para las obligaciones a término inicial de cumplimiento instantáneo y de cumplimiento continuado. Es decir, en el primer supuesto, el deudor se constituirá en mora de modo inmediato, tras recibir la interpelación del acreedor, y en el segundo caso, se considera

---

[141]Artículo 1.184 del Código civil. «También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible».

[142]Vid. DÍEZ-PICAZO que, respecto a la buena fe, como fuente de integración del contrato, indica lo siguiente: «En su aplicación al régimen de una relación contractual la buena fe constituye un criterio de determinación del alcance de las prestaciones contractuales y de la forma y modalidades del cumplimiento, y una fuente de creación de deberes accesorios del deber principal de prestación [...] La regla de la buena fe se dirige también al acreedor o titular de derecho subjetivo en virtud de la relación contractual, imponiéndole formas y modalidades del acto de ejercicio de su derecho y estableciendo para él determinados límites, más allá de los cuales el acto de ejercicio del derecho se convierte en abusivo y puede ser repelido por el obligado». Cfr. op. cit. en nota 80, p. 437.

[143]Vid. MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 431; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 112, p. 96.

conveniente conceder al obligado un lapso temporal adecuado, y estrictamente necesario, para proceder a la efectiva ejecución de la prestación.

Finalmente, en las obligaciones de hacer con término final de cumplimiento, éste último indica el momento de expiración de la relación obligatoria. Así que, por su propia naturaleza, no puede constituirse un término final en las obligaciones de tracto único, pues en ellas se agota la prestación misma en el instante preciso del cumplimiento[144].

Por ello, llegado el momento del vencimiento de la obligación -*dies ad quem*-, ésta ha de estar completamente cumplida[145], de tal modo que si ésta no se encuentra ejecutada en el momento del vencimiento, la interpelación del acreedor produciría la constitución inmediata en mora del obligado, en cuanto ésta llegue a su conocimiento, puesto que no cabe, como ya ha sido señalado, conceder al deudor, a partir del acto de la intimación, un segundo plazo para cumplir una obligación que, en principio, había tenido que estar cumplida en la fecha prevista para ello.

---

[144]Cfr. MONTÉS PENADÉS, op. cit. en nota 3, p. 71.

[145]En la obligación consistente en pintar un determinado domicilio, para finalizarlo a partir de tres semanas contadas desde una determinada fecha. El término inicial sería el día pactado para el comienzo de la actividad de pintura, el término final estaría constituido por el día convenido para la finalización de las obras, es decir, tres semanas después de haber comenzado tal actividad.

2. LAS CONSECUENCIAS DEL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER

2.1. EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER DE MEDIOS Y DE RESULTADO

Ya se ha señalado, en el capítulo anterior, cuales son el concepto, los caracteres y los efectos del retraso jurídicamente relevante. Por ello, en este epígrafe, nos ceñiremos exclusivamente a la aplicación de las reglas, vistas con anterioridad, a las obligaciones de hacer de medios y de resultado.

El retraso, es un tipo de incumplimiento de la obligación que surge si, llegado el momento en el que el deudor ha de ejecutar la prestación a su cargo, éste no cumple. Se caracteriza por la posibilidad y la viabilidad de un cumplimiento posterior, es decir, éste no sólo ha de ser objetivamente posible, sino que, además, ha de conservarse, de igual modo, el interés del acreedor en el cumplimiento tardío.

Mora y retraso no son dos conceptos jurídicos que puedan equipararse, puesto que en mora se encontrará aquel deudor incumplidor a quien su acreedor haya exigido el cumplimiento de su deuda, salvo que por ley, convención o por la naturaleza y circunstancias de la propia obligación se haya prescindido del requerimiento de forma expresa o tácita[146].

La constitución en mora actúa única y exclusivamente dentro del sistema de riesgos, lo cual supone que con ella surge la llamada *perpetuatio obligationis*, o traslación de los riesgos de perecimiento de la cosa o de imposibilidad física o jurídica de la prestación al deudor que se halle en esta situación. De este modo, aquél no podrá exonerarse de la responsabilidad, que pudiera corresponderle por incumplimiento, si acredita que tal infracción estuvo motivada por la concurrencia de un suceso imprevisible e inevitable o, lo que es lo mismo, por el acaecimiento de un caso fortuito. Si, tras su constitución en mora, la prestación deviene sobrevenidamente legal o físicamente imposible o la cosa se pierde o

---

[146]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 620 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 344 y ss.

se destruye, con o sin su culpa, deberá cumplir por el equivalente, así como indemnizar por los daños y perjuicios que tal imposibilidad hubiera ocasionado al acreedor.

Por otro lado, el retraso en el cumplimiento de la obligación reúne las siguientes particularidades: la no observancia de la modalidad relativa al tiempo de cumplimiento, la incertidumbre acerca de una posterior ejecución de la prestación y, por último, por la posibilidad objetiva de un cumplimiento extemporáneo y de una tardía satisfacción del interés del acreedor[147].

Todo supuesto de incumplimiento que no reúna las anteriores características, deberá ser considerado como incumplimiento definitivo, parcial o defectuoso[148], pero no como retraso.

2.1.1. PRELIMINAR

En las obligaciones de hacer cabe la distinción de las mismas en dos grandes categorías, de medios y de resultado, según la diferente manera de configurar su objeto, por la diversa manera de definir el contenido de la prestación que el deudor ha de ejecutar[149]. Se ha observado, en este sentido, que lo que permite instaurar tal clasificación es la mayor o menor amplitud de lo debido por el deudor respecto del interés primario del acreedor[150].

---

[147]Cfr. BARAONA, op. cit. en nota 53, pp. 27 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 419.

[148]Señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que el incumplimiento defectuoso podrá configurarse como incumplimiento temporal si cabe la posibilidad de una corrección posterior del mismo. Y en los incumplimientos definitivos y en los parciales, continúa la autora: «pueden estar incluidos los retrasos que no tengan posibilidad de cumplimiento tardío o cuyo objeto de prestación sea divisible en el tiempo, de tal forma que aun habiendo un incumplimiento definitivo respecto de una de las partes, las restantes todavía pueden cumplirse con posterioridad». Cfr. op. cit. en nota 25, p. 419.

[149]Vid. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente)*, Anuario de Derecho Civil, 1991, p. 6; CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 9 y 47; TUNC, *La distinction des obligations de resultat et des obligations de diligence, Juris Classeur Périodique (Semaine Juridique)*, 1945, I, 449, nº 2; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (Studio critico)*, Rivista del Diritto Commerciale, 1954, pp. 188-189.

[150]Vid. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 173; MENGONI, a este respecto indica que esta separación de las relaciones obligatorias en dos categorías, se caracteriza por una mayor o menor correspondencia del término final de la obligación -resultado debido- con el término inicial, esto es, con el interés del cual la obligación trae origen. Op. cit. en nota 149, p. 188.

En las obligaciones de medios o de actividad tal interés primario del acreedor no forma parte del contenido de la prestación del deudor[151]. En este caso, el contenido de la prestación se agota en el desarrollo, en favor del acreedor, de una determinada actividad o conducta diligente, sin que la consecución del fin al que tal conducta se encuentra orientada forme parte de lo debido por el deudor[152].

La actividad jurídicamente debida prescinde de la nota de obtención del resultado. El deudor únicamente se compromete a actuar diligentemente, no a procurar el resultado al que, desde un punto de vista teleológico, tal actividad estaría encaminada[153].

La actividad del deudor se constituye, por sí misma, en prestación, de tal modo que la obligación se entiende cumplida tanto si la actividad debida ha logrado el resultado que habitualmente produce, como si, por el contrario, la misma ha sido ineficaz en la obtención de tal finalidad[154].

---

[151]Apunta MENGONI que el interés-presupuesto de la obligación está siempre orientado a la modificación o a la conservación de una situación de hecho inicial. Pero no siempre el objeto de la cualificación jurídica, o sea, el contenido de la relación obligatoria, coincide con la realización de este interés que podría denominarse primario. «Alguna vez la tutela jurídica, que es la medida del "*dover avere*" del acreedor, está circunscrita a un interés instrumental, a un interés de segundo grado que tiene como objeto inmediato una actividad del deudor capaz de promover la realización del interés primario. En tales hipótesis el fin tutelado, esto es precisamente el resultado debido, no es más que un medio en la serie teleológica que constituye el contenido del interés primario del acreedor». Cfr. op. cit. en nota 149, pp. 188-189; vid. también JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 150, p. 173.

[152]En este sentido, MENGONI observa que el objeto del derecho de crédito en las obligaciones de medios no es una cierta modificación o conservación de la situación-presupuesto de la relación y, por ello, la efectiva satisfacción del interés primario del acreedor, «sino solamente la producción de una serie más o menos amplia de modificaciones intermedias a las que está condicionada la posibilidad de tal satisfacción. Lo que se espera del deudor, a fin de que la obligación pueda decirse cumplida, es un comportamiento idóneo para iniciar un proceso de modificación (o de conservación), cuyo fin depende, por otro lado, de condiciones ulteriores, extrañas a la esfera del vínculo». Cfr. op. cit. en nota 149, p. 189; vid. igualmente JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 150, p. 173; CABANILLAS, op. cit. en nota 149, p. 29; MORENO QUESADA, *Problemática de las obligaciones de hacer*, Revista de Derecho Privado, 1976, p. 475; YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, p. 254; STARCK, op. cit. en nota 112 p. 340.

[153]Vid. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, p. 513; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 475; CABANILLAS, op. cit. en nota 149, pp. 29-30.

[154]A este respecto observa BADOSA lo siguiente: «El principio de que determinadas actividades se elevan a prestación debida, excluyendo como requisito su resultado material es corriente en aquellas que se caracterizan por la nota de administración o gestión de intereses totalmente (mandato, gestión oficiosa) o parcialmente (sociedad) ajenos. Su resultado perseguido es el éxito económico y, por tanto, el beneficio del titular de los intereses gestionados. Sin embargo, este resultado material no se eleva a exigencia de la prestación ni, por consiguiente, del cumplimiento extintivo. El motivo último de prescindir de dicho resultado, es que entre la actividad debida y el resultado útil existe siempre una fractura, determinada por la posible intervención de elementos ajenos tanto a la previsión del gestor como a la del titular del interés, que hacen del beneficio económico un resultado materialmente

El deudor cumple desplegando la actividad diligente -técnica o común- debida. Conducta que constituye el fin o resultado útil para el acreedor y que, efectivamente, se dirige hacia la consecución de un resultado -ulterior o último-, pero que no forma parte de la prestación, no está *in obligatione*. De este modo, el deudor cumple cuando ejecuta la actividad diligente debida, aunque no se consiga el resultado al que la misma tiende[155].

Por contra, en las obligaciones de resultado, el deudor no se obliga únicamente a desarrollar una determinada actividad diligente para la consecución de un concreto resultado, sino que es el alcance de tal resultado lo que integra el contenido de la prestación a la que está obligado, lo debido por éste[156].

El resultado debido consiste en la realización final en la que se resuelve, con plena satisfacción, el fin económico del acreedor, el interés que ha determinado la aparición del vínculo[157].

El cumplimiento coincide con la plena realización del objeto perseguido por el acreedor, independientemente de la actividad y de la diligencia desplegada por el deudor para conseguirlo[158]. El deudor ha de garantizar la obtención del resultado que constituye el interés primario del acreedor[159].

Por ello, en las obligaciones de resultado, en relación a su cumplimiento, no basta que el deudor ejercite un comportamiento diligente, destinado a la obtención de un concreto *opus*[160], sino que se requiere que éste se alcance, pues su logro integra la prestación del

---

incierto o aleatorio». Cfr. op. cit. en nota 153, p. 513.

[155]Indica YZQUIERDO TOLSADA que ello es así porque normalmente el resultado perseguido por el acreedor, y que el deudor se esforzará en alcanzar, es demasiado aleatorio. Vid. op. cit. en nota 152, p. 254; en el mismo sentido CABANILLAS, op. cit. en nota 149, p. 30; vid. asimismo, JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 21.

[156]Vid. STARCK, op. cit. en nota 112, pp. 339 y ss.; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 246; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 7.

[157]Cfr. MENGONI, op. cit. en nota 149, p. 190.

[158]Cfr. SANTORO, *La responsabilità contrattuale*, Padova, 1992, p. 199.

[159]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 149, p. 30; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 150, p. 174; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 475.

[160]*Opus*: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio. Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 7.

deudor, y sin éste no puede considerarse que aquél haya cumplido[161].

La relevancia de la distinción se emplaza en el ámbito de lo que puede considerarse como cumplimiento de la obligación[162].

De este modo, el concebir a las obligaciones de hacer de medios y de resultado como dos modos diferentes de entender el contenido de la obligación, tiene como consecuencia que, asimismo, existan dos maneras de conformar, como ya se ha visto, el cumplimiento de tales obligaciones[163].

De la repercusión de tal distinción en el plano del cumplimiento de la obligación se deduce, directamente, la importancia de la misma en el contexto del incumplimiento y en el terreno de la responsabilidad derivada de tal infracción obligacional[164].

Es el contenido de la propia obligación, aquello a lo que el deudor está obligado, lo que va a determinar, por un lado, cuándo ha de entenderse que la obligación ha sido cumplida y, por otro, en qué supuestos concretos no ha habido cumplimiento de la misma[165].

En este sentido, la prestación es, al mismo tiempo, magnitud del exacto cumplimiento y medida del no exacto cumplimiento, puesto que todo aquello que no sea estricta realización de la prestación debida, según el programa de prestación inicialmente pactado por las partes, debe ser considerado como incumplimiento de la obligación[166].

---

[161]Cfr. MENGONI, op. cit. en nota 149, p. 190; vid. TUNC, op. cit. en nota 149, nº 3; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 23; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 475; YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. en nota 152, p. 254.

[162]El cumplimiento de la obligación debe estimarse como la realización exacta, por parte del deudor, del programa de prestación pactado. Realización exacta de la prestación debida que deberá ajustarse a los términos en que tal programa de conducta fue originalmente concebido. Vid. a este respecto DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 348; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 20.

[163]Vid. LOBATO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, Anuario de Derecho Civil, 1992, p. 714; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 21 y en op. cit. en nota 150, p. 174.

[164]Vid. LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 163, p. 714; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 24.

[165]Cfr. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 24.

[166]JORDANO FRAGA, a este respecto, señala que este no cumplimiento exacto de la prestación constituye el punto de partida para el juicio de responsabilidad contractual. «En efecto, es no-cumplimiento para cada obligación, según el artículo 1.101 Cc., cualquier modo de contravención de su tenor: es decir, todo lo que no sea exacta realización de la prestación debida, tal y como ésta se haya definido para esa determinada obligación». Cfr. op. cit. en nota 149, p. 24.

2.1.2. EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER DE MEDIOS

Para cierto sector de la doctrina, la existencia de la distinción en obligaciones de medios y de resultado, según el modo de entender- definir su objeto, tiene como consecuencia necesaria la bipartición del sistema de la responsabilidad contractual en dos categorías, regidas cada una de ellas por reglas opuestas[167].

En esta línea, la responsabilidad contractual en las obligaciones de medios estaría basada en la culpa del deudor, y correspondería probarla al acreedor. Por el contrario, en las obligaciones de resultado, el deudor responde por la falta de ese concreto *opus* debido, y cuyo defecto deberá ser acreditado por el acreedor, mientras que será el obligado el que, para exonerarse de responsabilidad, habrá de demostrar la concurrencia del caso fortuito.

De esta manera, se señala que en las obligaciones de medios la culpa del deudor ha de ser probada, y en las de resultado, sin embargo, esa culpa se presume por la simple falta de obtención del resultado debido. En este último caso, incumbe al deudor la destrucción de tal presunción mediante la prueba en contrario del caso fortuito o la fuerza mayor[168].

---

[167]VINEY indica que se habla en la doctrina francesa de dos reglas de responsabilidad antagónicas, la del primer párrafo del artículo 1.137 del *Code* civil francés, que supone que la responsabilidad contractual se basa en la culpa del deudor, y la del artículo 1.147 del mismo texto legal, que implica que el deudor ha de probar la concurrencia del caso fortuito (causa extraña, *cause étrangère*) para eludir su responsabilidad. Vid. *Traité de Droit civil sous la direction de Ghestin, Vol. IV, Les obligations. La responsabilité: Conditions*, París, 1962, p. 627.

Artículo 1.137, párrafo primero, *Code* civil francés. «*L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille*».

«La obligación de velar por la conservación de la cosa, sea que el convenio no tenga por objeto mas que una utilidad para una de las partes, sea que tenga por objeto una utilidad común, somete al que tiene tal carga a observar todos los cuidados de un buen padre de familia».

Artículo 1.147 *Code* civil francés. «*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*».

«El deudor es condenado, si procede, al abono de daños y perjuicios, sea por razón del incumplimiento, sea por razón del retardo en la ejecución, cada vez que no justifique que el incumplimiento proviene de una causa extraña que no le pueda ser imputada, aunque no haya mala fe alguna de su parte».

[168]Cfr. VINEY, op. cit. en nota 167, p. 629; PLANCQUEEL, *Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1972, pp. 335 y ss.; LÉGIER, *Responsabilité contractuelle, Encyclopédie Droit Civil Dalloz*, nº 58, París, 1989, p. 20, nº 169; DERRIDA, *Obligations, Encyclopédie Droit Civil Dalloz, nº 47*, París, 1973, p. 4, nº 49; STARCK, op. cit. en nota 112, pp. 339 y ss.; WEILL et TERRÉ, *Droit*

No obstante, se ha observado que tal planteamiento es inexacto[169]. Se considera, en esta línea, que en ambos tipos de obligaciones, medios y resultado, se aplican los mismos principios generales en orden a la responsabilidad contractual y a la carga de la prueba.

Existe un único sistema de responsabilidad contractual que es el fijado por los artículos 1.105[170] y artículos 1.182[171] y 1.184[172] y concordantes del Código civil[173]. Tal sistema es aplicable a todos los tipos de incumplimiento contractual, ya sea el total, el inexacto o el retardado. Dicha regla establece un único límite a la responsabilidad contractual, para toda clase de obligaciones, límite constituido por la inimputabilidad del incumplimiento al deudor[174].

---

civil. Les obligations, París, 1975, pp. 431-432.

[169]Cfr. JORDANO FRAGA, *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1985, p. 73.

[170]Artículo 1.105 del Código civil. «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».

[171]Artículo 1.182 del Código civil. «Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora».

[172]Artículo 1.184 del Código civil. «También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible».

[173]Señala, en este sentido, PANTALEÓN que la primera proposición de un Derecho del incumplimiento contractual coherente debe ser la uniformidad de sus normas, susceptibles de ser aplicadas a cualquier obligación y a cualquier tipo de contravención de la misma. «La primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u originaria, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en éste la evicción y las cargas o los vicios ocultos de la cosa vendida, los defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido, y los llamados «vicios ruinógenos» en el contrato de obra». Cfr. *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, Anuario de Derecho Civil, 1993, pp. 1720-1721; vid, igualmente, JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 169, p. 73 y en op. cit. en nota 150, p. 459.

[174]Vid. JORDANO FRAGA que observa que el límite legal a la responsabilidad contractual del deudor por incumplimiento de la obligación a su cargo, está constituido por la imposibilidad sobrevenida de la prestación por una causa no imputable al mismo. Vid. op. cit. en nota 150, p. 459; vid. también, respecto al límite de la responsabilidad contractual, las conclusiones de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 375 y ss.; en contra de la tesis de JORDANO se pronuncia PANTALEÓN, que señala lo siguiente: «No hay, en mi opinión, base alguna para sostener que los artículos 1.182 y 1.184 CC agotan los supuestos en que el deudor no responde del daño derivado de la falta de cumplimiento: se limitan a indicar, *contrario sensu*, los casos en que el deudor (no queda liberado porque) ha de responder del daño provocado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Y con el artículo 1.105 CC en la mano -cuyo tenor, a diferencia del de art. 1218 CC italiano, en modo alguno condiciona la exoneración del deudor a la imposibilidad de la prestación-, creo obvio que, en nuestro Derecho, el deudor no responderá del daño causado por un incumplimiento que no le sea imputable, aunque, en el momento

En cuanto a la carga de la prueba, en virtud del artículo 1.214 del Código civil[175], al acreedor que pretende la responsabilidad de su deudor incumbe la carga de la prueba de los hechos en los que fundamenta su pretensión. De este modo, el acreedor habrá de probar el vínculo obligatorio que le une al deudor, la infracción de la obligación, en cualquiera de sus formas y los daños que tal incumplimiento le haya causado[176].

El deudor puede eludir su responsabilidad, bien mediante la refutación del fundamento mismo de la pretensión creditoria[177] o, admitido el incumplimiento, a través de la específica contraprueba liberatoria: la inimputabilidad de la infracción-contravención de la prestación[178].

De esta manera, se señala que el sistema dual de responsabilidad contractual de la doctrina francesa es incorrecto por dos motivos. En primer lugar, la culpa que el acreedor ha de probar en la obligación de medios es semejante a la que ha de acreditar en las obligaciones de resultado y que, en este último caso, consiste en la falta de obtención del *opus* debido. Por tanto, en ambos supuestos, el acreedor ha de probar el hecho del incumplimiento[179]. En segundo lugar, acreditado el incumplimiento de una obligación, sea

---

de tal incumplimiento, la prestación siga siendo objetivamente posible. Quien condicione la irresponsabilidad del deudor a la imposibilidad de la prestación, se verá abocado, para evitar soluciones absurdas, a «ampliar el concepto de imposibilidad según la buena fe», o más sinceramente a deformar el concepto de imposibilidad hasta hacerlo irreconocible; que es lo que sistemáticamente ha venido haciendo la jurisprudencia italiana en la aplicación del artículo 1218 del *codice civile*». Cfr. *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, Anuario de Derecho Civil, 1991, pp. 1044-1045.

[175]Artículo 1.214 del Código civil. «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone».

[176]Vid. LOBATO GÓMEZ, op. cit. en nota 163, p. 729; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 169, pp. 61-62.

[177]Argumentar y probar que no hubo contrato, o que la prestación se realizó, o se realizó a tiempo o de forma correcta. Cfr. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 169, p. 63.

[178]Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, pp. 1044 y ss. y pp. 1060 y ss. y esp. en pp. 1067-1068; vid. asimismo, JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 169, p. 63.

[179]Lo que ocurre es que debido al diverso contenido de ambas obligaciones, una actividad diligente, por un lado, y un resultado concreto, por otro, será igualmente diferente el ámbito de la carga de la prueba de acreedor y deudor, pero las reglas aplicables, en estos supuestos, serán las mismas. En este sentido, indica JORDANO FRAGA lo siguiente: «en el ámbito circunscrito de las obligaciones de medios, como consecuencia del propio contenido de éstas, la diligencia es, por un lado, positivamente criterio de (exacto) cumplimiento de tales obligaciones y, por otro, como consecuencia necesaria y lógica de lo anterior, negativamente, ahora como culpa-negligencia, es una concreta forma (una entre otras posibles: inexacto cumplimiento) de infracción-contravención

de medios o de resultado, no queda definitivamente fijada la responsabilidad del deudor, éste puede liberarse si aporta la prueba liberatoria del caso fortuito o la fuerza mayor[180].

Por otro lado, en las obligaciones de medios, como en cualquiera otra, el deudor puede infringir su obligación no realizándola puntualmente en el tiempo señalado en la misma. Supone, por tanto, que el deudor ha retrasado el cumplimiento de su obligación. Retraso que, en este sentido, se caracteriza por la presencia de los siguientes presupuestos: que la deuda haya vencido[181], y que llegada tal fecha, el deudor no haya ejecutado la prestación.

Si, por otro lado, el plazo de cumplimiento es esencial, no cabe reputar el no cumplimiento a tiempo como retraso, sino como incumplimiento definitivo.

También, como requisitos del retraso, se ha indicado que debe reunir la notas de ilicitud y de incertidumbre acerca de su posible cumplimiento posterior[182].

El modo en el que particularmente se define el objeto de la obligación de medios,

---

de tales obligaciones (art. 1.101 Cc.). En las *obligaciones de hacer de resultado*, será, en forma correlativa a lo visto para las de medios, su propio específico contenido, el que determine cuándo hay infracción-contravención de la obligación *ex* art. 1.101 Cc., por parte de su deudor: o sea, siempre que no se realice por éste el exacto y concreto *opus* debido: falta absoluta, falta parcial, retraso o inexactitud del cumplimiento debido. También, por tanto, entre obligaciones de medios y de resultado, al igual que en el terreno del cumplimiento, existe, lógicamente, paralelismo en el ámbito de su infracción-no cumplimiento: hay infracción, como en cualquier obligación, donde no hay exacto cumplimiento, y es la distinta forma de configurar éste, de definir la prestación, en cada caso, lo que, a su vez, se traduce, por fuerza, en distintas configuraciones de los supuestos de infracción de las respectivas obligaciones». Cfr. op. cit. en nota 149, pp. 25-26 y en op. cit. en nota 169, p. 73 y en op. cit. en nota 150, pp. 459 y ss.

[180]Vid. a este respecto, la consideración del concepto de caso fortuito de PANTALEÓN en op. cit. en nota 174, pp. 1064 y ss.; vid. asimismo, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 374 y ss.; BADOSA, *Comentario al artículo 1.105 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 42; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 169, p. 73 y en op. cit. en nota 149, pp. 26 y ss.

[181]Asimismo, se ha señalado, en la línea de diferenciar entre vencimiento y exigibilidad (dos conceptos que no tienen un mismo significado. Vencimiento indica el momento a partir del cual ha de procederse al cumplimiento de la obligación, pero no supone que la llegada del mismo determine el momento del incumplimiento, puesto que es la exigibilidad de la prestación la que califica tal omisión como ilícito contractual), que un requisito necesario para considerar relevante el retraso es la efectiva exigibilidad de la deuda. «Pero en las demás obligaciones (las que no están sometidas a término esencial) es necesario determinar el momento en que la omisión del comportamiento debido ha de ser considerada como infracción obligacional o incumplimiento contractual. Para ello es necesario que la obligación devenga exigible y que efectivamente se exija. Este momento de la efectiva exigencia o reclamación del cumplimiento por parte del acreedor es lo que determina el momento del incumplimiento y lo que a su vez hace efectivo el traslado de los riesgos al obligado. Antes de ese momento el deudor no puede ser considerado responsable de su retraso, porque carece de los presupuestos legales necesarios para otorgarle la calificación de ilícito contractual y, en consecuencia, no surgirán los efectos típicos del incumplimiento». Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 420 y ss. 425 y 433.

[182]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 424-429.

implica que, en la infracción consistente en el retraso en el cumplimiento, el deudor no ha ejecutado la actividad o el comportamiento instrumental que constituía el objeto de la prestación, conducta dirigida a la consecución de un concreto opus que no está *in obligatione*, en el momento en el que la misma debía ser realizada.

Para los partidarios de un sistema dual de responsabilidad contractual[183], la no realización a tiempo, por parte del deudor, de la actividad debida, supone la necesidad para el acreedor de probar la culpa o negligencia del obligado por la falta de cumplimiento. Por su parte, el deudor, para exonerarse de la responsabilidad que tal omisión le pueda originar, deberá acreditar la ausencia de culpa en tal retraso, o lo que es lo mismo, la diligencia[184].

Por otro lado, y en este misma línea, algún autor ha señalado que el retraso en el cumplimiento de las obligaciones de medios, o de alguna de las actividades a las que se obligó el deudor, se constituiría en un destacado presupuesto para presumir la culpa del obligado, a los fines indemnizatorios a que hubiere lugar[185]. Lo que permitiría al deudor la posibilidad de liberarse de su responsabilidad mediante la prueba de haber actuado con la

---

[183]Vid. autores citados en la nota 168.

[184]Indica JORDANO FRAGA, a este respecto, lo siguiente: «De este modo, como fácilmente se comprende, nos encontramos ante un sistema de responsabilidad contractual no unitario, sino dual o plural: no existe un único fundamento de la responsabilidad contractual, ni tampoco una única prueba liberatoria del deudor no cumplidor (un único límite de la responsabilidad contractual), sino que uno y otra variarían según cuál sea el sistema de responsabilidad contractual aplicado. Mientras en las obligaciones de medios -en el sistema de responsabilidad contractual asentado en la diligencia- fundamento de la responsabilidad contractual es la culpa o negligencia del deudor (*culpa probada* por su acreedor), y basta para la exoneración de la responsabilidad contractual la ausencia de culpa (la diligencia); en cambio, en las obligaciones de resultado -en el sistema de la responsabilidad contractual de las normas del caso fortuito- fundamento de la responsabilidad contractual es la infracción en cualquier modo de la obligación: la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, del resultado debido *(culpa presunta* del deudor, que su acreedor no tiene que demostrar), y la prueba liberatoria del deudor no cumplidor viene constituida por el caso fortuito (imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente, por una concreta causa no imputable al deudor; siendo legalmente el criterio general -pero no único- de imputación, la diligencia, el caso fortuito puede definirse aproximativamente como "imposibilidad sobrevenida e inculpable de cumplir o de hacerlo exactamente por parte del deudor")». Cfr. op. cit. en nota 149, pp. 38-39.

[185]Vid. en este sentido, LÓPEZ CABANA que apunta que el no cumplimiento del objeto de las obligaciones de medios, permite presumir la culpa del deudor. Al mismo tiempo hace referencia a los autores que han destacado la sencillez de acreditar la falta de culpa, consistente en probar haber obrado con la prudencia y diligencia debidas. «Esto justifica que quepa al deudor la posibilidad de eximirse de responsabilidad acreditando sólo el haber cumplido con los deberes de una normal diligencia». Cfr. op. cit. en nota 4, pp. 122-123.

diligencia y la prudencia debidas[186].

Frente a ello, como ya ha sido observado, se han manifestado en contra los partidarios de un sistema único de responsabilidad contractual[187]. En las obligaciones de medios, se señala que la particularidad del concreto contenido de su objeto, supone que éste viene definido con arreglo a un modelo de comportamiento diligente[188]. La diligencia, como

---

[186]Vid. LÓPEZ CABANA, op. cit. en nota 4, pp. 122-123; VINEY, op. cit. en nota 167, pp. 629 y ss.; PLANCQUEEL, op. cit. en nota 168, p. 335 y ss.; LÉGIER, op. cit. en nota 168, p. 20; DERRIDA, op. cit. en nota 168, p. 4; STARCK, op. cit. en nota 112, pp. 339 y ss.; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, pp. 431 y ss.

[187]Señala, en este sentido, JORDANO FRAGA, que existe una única regla de responsabilidad que es la que se contiene, en todo caso, en los artículos 1.105, 1.182 y siguientes del Código civil -artículo 1.218 del *Codice civile* italiano-, «sea para el incumplimiento total, el inexacto o el retardado, y que dicha regla estatuye un único límite de la responsabilidad contractual para toda clase de obligaciones, límite constituido por la imposibilidad sobrevenida (total, parcial, temporal) de la prestación por causa no imputable al deudor». Cfr. op. cit. en nota 150, p. 459; en contra, se manifiesta YZQUIERDO TOLSADA que indica que únicamente cabe aplicar a las obligaciones de resultado la anterior regla de responsabilidad contractual, y su límite constituido por la imposibilidad sobrevenida no imputable, pues, para este autor, en las obligaciones de resultado, la prueba del incumplimiento objetivo de la prestación, descarta el análisis de la culpa del deudor. De este modo, apunta el autor que las obligaciones de resultado son las únicas en las que procede la posibilidad de incumplimiento (no obtención de resultado exigible) no imputable (por la concurrencia probada de un caso fortuito como circunstancia impeditiva que imposibilitó objetivamente la consecución de dicho resultado), «pero no en las de medios o actividad, en donde, una vez probada la negligencia, queda al descubierto un incumplimiento que siempre es imputable al deudor: si el acreedor probó en el pleito *definitivamente* la culpa, ello ya excluye la posibilidad de que el deudor pueda defenderse por medio de la prueba de su ausencia. En las obligaciones de resultado la prueba del incumplimiento objetivo descarta el análisis de la culpa. No porque no la haya, sino porque no nos interesa su evaluación; ni siquiera es que se presuma, es que queda fuera de toda cuestión [...] En las de actividad, por el contrario, ambas partes aportarán sus pruebas. El acreedor tendrá que probar la culpa, pues en ella consiste el incumplimiento (y no en la simple insatisfacción del resultado previsto), y al deudor le cabrá probar la ausencia de culpa (o el *casus* como especie), pero no como respuesta a algo ya probado por su oponente. Lo que no es posible es decir que, una vez probado el incumplimiento, puede el deudor defenderse, pues, probado el incumplimiento de una obligación de medios, éste siempre será imputable. Podrá haber insatisfacción del interés final, pero no habrá satisfacción del interés primario (incumplimiento de la obligación), sino cuando hayan faltado los cuidados diligentes que eran el auténtico objeto del deber. Falta de esta manera, en una pretensión de responsabilidad por incumplimiento de la obligación de actividad, la claridad del juego de «hechos constitutivos *versus* hechos obstativos» que se da en la obligación de resultado [...] Pero en las obligaciones de actividad, el acreedor deberá demostrar una negligencia cometida por el deudor, «y esta prueba y la prueba de la imputabilidad van a ser una misma cosa» [...] Pero -añado- una vez probada (la culpa), ya no le cabe al deudor defensa alguna [...] y una vez probada la culpa (establecido así el incumplimiento) sería absurdo ahora dar al demandado la opción de probar su ausencia (como lo sería la inversa). Como ha afirmado BUERES, una cosa excluye a la otra. ¿O es que puede haber un deudor culpable, pero irresponsable?». Cfr. op. cit. en nota 152, pp. 300-305.

[188]Vid. BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 149; para JORDANO FRAGA este modelo es susceptible de adaptarse a la naturaleza de la prestación, de tal modo que cuando estamos en presencia de prestaciones técnicas, el contenido de lo debido por el deudor -el *facere* diligente- se convierte en la observación de las reglas técnicas del arte, profesión u oficio de que se trate. «La aplicación del criterio de la diligencia con contenido técnico (pericia) deriva, pues, no del ejercicio continuado de la profesión por el deudor, sino de la naturaleza misma de la prestación debida. Es suficiente que el deudor asuma la obligación en calidad de profesional, lo que puede resultar del mismo contrato o de las circunstancias que lo rodean. Esto último será lo más frecuente, como, en especial, el estar inscrito en un Colegio o Asociación de profesionales, el ejercer profesionalmente, o el asumir expresamente una prestación de carácter profesional presentándose públicamente como tal. [...] lo que se exige del profesional es la prestación

modelo de conducta, se convierte, en las obligaciones de medios, en pauta definitoria del exacto cumplimiento[189]. El deudor cumple cuando ha ejecutado la actividad debida formulada como diligencia, aunque el fin último de tal conducta -que no está *in obligatione*, no se incluye en el contenido de la obligación- no se perfeccione[190].

De esta manera, el retraso en el cumplimiento de la obligación de hacer de medios supondría la ausencia o la falta total de la actividad diligente debida, en el momento señalado para la ejecución de la prestación. Prueba que tendría que aportar, con arreglo a los principios generales ya vistos, el acreedor que pretenda exigir responsabilidad al deudor, en tanto que la misma constituiría el hecho integrante de su pretensión, con arreglo al artículo 1.214 del Código civil.

Ahora bien, no basta, para pretender la responsabilidad del deudor acreditar la ausencia de realización de la conducta diligente debida, ya que ésta sería solamente el primer presupuesto para el juicio de responsabilidad, es decir, el hecho del incumplimiento contractual.

Al juicio sobre la exactitud de la prestación, en este caso, ausencia total de la prestación, o de una o alguna de las actividades que constituyen su objeto, ha de seguir el juicio de responsabilidad propiamente dicho, o sea, la determinación de los casos en los que el deudor, a pesar de no haber cumplido, resulta exonerado o liberado de toda responsabilidad[191]. Lo anterior supone, por tanto, la determinación de la imputabilidad del

---

técnicamente correcta, pero dentro de los límites que las circunstancias del caso permitan (no a un concreto deudor, sino, en abstracto, a un profesional -en su caso especialista- medio. Es, en efecto, característica de las obligaciones de actividad, el que los obstáculos o dificultades para prestar son elementos a tener en cuenta en el juicio de valoración del comportamiento debido para determinar su exactitud. [...] En la valoración de la culpa (o de la diligencia) se debe tener *siempre* presente, por un lado, la diligencia exigible de un buen profesional de la categoría que corresponda, y, por otro, las circunstancias del caso, entre ellas su dificultad, con relación a la cual se valora en el caso concreto el comportamiento debido. De forma que si la prestación es difícil, se exigen del profesional sólo aquellos actos, de todos los abstractamente posibles, que se incluyen en la capacidad de un buen profesional de su categoría. Es la diligencia (técnica) normal, valorada teniendo en cuenta la especial dificultad, la que se exige, y no un grado inferior de diligencia, lo que sería absurdo (precisamente cuando mayor dificultad hay, ¿rebajar el nivel de diligencia exigible?)». Cfr. op. cit. en nota 150, pp. 466-471.

[189]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 153, pp. 508 y ss.; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 150, p. 460.

[190]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 153, p. 509; JORDANO FRAGA, op. cit, en nota 150, p. 460.

[191]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 375 y ss.; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 150, p. 461 y en op. cit. en nota 149, p. 27.

deudor en el incumplimiento[192].

De este modo, en las obligaciones de medios, si la prestación de actividad diligente no se realizó en el tiempo establecido para ello, o si se realizó retrasadamente respecto del plazo señalado en la obligación -cumplimiento retrasado-, el deudor no cumplidor no responderá del retraso en el cumplimiento si demuestra que el cumplimiento puntual sobrevino imposible por un impedimento temporal[193] motivado por una concreta causa a él no imputable.

La obligación de hacer de medios supone que el resultado debido es una concreta conducta ajustada a un modelo de comportamiento -técnico o no-. Y en éstas, la falta de actividad diligente debida, no necesariamente determina la responsabilidad del obligado, pues tal ausencia podría estar motivada por un impedimento ajeno a su ámbito de control, imprevisible e inevitable, que le exoneraría de responsabilidad, y cuya prueba incumbe al deudor, por aplicación analógica del artículo 1.183 del Código civil[194] a las obligaciones de hacer[195].

---

[192]Es en este segundo plano en el que se introducen los criterios legales de la responsabilidad contractual -artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código civil y concordantes-, que comprometen la entrada del límite de la misma. Para PANTALEÓN, el deudor queda exonerado de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por una falta de cumplimiento, cuando la ausencia de cumplimiento ha sido determinada por un impedimento ajeno al ámbito de control del deudor, ha de tratarse de un suceso cuyo acaecimiento, durante la vida de la relación contractual, no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar y, además, ha de ser un evento inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que, atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, correspondería a un buen padre de familia. Vid. op. cit. en nota 174 pp. 1067 y ss.; para JORDANO FRAGA, por contra, el límite legal de la responsabilidad contractual estaría determinado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación por una causa no imputable al deudor, lo cual supone que el deudor no ha ejecutado a tiempo la prestación porque ha acaecido, intempestivamente, después del nacimiento de la obligación, un evento, provocado por una específica causa a él no imputable, que le ha impedido la realización puntual de la conducta que constituía la prestación. Para este autor, en esta última hipótesis el obligado queda exonerado de responsabilidad contractual. Por ello, para JORDANO FRAGA, el caso fortuito, la imposibilidad liberatoria -imposibilidad sobrevenida inimputable- es el único límite legal de la responsabilidad contractual, que se deduce de los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código civil, para todas las formas de infracción y para todas las formas de contravenirlas. Vid. op. cit. en nota 149, pp. 27 y 28.

[193]Vid. nota 192.

[194]Artículo 1.183 del Código civil. «Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096».

[195]Vid. LACRUZ, op. cit. en nota 112, p. 257; GONZÁLEZ PORRAS, *Comentario al artículo 1.183 del Código civil. Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XVI, Volumen 1*, Madrid, 1991, p. 328 y ss.; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 150, p. 463; en contra señala BADOSA que tal presunción del artículo 1.183 está excluida en las obligaciones de hacer y de no hacer. «A su vez,

Por otro lado, y con respecto a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, se ha señalado que en las obligaciones de hacer de medios, por sus características propias y su contenido, resulta una ampliación del campo de aplicación de la imposibilidad sobrevenida, puesto que no solamente se estima aplicable la imposibilidad de ejecutar la actividad diligente debida, definitiva o temporalmente, sino que, además, también se valora aquella imposibilidad que afecte a la producción del resultado final -no incluido en la obligación- al que tal conducta de cumplimiento se dirige. Se considera, de este modo, que no cabe el despliegue de un determinado comportamiento dirigido hacia la consecución de un fin o resultado que, en sí mismo, resulta imposible[196].

Cuando nos encontramos con prestaciones de hacer infungibles[197], y en la medida en que las cualidades personales del deudor también se incluyen en el contenido mismo de la prestación, hay que tener igualmente en cuenta los impedimentos que afecten a su persona, bien de modo temporal -enfermedad- bien de modo definitivo -muerte, accidente

---

que el fundamento de la presunción sea la posesión de la cosa por el deudor excluye de ella a las obligaciones de hacer y no hacer». Cfr. *Comentario al artículo 1.183 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 259.

[196]Indica MENGONI lo siguiente: «La imposibilidad sobrevenida del objeto solamente será considerada en cuanto determine la imposibilidad o, al menos, la inutilidad de la actividad de esfuerzo impuesta al deudor. En las obligaciones de diligencia, la imposibilidad objetiva de la prestación deriva no solo de la imposibilidad del objeto final, no siendo concebible un esfuerzo dirigido a la realización de un resultado imposible, sino también y esencialmente de subintrar un impedimento en la actividad del deudor en sí considerada, precisamente porque el resultado propiamente debido no coincide, en esta hipótesis, con el objeto económico de la obligación, sino consiste en el mismo comportamiento obligatorio cualificado por un cierto grado de conveniencia respecto a aquel objeto». Cfr. op. cit. en nota 149, p. 310; vid. también OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, Rivista di Diritto Civile, 1918, pp. 469-471; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 150, p. 464.

[197]Observa MORENO QUESADA que obligación de hacer infungible es aquella en la que la persona del deudor se constituye en elemento determinante de la misma, es decir, que se haya configurado la misma *intuitu personae*, por haberse tenido en cuenta las cualidades del deudor, «cualidades que no han de entenderse como exclusivamente personales, sino, además, también profesionales. Así pues, para calificar de infungible una obligación de hacer (con la secuela de consecuencias prácticas que dicha calificación implica), habrá de estarse no al carácter de la actividad a desarrollar, por lo que es rechazable la afirmación de Manresa de que el carácter de la prestación en cada caso determinará si son o no indiferentes a ella las cualidades del que la ejecute (pudiendo decirse, en general, añade, que será lo más frecuente la negativa); ni siquiera a la existencia objetiva de unas cualidades determinadas en el sujeto que debe llevarla a cabo. Sólo podrá basarse en el hecho de que en el supuesto concreto hayan sido tenidas en cuenta, y precisamente al establecer la obligación». Cfr. op. cit. en nota 152, p. 473; DÍEZ-PICAZO señala a este respecto que: «por el contrario, es infungible cuando la persona que ha de prestar su actividad constituye un elemento esencial del programa de prestación y no puede por ello ser sustituida por otra. El comportamiento debido se llama en estos casos personal o «personalísimo». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 245.

de tráfico-[198].

Finalmente, y en lo tocante a la imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida de la obligación de medios, se ha advertido que sería aconsejable no realizar una interpretación extensa de la misma, de tal modo que pudiera restringir o limitar la libertad personal del obligado. Una apreciación desmesurada de la imputabilidad en el terreno de los deberes preparatorios del cumplimiento, llevaría a extremos de considerar responsable al trabajador que no se presentara en su puesto de trabajo por haber sufrido un traumatismo en una expedición de montaña, o a un pianista que no cumpliese el compromiso de interpretar una pieza musical en una determinada gala, por haberse fracturado un dedo de la mano a causa del ejercicio de un deporte cualquiera.

Frente a ello, se ha observado, que es más ventajoso no considerar el deber preparatorio del cumplimiento de un modo tan amplio que pueda perjudicar el desarrollo de valores inherentes a la persona. De modo que, en estas hipótesis, aunque la imposibilidad de la prestación tuviera su origen lejano en una conducta del deudor, no debería considerarse presente la imputabilidad de la misma al obligado, puesto que «la actividad preparatoria se refiere a la preparación inmediata del cumplimiento, y no constriñe el desarrollo normal de la vida, que, de otro modo, se vería paralizado ante cualquier eventual riesgo de no poder realizar en su momento (o no exactamente) la prestación debida»[199].

Por último, en el Ordenamiento italiano se contemplan expresamente algunos supuestos de retardo en el cumplimiento de obligaciones de hacer de medios, que por sí mismos son considerados fuente de responsabilidad[200].

En este sentido, preceptúa el artículo 2.671 del *Codice civile* italiano[201] la obligación

---

[198]Vid. SANTORO, op. cit. en nota 158, pp. 510-519; OSTI, op. cit. en nota 196, pp.217 y ss.; vid. asimismo JORDANO FRAGA que señala que también habrán de tenerse en cuenta otros impedimentos que afecten a la cosa sobre la que la prestación de hacer ha de desarrollarse, por ejemplo, el perecimiento de la cosa que ha de transportarse, o prohibiciones legales o administrativas. Vid. op. cit. en nota 150, p. 464.

[199]Cfr. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 150, p. 466.

[200]Cfr. SANTORO, op. cit. en nota 158, p. 325.

[201]Artículo 2.671, párrafo primero, *Codice civile* italiano. «*Il notaio o altro pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto soggetto a trascrizione ha l'obbligo di curare che questa venga eseguita nel più breve tempo possibile, ed è tenuto al risarcimento dei danni in caso di ritardo, salva l'applicazione delle pene pecuniarie previste dalle leggi speciali, se lascia trascorrere trenta giorni dalla data dell'atto ricevuto o*

de notarios y oficiales públicos de resarcir los daños que el retardo en la transcripción de los actos recibidos haya provocado al cliente.

Se señala que, en esta hipótesis, el retardo puede ser, en sí mismo, fuente de un perjuicio para el cliente, en cuanto que éste no se encontrara por ello en condiciones de oponer a terceros el acto que debía ser transcrito, durante tal intervalo temporal de retraso. En este caso, se trata de definir dentro de qué límites el notario puede ser considerado responsable por no haber transcrito el acto inmediatamente o, como fuere, en tiempo útil. En particular, se apunta, que será necesario valorar cuándo es posible considerar cumplida la expresión del *Codice* «el más breve tiempo posible»[202].

La Jurisprudencia italiana adopta, en relación a lo anterior, unos criterios elásticos, precisando que hay que estudiar caso por caso, y tener en cuenta las particularidades del supuesto concreto, la propia naturaleza del acto y cualquier otra circunstancia que pueda ser útil, para determinar si la dilación del notario en el cumplimiento de su obligación de transcribir justifica la imposición de responsabilidad al mismo[203].

Igualmente, se indica que tal obligación de resarcimiento constituye una hipótesis de responsabilidad contractual, basada en una relación integrada por una prestación profesional, lo que justifica el ejercicio de una acción resarcitoria por ilícito contractual[204]. En este caso, corresponderá a la parte incumplidora la carga de aportar la prueba de los hechos justificativos del retardo en el cumplimiento, con la consecuencia de la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados, en el supuesto de ausencia o ineficacia de tal prueba liberatoria[205].

---

autenticato».

«El notario u otro oficial público que ha recibido o autenticado el acto sujeto a transcripción tiene la obligación de cuidar de que ésta se ejecute en el más breve tiempo posible, y está obligado al resarcimiento de los daños en caso de retardo, a salvo la aplicación de las penas pecuniarias previstas en las leyes especiales, si deja transcurrir treinta días desde la fecha del acto recibido o autenticado».

[202]Cfr. SANTORO, op. cit. en nota 158, p. 320

[203]Vid. *Cass.*, 25 de *maggio* 1981, nº. 3.433, en Riv. Not., 1981, p. 693.

[204]Vid. *Cass.* 24 *ottobre* 1988, nº. 5.756, en Vita Not., 1988, p. 1285.

[205]Vid. también la *Cass.* 25 *ottobre* 1978, nº. 4.847, en Riv. Not. 1979, p. 163, acerca del alcance de la responsabilidad del notario, por el retardo, en cuanto a unos gastos extrajudiciales realizados por el cliente.

Otro supuesto de responsabilidad por retardo se contiene en el caso resuelto por la Casación italiana en su sentencia de 26 de julio de 1989[206]. En esta hipótesis se determina la responsabilidad de la Banca por el retardo en el abono de sumas a favor de un cliente, y, de este modo, indica que, aunque el abono de sumas se perfecciona, en la cuenta corriente bancaria, en el momento de su anotación en cuenta, la banca no es libre de efectuar tales asientos sin límite de tiempo, sino que debe proveerlos con la máxima rapidez consentida por los instrumentos técnicos disponibles. En este sentido, se observa que la diligencia que se exige a la banca en el cumplimiento de los encargos recibidos ha de valorarse en relación a la urgencia del asunto, y con explícita referencia al principio de la buena fe[207].

2.1.3. EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE HACER DE RESULTADO

En las obligaciones de hacer de resultado, como ya se ha señalado, por el modo concreto en que el *facere* al que el deudor está obligado se determina, éste cumple su obligación única y exclusivamente cuando alcanza el concreto resultado -*opus*- que se incorpora al contenido de la prestación. No es suficiente, a los efectos del cumplimiento de la obligación y de la plena liberación del deudor, que este último desarrolle una actividad diligente orientada a la consecución del resultado debido. Si ese resultado no se logra, no puede considerarse que el deudor haya cumplido, a pesar de que haya desplegado un comportamiento diligente tendente a la consecución del mismo[208].

En el terreno del cumplimiento, existe semejanza de criterios en el ámbito de las obligaciones de medios y de resultado, en ambas, el deudor, para cumplir, ha de realizar aquello que debe, y lo debido es lo que constituye el objeto de la prestación, el contenido

---

[206]Vid. *Cass.* 26 *luglio* 1989, nº. 3.507, en Foro italiano, 1990, I, c. 128.

[207]Indica SANTORO que, en este caso, es destacable el rigor de la acepción de diligencia requerido por la Sentencia de la Casación a la banca, exigiendo la máxima rapidez consentida por los instrumentos técnicos disponibles. Resultado de la aplicación al supuesto en cuestión de los criterios de la diligencia *ex* segundo párrafo del artículo 1.176 del *Codice*. Vid. op. cit. en nota 158, pp. 422 y 423.

[208]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 149, p. 37; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 246; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 475; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 112, pp. 85 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. en nota 152, pp. 254 y ss.; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 23.

de la obligación que, asimismo, determina el concreto derecho del acreedor, es decir, lo que éste puede reclamar y esperar del obligado[209].

En estas obligaciones, al igual que en las de medios, será el propio contenido de la prestación el que suponga tanto la medida del exacto cumplimiento -en este caso, obtención del *opus* debido-, como el del no exacto cumplimiento que, a efectos del retraso en el cumplimiento, supone la no realización de la conducta debida -no consecución del concreto resultado-.

El retraso en el cumplimiento de una obligación de hacer de resultado comporta, de este modo, la no obtención del *opus* debido en el momento señalado para ello en la obligación. Por tanto, será la ausencia de ese concreto resultado la que determine este concreto tipo de incumplimiento contractual.

Para la doctrina francesa partidaria de un sistema dual de responsabilidad, en las obligaciones de resultado, el deudor responde por la falta de logro del *opus* debido, hecho que incumbe probar al acreedor que pretende la responsabilidad del deudor, y a este último, para eludir su responsabilidad por el retraso, le compete acreditar la concurrencia del caso fortuito o de la fuerza mayor como hechos impeditivos de la ejecución a tiempo de la prestación. En este sentido, se indica que la falta de obtención del resultado debido genera un principio de presunción de culpa en el deudor que, si quiere desvirtuarla, habrá de presentar la prueba del caso fortuito[210].

Se considera, por ello, que existe una inversión de las reglas de la caga de la prueba, en tanto que al acreedor de una obligación de resultado únicamente le basta con probar la existencia de la obligación, y desde ese momento el incumplimiento -falta de resultado- se presume, salvo prueba en contrario que deberá facilitar el deudor. Y ello porque en las obligaciones de resultado lo normal es que la obligación se cumpla, que el resultado se logre y, de este modo, es razonable presumir la responsabilidad del deudor ante la falta de

---

[209]Cfr. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 23.

[210]Vid. autores y obras señalados en la nota 168 del presente capítulo.

consecución del *opus* debido[211].

En esta línea, se ha señalado que el retraso en el cumplimiento de una obligación de hacer de resultado implica una presunción de causalidad en contra del deudor, el cual deberá, a los efectos de exonerarse de responsabilidad, acreditar la ruptura del nexo causal, o su interrupción[212].

A estos planteamientos, se le ha objetado, como ya se ha señalado, su incorrección por los autores que siguen un único sistema de responsabilidad contractual, que tiene como consecuencia la aplicación de un único régimen de carga de la prueba[213] y un único límite

---

[211]Vid. PLANCQUEEL, op. cit. en nota 168, pp. 334-335; VINEY, op. cit. en nota 167, p. 629; DERRIDA, op. cit. en nota 168, p. 4, nº49; LÉGIER, op. cit. en nota 168, pp. 8 y ss.; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, pp. 431 y ss.; en contra, indica JORDANO FRAGA que esta es una posición incorrecta que deriva de una interpretación errónea del artículo 1.315 del *Code* civil francés (vid. al final de esta nota), pues, para este autor, se contempla la pretensión de cumplimiento, y de él se induce -porque se aplica a dicha pretensión- el principio general de la carga de la prueba, con arreglo al cual incumbe al actor probar el hecho constitutivo de su pretensión. «Hecho constitutivo que, en cada caso, nos da las normas sustantivas en que dicha pretensión se apoya, que en el caso del cumplimiento es la propia obligación, y en el de la responsabilidad es la obligación infringida (artículo 1.101 del Código civil). Y este principio general, inducido del artículo 1.315 del *Code* civil francés -artículo 1.214 Código civil-, y referido a la responsabilidad, se aplica tanto a las obligaciones de medios como a las de resultado, lo que ocurre es que el contenido de la prueba del acreedor -la infracción de la obligación- es distinto por el diverso contenido de la obligación (del cumplimiento) en uno y otro caso». Cfr. op. cit. en nota 169, p. 68.

Artículo 1.315 *Code* civil francés. «*Celui qui réclame l'execution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*».

«El que reclame el cumplimiento de una obligación la debe probar. Recíprocamente, el que pretenda liberarse, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación».

[212]Señala LÓPEZ CABANA, en este sentido, que tal situación, de presunción de causalidad, «es común con la que se presenta cuando el acreedor puede prevalerse del estado de mora de su deudor, toda vez que el deudor moroso responde del caso fortuito (art. 513, Cód. Civil argentino) a menos que pruebe que la mora es irrelevante (art. 892 Cód. Civil argentino). La prueba de este extremo queda a su cargo, con lo cual promedia otra presunción de causalidad a nivel de autoría». Cfr. op. cit. en nota 4, p. 122.

[213]En este sentido indica JORDANO FRAGA lo siguiente: «Estando a los principios generales de la carga de la prueba, a cada una de las partes de la relación obligatoria incumbe la prueba del hecho o conjunto de hechos (*constitutivos*) en que fundamenta su pretensión y, alcanzada esta prueba, incumbe a la parte contraria la de los hechos (*obstativos*) que neutralizan aquella pretensión (*contraprueba*). Tales principios se hallan contenidos en el artículo 1.214 C.c., que hace *aplicación* de ellos para la *pretensión de cumplimiento*: el acreedor que exige el cumplimiento de la obligación ha de correr con la carga de la prueba de la existencia de ésta en tanto que hecho constitutivo en el que su pretensión se funda, mientras que, una vez dada esta prueba, incumbe al deudor-demandado la de que la obligación se ha extinguido (por el pago u otra causa), y con ella, el derecho del acreedor-actor. Aplicando al *caso del incumplimiento* los mismos principios generales de que el artículo 1.214 es aplicación -y no este mismo, que sólo se refiere a la *pretensión de cumplimiento*-, tenemos que al acreedor que pretende la responsabilidad incumbe la carga de la prueba de los hechos (constitutivos) que fundamentan su pretensión reparatoria. Es decir, el acreedor que pretende la responsabilidad ha de probar (o mejor, la ley le adosa el riesgo de la falta o incertidumbre de la prueba de estos hechos, en modo que si no resultan del material probatorio, el Juez fallará en su contra): 1) el vínculo obligatorio que le une al deudor; 2) la infracción o no cumplimiento de la

de la responsabilidad constituido por la inimputabilidad del incumplimiento de la prestación al deudor[214].

El acreedor, que deberá acreditar el hecho constitutivo de su pretensión, en este caso la infracción, ante el retraso en el cumplimiento de una obligación de resultado, le bastará con dar la prueba de la falta o ausencia del *opus* debido en el momento señalado para el cumplimiento de la obligación. En este instante habrá acreditado el incumplimiento material de la obligación, falta del resultado debido -retraso en el cumplimiento-.

Pero, como ya ha sido observado, tal prueba no es suficiente para determinar la responsabilidad del deudor. A éste le queda todavía la posibilidad de acreditar que tal falta del resultado debido ha sido motivada por una concreta causa que no le es imputable.

A la fijación fáctica del incumplimiento, al igual que en las obligaciones de medios, ha de seguir el juicio de responsabilidad, que supondría la apreciación del límite legal de la responsabilidad contractual: la inimputabilidad del incumplimiento, o lo que es lo mismo, que la falta de cumplimiento ha sido provocada por un impedimento ajeno al ámbito de control del deudor imprevisible e inevitable, y la determinación, de un modo concluyente, bien del incumplimiento definitivo de la obligación y la responsabilidad del deudor, o bien de la extinción -impedimento definitivo- o la suspensión -impedimento temporal- de la obligación, con la consecuente exoneración de responsabilidad al deudor no cumplidor[215].

En definitiva, tanto en las obligaciones de hacer de medios como en las de resultado, se aplican las mismas reglas en torno al juicio de responsabilidad propiamente dicho: en ninguna de las dos es suficiente la fijación del hecho del incumplimiento -retraso- para declarar la responsabilidad del deudor, sino que ésta solamente cabría fijarla después de la apreciación del límite de la responsabilidad contractual: la inimputabilidad del incumplimiento de la prestación, hecho que constituye una carga probatoria del deudor no

---

obligación en cualquiera de sus formas; 3) los daños que del incumplimiento hayan derivado (su importe y su derivación causal del hecho del incumplimiento)». Cfr. op. cit. en nota 169, pp. 61-62.

[214]Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, pp. 1067 y ss.

[215]Vid. MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 112, pp. 92-93; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, pp. 33-34.

cumplidor, tanto en uno como en otro caso[216].

Tanto en las obligaciones de medios como en las de resultado, el deudor que no ha ejecutado a tiempo la actividad diligente debida, como aquél que no ha obtenido, en el momento señalado para ello, el resultado exigido, no responden en principio de tal incumplimiento solo por el hecho de la fijación material del mismo, puesto que antes habría que determinar, con arreglo a los criterios ya señalados sobre responsabilidad, si tal infracción le es imputable. Por tanto, el diferente contenido de la prestación debida - actividad diligente, en un caso, resultado material, en otro-, no afecta, en modo alguno, a la aplicación de las mismas reglas generales de la responsabilidad contractual y de la carga de la prueba, que se aplican a cualquier tipo de obligación y a cualquier forma de contravenirlas[217].

2.1.4. LOS EFECTOS DEL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER DE MEDIOS Y DE RESULTADO

En primer lugar, y con respecto a las obligaciones de hacer de medios, se ha señalado que en ellas la diligencia cumple una función integradora del deber de prestación[218]. Se ha indicado, en esta línea, que en determinadas obligaciones el tiempo de cumplimiento puede también encajarse del mismo modo en la prestación. En estos supuestos, si el deudor se retrasa en el cumplimiento de una obligación, cuyo deber de prestación primario se integra con un hacer diligente, tal retraso podría considerarse incumplimiento, en la medida en que pueda inferirse del simple retraso un comportamiento negligente. En este supuesto, no es la ausencia de la precisa conducta debida lo que realmente determina el incumplimiento de la obligación, sino la negligencia que tal dilación implica, pues se considera que el retraso del obligado es un comportamiento contrario a la diligencia debida

---

[216]Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, pp. 1067 y ss.; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 112, p. 93; CABANILLAS, op. cit. en nota 149, pp. 148 y ss.; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 34.

[217]Vid. MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 112, p. 93; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 149, p. 34.

[218]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25 p. 359; BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 149; BADOSA, *Comentario al artículo 1.104 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 41.

por éste[219].

En las obligaciones de hacer de medios, como ya ha sido señalado, la prestación está constituida por la actividad diligente del deudor[220]. Sin embargo, no es suficiente, para que el retraso sea reputado incumplimiento, que la diligencia integre el contenido de la prestación principal del deudor, pues se requiere que el tiempo de cumplimiento esté conformado por la diligencia exigible, y no se encuentre sancionado como una mera circunstancia cronológica[221].

El motivo de la anterior consideración se encuentra en el hecho de que en este tipo de obligaciones, el acreedor deberá confiar en la prudencia y en la buena fe del deudor para que cumpla, con arreglo a la propia naturaleza y circunstancias de la obligación, en tanto que solo él conoce el momento adecuado y el modo de hacerlo exactamente[222].

En las obligaciones de actividad derivadas de prestaciones profesionales, el deudor goza de un cierto margen de discrecionalidad en la elección de los medios adecuados para el cumplimiento de su obligación y la íntegra satisfacción del interés del acreedor. Entre estos medios, el tiempo de cumplimiento se configura como uno de los elementos, entre otros tales como el lugar y el modo de ejecución de la prestación, las estrategias a seguir, el diagnóstico a realizar, etc., que deben de ser estimados por el obligado para una correcta realización del servicio debido.

En este sentido, se señala que la mora es una figura jurídica que no puede articularse en este tipo de obligaciones, en tanto que el requerimiento que el acreedor debe dirigir al deudor no solamente no le beneficia sino que le perjudica considerablemente pues, por regla

---

[219]Cfr. BARAONA que, además, observa lo siguiente: «el tiempo se incrusta de una forma distinta en la prestación de un hacer diligente, pues, no aparece como algo informante del deber de prestación, (configurándolo y delimitándolo), sino que se integra a él en términos de una oportunidad calificada prudencialmente (diligentemente) por el mismo deudor». Cfr. op. cit. en nota 53, p. 149.

[220]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 149, p. 26; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 247; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 150, p. 460.

[221]Cfr. BARAONA, que, además indica que: «lo que ha de verificarse es que en tal obligación la oportunidad de cumplimiento esté sujeta a la diligencia que informa la prestación, como el resto del objeto de la misma». Cfr. op. cit. en nota 53, pp. 149 y ss.

[222]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 53, pp. 554-555; BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 151.

general, es el deudor el que ha de resolver cuándo debe ejecutar la prestación a su cargo[223].

El retardo del profesional será considerado como incumplimiento cuando, con arreglo a las reglas de la *lex artis*, deba calificarse como un comportamiento negligente. De este modo, en las obligaciones de medios, derivadas de prestaciones profesionales, no todo retraso ha de ser considerado como incumplimiento contractual, sino solamente aquél que, de acuerdo a las reglas del buen hacer profesional, del actuar diligente, pueda ser considerado negligente.

Las mismas conclusiones pueden aplicarse a las obligaciones derivadas del contrato de mandato. En este caso, el mandatario ha de saber cuando ha de ejecutar cualquiera de los actos que se incluyen dentro de los deberes de su gestión. Ha de cumplir el encargo recibido en la forma y en el modo que determine su propia prudencia y diligencia y, con carácter general, según la naturaleza del negocio, con la específica de un buen padre de familia[224].

De esta manera, el retraso en el cumplimiento del mandato, al igual que ocurre en las prestaciones profesionales, puede ser reputado incumplimiento si tal comportamiento debitorio es susceptible de ser apreciado como negligente[225].

En el supuesto de que nos encontremos con prestaciones profesionales de las que se deriven obligaciones de resultado, se ha señalado que es más difícil considerarlas excluidas de la aplicación de los principios generales relativos a la mora. En este caso, el tiempo tiene un valor en sí mismo y queda desvinculado de la valoración del profesional. Se

---

[223]En este sentido, indica BARAONA lo siguiente: «Resulta ridículo que un médico espere ser requerido por el paciente para iniciar una operación; podrá esperar síntomas, dolores, la evolución de la enfermedad, y podrá pedir que el paciente le comunique su estado, aún más, solicitarle información, que no tiene un sentido moratorio sino únicamente poner al médico en conocimiento del estado clínico del paciente. Sería un atentado a la propia salud del paciente que la relación jurídica se interfiriera dándole eficacia jurídica moratoria a los requerimientos del cliente. En el caso de un abogado la situación no parece ser diferente, pues el encargo que recibe, como regla, está sujeto a la oportunidad determinada por las circunstancias que deben ser evaluadas por el profesional. En materia jurisdiccional muchas veces los plazos vienen dados por los propios procedimientos, pero en otras no, y no puede aceptarse que, si no existe intimación al abogado para que actúe, deba entenderse exento de responsabilidad por el atraso. La propia naturaleza de la relación profesional abogado-cliente hace que el tiempo no quede al margen como circunstancia propia a ser ponderada por el profesional, como los demás elementos de su actuación». Cfr. op. cit. en nota 53, pp. 154 y ss.

[224]Vid. VON TUHR, op. cit. en nota 68, p. 115; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 554.

[225]Cfr. BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 156.

considera, por ello, que el tiempo de cumplimiento no se integra por sí mismo en la estimación del profesional y, en consecuencia, se ajusta a las reglas generales[226].

En segundo lugar, es preciso excluir todas aquellas hipótesis que supongan un retraso definitivo de la prestación, pues en éstas únicamente cabría aplicar las reglas relativas a los incumplimientos definitivos, lo cual, en principio, descarta la aplicación de la llamada pretensión de cumplimiento y la posible traslación de los riesgos por imposibilidad física o legal de la prestación al deudor no cumplidor, ya que, por su propia naturaleza, no tiene lugar su empleo cuando no sea posible un cumplimiento posterior.

Si después del retraso el cumplimiento no es objetivamente posible -término esencial, imposibilidad física o legal de la prestación-, o siendo posible éste no satisface, de modo objetivo, el interés del acreedor, éste podrá promover la resolución del contrato[227]. Hay que tener en cuenta que la resolución del contrato es una medida interpuesta para las obligaciones bilaterales y, de este modo, será presupuesto de la misma, además de la exigibilidad de la deuda, el previo cumplimiento o el allanamiento por parte de aquel que reclame la prestación a la otra parte[228].

El acreedor de una prestación retardada puede optar por el cumplimiento tardío de la prestación, si éste satisface todavía sus intereses. Y si es todavía posible el cumplimiento específico de la prestación será éste el que el Juez deba ordenar.

Ahora bien, se ha señalado que las obligaciones de hacer, y en este supuesto se incluyen las obligaciones de medios y las de resultado, no son susceptibles de ejecución en

---

[226]Cfr. BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 155.

[227]Señala, en este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que el ejercicio del derecho potestativo a la resolución del contrato ha de ser de buena fe, «lo que lleva a decir que si no es así, el Tribunal que conozca del caso podrá si así lo estima justificado, fijar un término (final) para el cumplimiento tardío de la obligación. Si como aquí se ha defendido, mora e incumplimiento, en algunos supuestos, coinciden en el tiempo, por el acto de la exigencia o interpelación, cuando se actúe la resolución del contrato el deudor estará ya en mora, pero esta realidad *de facto*, lo que no significa es que sea un presupuesto de aquélla. Sólo lo será del incumplimiento cuando la actuación de la exigibilidad sea necesaria para otorgarle relevancia al retraso como infracción obligacional». Cfr. op. cit. en nota 25, pp. 430-431.

[228]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 639-644; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 431; ALBALADEJO, op. cit. en nota 83, p. 364.

forma específica[229]. Por tanto, si el deudor no cumple en el plazo establecido para ello, o en el que, en su defecto, señale el Juez, podrá el acreedor instar que se mande ejecutar a su costa -artículo 1.098 del Código civil[230] y 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil[231]- y siempre que la prestación de hacer no sea personalísima[232], en cuyo caso, solo cabrá el cumplimiento por equivalente[233].

En este sentido, se ha señalado que no debe confundirse la acción de cumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios[234]. La acción de cumplimiento por equivalente se aplica únicamente a aquellas hipótesis en las que un cumplimiento, aún posible, que satisface al acreedor, deviene imposible posteriormente por cualquier causa. Por este motivo, se ha señalado que el cumplimiento por equivalente solamente se utiliza en el entorno de los llamados incumplimientos temporales[235]. La cuantía económica que habrá de fijarse, en este caso, deberá concernir al valor de la prestación debida -*aestimatio rei*-, con

---

[229]Vid. POTHIER, op. cit. en nota 12, pp. 86 y 91; MARTÍN PÉREZ, *Comentario al Artículo 1.098 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. I*, Madrid, 1989, pp. 329 y ss.

[230]Artículo 1.098 del Código civil. «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa.

Esto mismo se observará si la hiciese contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho».

[231]Artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil. «Si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliere con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el Juez al efecto le señale, se hará a su costa; y si por ser personalísimo el hecho no pudiera verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios.

Si se hubiere fijado en la sentencia la importancia de éstos para el caso de inejecución, se procederá a lo que respecto del cumplimiento de la sentencia en que hay condena de cantidad líquida se previene en el artículo 921.

En otro caso se procederá conforme a lo establecido en los artículos 928 y siguientes».

[232]Vid. BÉRCOVITZ y VALLADARES RASCÓN, *Comentario al artículo 1.161 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XVI, Vol. I*, Madrid, 1991, p. 74. MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 229, pp. 329 y ss.; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 244-245; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, pp. 470-474 y 494 y ss.

[233]Vid. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 499; LACRUZ, op. cit. en nota 112, p. 79; SANTOS BRIZ, *Comentario al artículo 1.098 del Código civil, Código civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomo IV*, Madrid, 1995, p. 56; HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 472.

[234]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 438; PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad contractual. Tomo II, Vol. I. Parte especial*, Barcelona, 1992, pp. 188 y ss.

[235]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 438.

independencia de la posterior fijación de la indemnización de daños y perjuicios.

El cumplimiento por equivalente tiene una función condenatoria, puesto que equivale al pago o al cumplimiento de la obligación, y la indemnización de daños y perjuicios tiene una función resarcitoria de los menoscabos causados por el incumplimiento[236].

En cuanto a los efectos de la indemnización de daños y perjuicios que el retraso pudiera ocasionar, ésta tiene como finalidad la compensación al acreedor de los quebrantos que tal dilación le haya acarreado en su patrimonio.

Se ha señalado que el deudor, para responder de los daños que su retraso haya originado, ha de ser considerado incumplidor, y que la única manera de que esta premisa pueda constatarse es a través de la exigencia efectiva de la prestación por parte del acreedor. Se advierte que en las obligaciones que no tienen término esencial de cumplimiento[237], es indispensable determinar el momento en el que la omisión de la conducta debitoria ha de ser reputada como incumplimiento. Para ello, es preciso que la obligación devenga exigible y que efectivamente sea exigida.

El momento de la efectiva exigencia o reclamación de cumplimiento por parte del acreedor es el que determina el momento del cumplimiento[238], lo cual supone el concreto

---

[236]Indica, en este sentido DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que: «Si se analiza se puede deducir que la *aestimatio rei* es el valor de la cosa o servicio, y los daños se concretan tanto en el daño emergente (en el que se incluiría, por otro lado, la *aestimatio rei*), como en el lucro cesante y, si se dan los presupuestos necesarios, en el daño moral y éstos no se identifican [...] Fuera como fuere, aunque hay que diferenciar ambas partidas, lo cierto es que finalmente se resuelven en la indemnización de los daños y perjuicios. El valor de la prestación deberá integrar la partida del daño emergente junto a los demás perjuicios que se deriven del incumplimiento definitivo. Sin duda, la obligación ha quedado perpetuada, en el sentido de que el deudor no se exonerará de su responsabilidad por el caso fortuito, es decir responde de cualquier tipo de imposibilidad. Pero, la única manera de resolver la cuestión es mediante la indemnización pecuniaria. Es por ello, por lo que algunos autores en vez de denominarlo cumplimiento por equivalente, lo denominan indemnización por equivalente». Cfr. op. cit. en nota 25, pp. 439-440.

[237]Se ha señalado que en las obligaciones sometidas a término esencial coinciden en el tiempo el vencimiento, la exigibilidad y la constitución en mora del deudor, lo que supone que, a partir de ese instante, correrá con los riesgos de los fortuitos. Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 433; sobre término esencial vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 338 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Término esencial*, Anuario de Derecho Civil, 1954, pp. 938 y ss.

[238]Veánse las conclusiones sobre el comienzo de la mora en las obligaciones de hacer del epígrafe primero de este capítulo.

traslado de los riesgos al deudor[239].

Es, en este sentido, en el que se habla de retraso «jurídicamente relevante»[240], que, de modo análogo, tanto para las obligaciones de hacer de medios como para las de resultado, es capaz de generar por sí mismo, así como en el resto de las infracciones-contravenciones de la prestación, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que tal transgresión haya determinado.

---

[239]En este sentido se ha observado que antes de este momento, el de la efectiva exigencia de la prestación al deudor, éste no puede ser considerado responsable de su retraso, porque carece de los presupuestos legales necesarios para otorgarle la calificación de ilícito contractual y, de este modo, hasta el momento de la intimación creditoria no se manifiestan los efectos típicos del incumplimiento contractual. Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 433.

[240]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 415 y ss.

2.2. LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA OBLIGACIÓN DE HACER. ESPECIAL REFERENCIA A LA *ASTREINTE*

2.2.1. INTRODUCCIÓN

Ante la insatisfacción o la infracción del derecho de crédito, provocada por la ausencia o por el defecto en la ejecución de la prestación debida por parte del deudor, el acreedor tiene la posibilidad de obtener el cumplimiento de la obligación, a través de la llamada pretensión de cumplimiento[241]. El incumplimiento de la obligación por parte del deudor, hace surgir, en favor del acreedor, la posibilidad de exigir todavía el cumplimiento en forma específica de su crédito[242].

De este modo, cuando el deudor no ejecuta voluntariamente la prestación debida en el momento señalado para ello, si ésta es aún susceptible de realizarse, es posible que el acreedor obtenga la satisfacción de su interés mediante el cumplimiento de la misma prestación inicialmente debida[243].

Por ello, se ha señalado que la primera medida que en nuestro Derecho positivo ha de exteriorizarse, ante una infracción-contravención de la obligación, debe estar encaminada a la consecución de aquella conducta desatendida por el deudor, y a su obtención en forma específica, lo cual supone su realización de la misma manera en que debió ejecutarse por el propio deudor, e implica, en este sentido, la obtención por el acreedor de la exacta prestación debida, y la satisfacción de ese particular interés que aquél tenía en el

---

[241]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 678; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 436; VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, p. 23; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 494; CARRASCO PERERA, *Comentario al artículo 1.101 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. I*, Madrid, 1989, pp. 397 y ss.

[242]Cfr. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 23.

[243]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 678; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, p. 208.

cumplimiento de la obligación[244].

Es en este sentido en el que se ha observado que si el acreedor ejercita la acción de cumplimiento, y es todavía posible la satisfacción específica de su interés, será éste el que deba ordenar el Juez. Y, asimismo, en el supuesto de que únicamente se hubiera cumplido una parte de la obligación, la acción deberá dirigirse hacia la obtención de aquella fracción de la deuda que no ha sido aún ejecutada[245].

Consecuentemente, cabe señalar que con el término pretensión de cumplimiento se está haciendo referencia a la acción o a la facultad que se confiere al acreedor para obtener el cumplimiento específico, *in natura*, de la obligación, y a la posibilidad de que éste consiga un resultado objetivamente idéntico al que hubiera logrado mediante una ejecución voluntaria por el deudor[246].

2.2.2. EL OBJETO DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

La pretensión de cumplimiento puede catalogarse como un medio de defensa conferido por el Ordenamiento Jurídico, del que dispone el acreedor, frente al incumplimiento o la lesión del derecho de crédito por parte del deudor. Supone, por tanto, como ya se ha señalado, una medida orientada hacia la consecución de la prestación en

---

[244]Vid. MARTÍN PÉREZ, *Comentario al artículo 1.096 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. I*, Madrid, 1989, p. 279; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 678; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 203; señala, en este sentido ALBALADEJO que: «En consecuencia, ante la falta de espontáneo cumplimiento del deudor, el acreedor no es libre de pedir o cumplimiento (que después puede realizarse como ejecución procesal voluntaria o forzosa o sustitutiva o a costa del deudor) o indemnización por incumplimiento, sino el primero y, *en su defecto*, la segunda. Procediendo la petición directa de ésta, sólo cuando el otro no sea posible (en donde se engloba que ya no sea útil al acreedor)». Cfr. op. cit. en nota 107, p. 207.

[245]Vid. HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 117; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 436.

[246]Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, pp. 203-204; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 678; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 244, p. 278; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 494; por su parte, ALBALADEJO indica, a este respecto, lo siguiente: «Esta solución de establecer en primer término la necesidad de que, en cuanto sea posible, venga satisfecho el acreedor precisamente con la prestación debida (lo que se denomina ejecución *"in natura"*) es la más justa y acorde con el concepto de obligación, ya que con la misma se persigue obtener la prestación precisamente, y no una indemnización. Quedando ésta sólo como último recurso para cuando aquélla no pueda obtenerse, o en tanto en cuanto no pueda serlo exactamente». Cfr. op. cit. en nota 107, p. 206.

forma específica, hacia la obtención, por el acreedor, del mismo resultado al que conduciría la libre ejecución por el deudor de la prestación inicialmente contraída[247].

Surge la pretensión de cumplimiento, al igual que la responsabilidad contractual, ante un incumplimiento o lesión del derecho de crédito, pero su supuesto de hecho es totalmente diferente del de aquélla[248]. En este sentido, se ha apuntado que el supuesto de hecho en que la pretensión de cumplimiento consiste supone que la ejecución de la obligación sea aún posible, que la actuación de la prestación no resulte física, jurídica o prácticamente imposible para la generalidad de los seres humanos[249].

Para otros autores, sin embargo, tal posibilidad de cumplimiento posterior o tardío es, sencillamente, un requisito para la viabilidad de la pretensión de cumplimiento, en tanto que solamente cuando la prestación continúe siendo posible es factible la condena del deudor a hacer o no hacer aquello que se comprometió[250].

Por otro lado, y a diferencia de la responsabilidad contractual, no es necesario, para que el acreedor pueda ejercitar la pretensión de cumplimiento, que la inejecución de la prestación le haya causado daño alguno[251].

---

[247]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 678; HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, pp. 74 y ss.

[248]Cfr. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174 p. 1043; en contra se manifiesta BADOSA que observa que el supuesto de hecho tanto de la ejecución forzosa como de la indemnización es el incumplimiento doloso o culposo del deudor. Para el autor, la tesis de la identidad de fundamento de ambos efectos la señala la remisión del artículo 1096 del Código civil al artículo 1.101 del mismo cuerpo legal «presentando la causa del primer efecto como causa también del segundo (acumulación de efectos que es también aplicable a los arts. 1096,2, 1098 y 1099). La afirmación de que la infracción ha de ser culposa o dolosa para engendrar la ejecución forzosa, vendría dada porque es fuente de la indemnización y porque el supuesto de hecho de ésta lo es también de aquella». Cfr. op. cit. en nota 153, p. 257; VERDERA SERVER indica, en este sentido, que de la remisión del artículo 1096 al artículo 1101 únicamente se extrae con seguridad el carácter no incompatible de una y otra medida: «A mi juicio de esa remisión del art. 1096.I c.c. al art. 1101 c.c. sólo se extrae con seguridad el carácter no excluyente de ambos remedios, confirmado por los arts. 1122.4° y 1124.II c.c. La cuestión de su identidad en cuanto a los presupuestos no puede afirmarse con igual rotundidad: piénsese en los diversos mecanismos contenidos en el art. 1124 c.c. y su compatibilidad, a pesar de las diferencias en orden a sus requisitos». Cfr. op. cit. en nota 241, pp. 136 y ss. y esp. en nota 195.

[249]Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1046; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 244, p. 280; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 678.

[250]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 678; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 244, p. 280.

[251]PANTALEÓN indica, en esta línea, que: «Es por completo irrelevante, para que proceda la pretensión de cumplimiento, que el incumplimiento cause o no daño al acreedor, y que pueda o no ser subjetivamente imputado al deudor». Cfr. op. cit. en nota 174, p. 1046.

De igual modo, también se indica que no se requiere, para la pretensión de cumplimiento, la concurrencia de criterio de imputación de clase alguna, ya que aquélla es independiente del proceder del deudor y, por ello, es superflua la consideración de que el incumplimiento pudiera o no serle imputado[252]. Sin embargo, frente a esto, y en relación a la ejecución forzosa, algún autor ha observado que su supuesto de hecho es el incumplimiento doloso o culposo de la obligación, lo cual determina que el ámbito de la ejecución forzosa sea más reducido que el de la indemnización[253].

El deudor, no obstante, podrá oponerse a tal pretensión cuando concurra alguna causa de inexigibilidad en la ejecución de la conducta solutoria, o cuando su ejercicio pueda ser estimado abusivo conforme al artículo 7.2 del Código civil[254], en tanto que el coste de tal cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado en relación a la utilidad que pudiera suministrar al acreedor, en comparación con otros posibles remedios[255].

Por otro lado, se ha señalado que la función o la finalidad que la pretensión de

---

[252]Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1046; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 136; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 241, p. 397; así también parece entenderlo DÍEZ-PICAZO cuando señala: «La pretensión de cumplimiento no está sometida a ningún requisito de naturaleza especial y el acreedor puede ejercitarla, tras el vencimiento de la obligación, en tanto no haya ésta prescrito, de acuerdo con las reglas generales de la prescripción». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 678.

[253]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 153, p. 257, y en su Comentario al artículo 1.096 del Código civil indica que: «El supuesto de hecho común es el «incumplimiento» culposo o doloso de la obligación, lo que determina que el ámbito de la ejecución forzosa sea más reducido que el de la indemnización, ya que ésta se extiende a todo tipo de infracción obligacional más allá del incumplimiento, v. gr., la culpa en la conservación del art. 1094 o al cumplimiento moroso (art. 1.101). La idéntica función es la «responsabilidad» por los daños causados al acreedor». Cfr. *Comentario al artículo 1.096 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 24; en esta línea, para MORENO QUESADA las consecuencias que genera el incumplimiento de las obligaciones dependen de la concurrencia de dos factores, la imputabilidad al deudor y la posibilidad de que todavía pueda obtenerse el cumplimiento: «Dándose ambas circunstancias, puede afirmarse con carácter general, que la Ley pretende que su patrimonio quede finalmente como si hubiese habido un exacto cumplimiento: y para ello, sin duda, el mejor procedimiento es facilitarle el comportamiento omitido, procurárselo de la misma forma en que debió ser y no fue realizado por el deudor; lo que se denomina cumplimiento específico que, por la forma en que va a darse, hay que calificar como forzoso. ¿Y cuál es la forma de actuarlo? En principio, como se ha puesto de relieve, mediante el ejercicio de la llamada «acción de cumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 152, p. 494.

[254]Artículo 7.2 del Código civil. «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

[255]Cfr. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, pp. 1046 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, *en Lacruz y otros, Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, Vol. 1°*, Barcelona, 1985, pp. 262 y ss.; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, pp. 171 y ss.

cumplimiento satisface es reintegradora del derecho lesionado[256], y en esto se diferencia de la acción para reclamar la indemnización de daños y perjuicios, cuya finalidad es eminentemente resarcitoria[257], es decir, pretende reparar las consecuencias o los daños que el incumplimiento le haya ocasionado al acreedor.

Por su naturaleza, la pretensión de cumplimiento es una acción de condena, y encierra la reclamación, que se interpone ante los Tribunales, de que le sea impuesto coactivamente al deudor el comportamiento debido[258].

Paralelamente, se ha indicado que el término pretensión tiene un carácter más general, y no condiciona necesariamente el ejercicio judicial de la facultad del acreedor. Con esta orientación se persigue, simplemente, destacar la posibilidad que tiene el acreedor de obtener el cumplimiento específico de la obligación. Con tal expresión, por tanto, lo que se significa es que el acreedor no excluye la realización de la misma conducta debida por el propio deudor[259].

Por último, se ha observado que el fundamento de la pretensión de cumplimiento, al igual que el de la responsabilidad contractual, se asienta en el contrato[260]. De ello deriva

---

[256]CARRASCO PERERA hace referencia a la específica función de tutela del vínculo que desempeña la acción de cumplimiento. Vid. op. cit. en nota 241, p. 402; PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1047.

[257]Vid CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 241, pp. 402-403; PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1047; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 439.

[258]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 678.

[259]Cfr. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 23.

[260]Cfr. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1047; en contra, se ha manifestado CARRASCO PERERA, en el sentido de que no entiende que el contrato deba considerarse fundamento de la pretensión de cumplimiento: «Consecuencia de esta independencia de fines y presupuestos no puede ser sino el rechazo de otra opinión, sustentada por PANTALEÓN, según la cual el fundamento de la responsabilidad contractual no es la culpa, sino el contrato; con independencia de las funciones que pueda o no desempeñar la culpa, lo que no me parece sostenible es que el fundamento del artículo 1.101 esté -como el autor sostiene- en el principio *pacta sunt servanda*. De nuevo, por la razón dicha, de que la responsabilidad contractual ni es efecto, ni contenido de la obligación preexistente, ni se desenvuelve como una «garantía» de ésta». Cfr. op. cit. en nota 241, pp. 403-404; a ello, le ha replicado PANTALEÓN que está de acuerdo con la consideración de que la responsabilidad contractual ni es efecto, ni contenido de la obligación preexistente, ni se desenvuelve como una garantía de ésta. «Cuando yo he afirmado que el contrato es la fuente o el fundamento de la responsabilidad contractual, no he pretendido más que, por un lado, ofrecer la única justificación que considero razonable de la extensión de las garantías y la identidad del plazo de prescripción; y por otro, dejar claro que todo el régimen de la responsabilidad contractual, tanto del *an* como del *quantum respondatur*, refleja la distribución de riesgos operada por las partes al tiempo de contratar». Cfr. op. cit. en nota 174, pp. 1047-1048, nota 66.

el que la duración del plazo de prescripción de ambas pretensiones sea la misma, si bien en la acción de cumplimiento, el plazo empieza a correr desde el día en que legalmente pudo ejercitarse, mientras que en el de la responsabilidad, el plazo de prescripción comienza desde que nace la obligación de indemnizar, al manifestarse el evento dañoso[261].

Por otro lado, la pretensión de cumplimiento es incompatible con la resolución del contrato. El acreedor, en su caso, podrá elegir entre una u otra pretensión[262]. No obstante, cabe la posibilidad de que el acreedor reclame, simultáneamente, el cumplimiento de la obligación y la indemnización por los daños que el no cumplimiento inicial le hubiera ocasionado[263].

Asimismo, el acreedor podrá interesar la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste apareciere imposible[264]. Se ha indicado, en este sentido, que en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación, puede, de igual modo, el acreedor preferir no resolver el contrato y pretender, si existe, el *comodum representationis* -artículo 1.186 del Código civil[265]-, además de, en su caso, la indemnización que reste hasta lograr la completa estimación de su interés en el cumplimiento[266].

---

[261]Cfr. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1047.

[262]Vid. MONTÉS PENADÉS, *Comentario al artículo 1.124 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. I*, Madrid, 1989, p. 1127; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, pp. 207 y ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, Vol. II*, Madrid, 1985, pp. 285 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 255, p. 274; PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1049.

[263]Vid. CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 241, p. 400; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit. en nota 262, p. 285; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 255, p. 277; PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, pp. 1049-1050.

[264]Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA que, además, señala que la imposibilidad no ha de entenderse en sentido absoluto, es decir, como aquélla que de ser fortuita hubiera liberado a la otra parte, «sino incluyendo los casos en que, ante la actitud del deudor que continúa resistiéndose al cumplimiento, su tardanza indefinida frustraría el fin del contrato». Cfr. op. cit. en nota 255, p. 274.

[265]Artículo 1.186 del Código civil.«Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta».

[266]Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1050; igualmente, este mismo autor observa que en el supuesto de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, la otra, que ejercitó la facultad de resolver, está legitimada para reclamar al incumplidor una indemnización de daños y perjuicios en la medida de su interés en el cumplimiento del contrato, o interés contractual positivo. Vid. PANTALEÓN, *Resolución por incumplimiento e indemnización*, Anuario de Derecho Civil, 1989, pp. 1143 y ss.; vid. en contra a DELGADO ECHEVERRÍA que indica, a este respecto, lo siguiente: «Si se opta por la resolución, en congruencia con su

2.2.3. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA OBLIGACIÓN DE HACER

Con carácter general, el artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece en su primer párrafo una disposición común para toda prestación de hacer. En este sentido, se concede al deudor un plazo para cumplir aquello que se le ordene para la ejecución de la sentencia[267]. Nos encontramos, con esta norma, con la primera medida de carácter conminatorio que ha de practicar la autoridad judicial[268].

No obstante, no existe en nuestra ley procesal indicación alguna respecto a la duración de tal plazo, cuya fijación, como ya se ha señalado, queda al arbitrio judicial[269].

Se ha indicado que tal medida es razonable, en cuanto que no en todas las obligaciones de hacer concurren idénticas circunstancias, las cuales tendrá que tomar en consideración el Juez para fijar tal plazo[270]. Sin embargo, el recurso a este modo de actuación puede ocasionar retrasos y tardanzas que pueden ser, en principio, considerados inapropiados, por perjudicar los intereses del acreedor[271].

Parece ser que la fijación del señalado plazo por el Juez puede ser considerada como

---

naturaleza y efectos retroactivos, el resarcimiento habría de ser del interés contractual negativo, es decir, para colocar al contratante en aquella situación patrimonial en que se habría encontrado si el contrato no se hubiese concluido; pero no como si el contrato se hubiese cumplido debidamente, pues a ello se ha renunciado al resolver». Cfr. op. cit. en nota 255, p. 277.

[267]Cfr. HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 471.

[268]VERDERA SERVER señala que esta previsión no tiene demasiada efectividad en la práctica. «Se considera inútil conferir un nuevo plazo al ejecutado para alargar así la solución definitiva del pleito, porque pese a la atribución de ese nuevo plazo, el deudor que ha tomado la decisión de no cumplir no lo hará en ese lapso. Piénsese que es ya la tercera posibilidad que tiene el obligado para ejecutar la prestación: la primera fue cuando venció la obligación, la segunda cuando devino firme la sentencia y ésta la tercera». Cfr. op. cit. en nota 241, p. 284; vid. asimismo, FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil III*, Madrid, 1995, p. 325, nota 6; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil 2°*, Barcelona, 1994, p. 78.

[269]FERNÁNDEZ indica que tal plazo ha de ser corto, pues la dilaciones o demoras en la ejecución de la sentencia únicamente favorecen al deudor. Vid. op. cit. en nota 268, p. 325; vid. también TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Palma de Mallorca, 1984, p. 108; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 284.

[270]Cfr. MANRESA, *Comentario al artículo 924 de le Ley de Enjuiciamiento civil, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, Tomo IV*, Madrid, 1955, p. 493; vid. también FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, p. 325.

[271]Cfr. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 284; vid. igualmente MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 78.

una manifestación del *favor debitoris*, pues en las obligaciones de hacer fungibles carece de sentido la concesión de un nuevo plazo al deudor, en tanto que siempre cabría la posibilidad de ejecutar la misma prestación por una tercera persona y a costa del deudor, y en las prestaciones de hacer infungibles es este mismo principio el que justificaría el intento del legislador de obtener, hasta el último instante, el cumplimiento en forma específica de la obligación, a través del mantenimiento, en la medida de lo razonable, de la posibilidad de ejecución de la prestación por el mismo deudor[272].

Dentro de este plazo que el Juez concede al deudor para cumplir, puede éste ejecutar la prestación, en cuyo caso nos encontramos ante la llamada ejecución procesal voluntaria[273]. Puede, asimismo, ejecutar parcialmente la prestación, es decir, llevar a cabo un cumplimiento fragmentario o incompleto, lo que obligaría a seguir el proceso de ejecución respecto de aquella parte de la deuda no efectuada[274]. O bien, puede, de igual modo, realizar un cumplimiento defectuoso de la obligación o contraviniendo al tenor de la misma, en este caso, habrá que tener en cuenta lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 1.098 del Código civil[275], es decir, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho[276].

El problema de esta última hipótesis es el de determinar quien ha de valorar el carácter defectuoso de la prestación. En este sentido, se considera que la competencia debe ser atribuida al Juez que, en el supuesto de que se requiera la posesión de conocimientos

---

[272]Como de residuo histórico ha calificado FERNÁNDEZ la concesión de este nuevo plazo al deudor, el cual, para este autor, poco o nada contribuirá al éxito de la ejecución. Vid. op. cit. en nota 268, p. 325; TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 269, p. 108, nota 188; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 285.

[273]Cfr. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 205; MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 78; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil, Tomo II*, Barcelona, 1986, pp. 1031 y ss.; FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, p. 327.

[274]Vid. MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 78; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 285.

[275]Artículo 1.098 del Código civil. «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa.

Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho».

[276]Cfr. MANRESA, op. cit. en nota 270, p. 494; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 229, p. 339; en esta dirección, CARRASCO PERERA indica que: «La «destrucción de lo mal hecho» en obligaciones de hacer y no hacer (arts. 1.098 y 1.099) no es nunca acción resarcitoria del artículo 1.101, pues no está fundada en la culpa ni criterio alguno de imputación, sino en la simple objetividad del incumplimiento material. Propiamente nos encontramos con una acción que «reestablece» la situación de cumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 241, p. 399.

técnicos específicos, habrá de abrir un incidente declarativo necesitado de prueba pericial[277].

Y, finalmente, cabe la posibilidad de que el deudor incumpla, de modo absoluto, el mandato contenido en la sentencia, en cuyo caso, la ejecución ha de proseguir adelante, para lo que será necesario distinguir entre prestaciones de hacer fungibles e infungibles[278].

2.2.3.1. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS OBLIGACIONES DE HACER FUNGIBLES

Se infiere del artículo 924 de la ley de Enjuiciamiento civil y del artículo 1.098 del Código civil que en el supuesto de condena a un hacer no personalísimo o fungible, transcurrido el plazo que el Juez haya señalado al efecto, si el ejecutado-deudor no cumple lo ordenado en la misma, la ejecución se verificará a su costa[279].

Ello implica que, como ya se ha indicado[280], la prestación será ejecutada, en los mismos términos y con igual eficacia satisfactoria para el acreedor, por una tercera persona distinta del propio deudor[281], que será sustituido por aquél y que deberá, en último término, hacer frente a los gastos que tal procedimiento haya ocasionado[282].

---

[277]VERDERA SERVER indica, en este sentido, que: «Puede chocar que, tratando de delinear la ejecución específica como una forma de protección del interés específico del acreedor, se deje en manos del juez una decisión de tanta trascendencia. Sin embargo, debe notarse que si el acreedor resulta satisfecho con la prestación (defectuosa) nada alegará, y por lo tanto la intervención del juez resulta un adecuado mecanismo para evitar los posibles abusos por parte del ejecutante». Cfr. op. cit. en nota 241, p, 286.

[278]Acerca de tal distinción, vid. el epígrafe 2 del capítulo primero de la presente investigación.

[279]Cfr. HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 471; MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 79; FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, pp. 326 y ss.; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 680; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 206; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 229, p. 336; MANRESA, op. cit. en nota 270, p. 494; MARTÍN-GRANIZO, *Comentario al artículo 924 de le Ley de Enjuiciamiento civil, Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y Jurisprudencia, dirigidos por José Luis Albácar López, Tomo II*, Madrid, 1994, p. 767; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 287.

[280]Vid. el epígrafe tercero del primer capítulo de esta investigación.

[281]Cfr. BADOSA, *Comentario al artículo 1.098 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 30; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, pp. 131-132; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 680; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 499.

[282]Cfr. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 206; HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, pp. 470-471; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 680; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 499; FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, pp. 326 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, op. cit. en nota 273, p. 1037.

En este sentido, se ha señalado que la vieja discusión acerca de si admitir o no la ejecución forzosa en las obligaciones de hacer, puesto que tal acogimiento supondría una violencia inadmisible sobre la persona del deudor, se ha resuelto mediante la recepción de la señalada objeción, lo cual supone que la ejecución, en estas obligaciones, se hace al margen de la persona del deudor, en tanto que el artículo 1.098 del Código civil señala que «se mandará ejecutar a su costa», es decir, a través de la intervención sobre su patrimonio[283]. De este modo, todavía prevalece la libertad personal del deudor, en tanto que se impide la compulsión judicial al mismo, en contra de su voluntad, a los efectos de que realice la prestación a su cargo[284].

Llegados a este punto, la doctrina se ha cuestionado acerca de cual sea la naturaleza de este cumplimiento forzoso, cuando incide sobre prestaciones de hacer fungibles.

En primer lugar, para algún autor esta ejecución es, al mismo tiempo, específica y genérica. Desde la posición del acreedor-ejecutante es específica, pues éste recibe la misma prestación instituida en el título, aunque la conducta la ejecute un tercero. Desde el punto de vista del deudor-ejecutado, la ejecución es genérica, pues su prestación se sustituye al tener que pagar una cantidad de dinero[285].

En esta línea, se ha observado que, desde el punto de vista del obligado, la operación se resuelve en una variante del resarcimiento del daño, desde el momento en que está llamado únicamente a soportar el coste de la subrogación forzada. En este sentido, se considera que en el supuesto de subrogación del deudor, la maquinaria ejecutiva se remite al mercado, a los fines de hallar en éste la prestación necesaria y adecuada para satisfacer el interés creditorio[286].

Frente a ello, se ha afirmado que tales hipótesis son poco satisfactorias, particularmente cuando se estima que las mismas constituyen, a la vez, supuestos de

---

[283]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 281, p. 30.

[284]Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 287.

[285]Vid. MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 80; RAMOS MÉNDEZ, op. cit. en nota 273, p. 1037.

[286]Vid. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, pp. 130-131; vid. el comentario a la tesis del anterior autor, también en VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 288.

ejecución o cumplimiento -desde la situación creditoria-, así como, al mismo tiempo, de resarcimiento del daño -desde la posición debitoria-. Se ha indicado que, en este caso, se combina la perspectiva del deudor y la del acreedor, sin inclinarse por ninguna de ellas, seccionando arbitrariamente la realidad y sin alcanzar, en concreto, una solución adecuada al respecto[287].

Otros autores, por el contrario, consideran más adecuado adoptar únicamente un solo criterio para el estudio de esta modalidad de ejecución, como, por ejemplo, el del acreedor[288].

Por otro lado, se ha sostenido que el cumplimiento forzoso de un hacer fungible no constituye un caso de ejecución específica, pues, aunque con tal procedimiento, se tiende a restablecer la situación en su origen antes de tal violación, el órgano actuante no se introduce en la esfera jurídica del ejecutado[289]. Se reputa que cuando un tercero realiza la prestación, tal ejecución no afecta en modo alguno a la esfera jurídica del ejecutado y, por ello, el fallo judicial no alcanza valor ejecutivo. Y no afecta a la esfera jurídico-patrimonial del obligado porque quien ejecuta la prestación en lugar del deudor, actúa sin relación alguna con su patrimonio[290].

En contra de la anterior tesis, se han pronunciado aquellos autores que sí consideran que la ejecución forzosa de una prestación de hacer fungible puede ser considerada como

---

[287]Cfr. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 288.

[288]Señala VERDERA SERVER, en este sentido, que es preferible adoptar un único punto de vista en el análisis de esta figura y que, en este caso, el criterio debe centrarse en la posición acreedora. «Y a partir de este enfoque es evidente que la situación nada tiene que ver con un resarcimiento del daño, ni con un resarcimiento en forma específica». Cfr. op. cit. en nota 241, pp. 288-289; vid. CARRASCO PERERA que indica lo siguiente: «Tratándose de una *obligación de hacer*, cuando la prestación es fungible, la «ejecución a costa del deudor» (arts. 1.098 del Código civil, 924 de la L.E.C.) es *cumplimiento*, no indemnización; cumplimiento forzoso con ejecución anticipada para pagar con los bienes del deudor el hecho de un tercero». Cfr. op. cit. en nota 241, p. 398.

[289]MAZZAMUTO indica, respecto a la subrogación forzada del deudor, lo siguiente: «es tenida conceptualmente distinta de la ejecución directa verdadera y propia, la cual envuelve siempre una violación de la esfera jurídica y de poder del obligado diversa de la mera sujeción de su patrimonio a medidas de expropiación». Cfr. op. cit. en nota 286, p. 132.

[290]Se considera, en este sentido, que solo existirá una verdadera sanción ejecutiva cuando haya que acudir al embargo y enajenación forzosa de los bienes del deudor, para lograr la cuantía que ha de satisfacerse al sustituto. Vid. tal exposición en VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p.289; TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 269, pp. 109-110; FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Camerino, 1983, pp. 178-179.

un medio de tutela satisfactoria o específica de la obligación[291].

Se estima que la medida a la que se hace referencia tiene carácter coercitivo, en tanto que supone una sanción que impone el Ordenamiento Jurídico ante la violación de un derecho, y que se desenvuelve en el seno de un procedimiento de ejecución, llevado a cabo sin o contra la colaboración del deudor[292], y cuya finalidad es, precisamente, el procurar al acreedor la misma prestación debida y no una cantidad dineraria correspondiente al perjuicio que se le haya provocado[293].

Es el proporcionar al acreedor la prestación debida, la satisfacción de su interés específico, con independencia de la persona que la ejecuta, lo que, en primer lugar, acomete la normativa que se estudia -artículos 1.098 del Código civil y 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil-, ya que, al tratarse de un hacer fungible, cabe siempre la posibilidad de ejecución *in natura* de la sentencia condenatoria con carácter preferente, al menos desde un plano teórico[294]. En este supuesto concreto, la solución es la ejecución a costa del deudor, dejando en un segundo plano la indemnización por daños y perjuicios[295]. Sólo cuando no sea posible el cumplimiento específico de la obligación, es cuando debe acudirse a la indemnización[296].

Se ha advertido que en este punto concreto, nuestra regulación normativa, que da prioridad al cumplimiento específico en las prestaciones de hacer fungibles, se diferencia del artículo 1.142 del *Code* civil francés, según cuyo texto toda obligación de hacer incumplida

---

[291]Vid. TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 269, p. 110.

[292]Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 269, p. 110.

[293]A este respecto, VERDERA SERVER indica que: «Conviene partir de un enfoque que no limite el fenómeno de la ejecución a la repercusión en el patrimonio del deudor, sino que analice la incidencia en la esfera jurídica del acreedor, en particular si alcanza la satisfacción de su interés específico». Cfr. op. cit. en nota 241, p. 290.

[294]Vid. HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, pp. 470-472; VERDERA SERVER indica que al tratarse de obligaciones de hacer fungibles no resulta fácil concebir una hipótesis en la que no se pueda recurrir a la ejecución de la prestación por un tercero. Vid. op. cit. en nota 241, p. 291.

[295]Cfr. HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, pp. 470-471.

[296]TAPIA FERNÁNDEZ apunta que, con apoyo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el acudir a la indemnización de daños y perjuicios permite que el patrimonio del perjudicado quede, por su aplicación y efecto, en situación igual o equivalente a la que tenía antes de haber sufrido tal daño. Vid. op. cit. en nota 269, p. 112.

se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, y en donde no se precisa ni detalla su regulación en función de la naturaleza fungible o infungible de la obligación[297].

Finalmente, la escasa regulación normativa en esta materia, plantea dos cuestiones de notoria importancia que todavía se encuentran sin resolver. En primer lugar, surge el interrogante de cómo hay que designar a la persona que ha de ejecutar la prestación «a costa del deudor» y cómo ha de ser remunerado. Y, en segundo lugar, se cuestiona el determinar con quién ha de quedar vinculado el tercero que ejecuta la prestación, o más concretamente, si con el Juez, con el deudor-ejecutado o con el acreedor-ejecutante.

Con respecto al primer interrogante, nuestra normativa únicamente señala que se hará a costa del obligado, de tal modo que solo refleja a cargo de quien corren los gastos de la ejecución[298]. De tal reglamentación, por tanto, cabe deducir que cualquier persona podría realizar la prestación y, del mismo modo, que el único sujeto que no podrá ejecutarla sería, precisamente, el propio deudor. De este modo, cualquier tercero, incluso el mismo acreedor, podrá ejecutar el cumplimiento señalado[299]. En consecuencia, y con respecto a la designación del tercero, se ha sugerido que tal indicación la efectúe el Juez, a propuesta del acreedor, y previa audiencia del ejecutado[300].

El segundo problema que nuestro Ordenamiento deja sin resolver es el relativo a con qué sujeto queda vinculado el tercero que ejecuta la prestación en sustitución del deudor.

---

[297]No obstante, acerca de estos extremos, veánse las conclusiones del punto tercero, tercer epígrafe, primer capítulo de esta investigación.

Vid. en relación al texto principal, HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 470.

[298]Vid. FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, p. 327.

[299]Vid. FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, pp. 327 y 328; VERDERA SERVER señala que si es el deudor el que ejecuta la prestación «nos encontraríamos ante una pseudoejecución voluntaria». Cfr. op. cit. en nota 241, p. 293.

[300]Vid. MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 80; FERNÁNDEZ señala, en este sentido, que: «Esta solución requiere, sin embargo, un mínimo desarrollo legislativo que en nuestro Derecho falta por completo. Ni se dice cómo, ni se dice quién debe elegir al tercero: ¿el Juez?, ¿el acreedor? o quizá el propio deudor. En principio, el tercero a quien se elija debería poseer, al menos las mismas "habilidades" que el ejecutado, y que fueron determinantes de que el hacer se le encargara. O, cuando menos, la posibilidad material, los medios que sean precisos para realizar la conducta de que se trate, pues el hacer no deja de ser fungible porque sólo lo puedan realizar un concreto número de personas (restauradores de muebles, encuadernadores de libros, fabricantes de neumáticos, etc.)... incluso podría hacerlo el propio acreedor a costa del deudor. Y la elección no es dato irrelevante, sobre todo, porque el precio que los distintos terceros pidan por su actividad puede ser muy diferente. La LEC nada dice -y, por tanto, nada seguro puede afirmarse-, pero parece que lo más adecuado sea que al tercero lo elija el Juez a propuesta del acreedor y previa audiencia del ejecutado».Cfr. op.cit. en nota 268, p. 328.

Las posibilidades que surgen, en este caso, pueden ser tres: o bien con el Juez, o con el propio deudor, o con el acreedor[301].

Se ha señalado, en primer lugar, que no existe relación jurídica alguna entre el Juez y el tercero, pues de lo contrario, ante la insolvencia del deudor-ejecutado, la actividad del tercero tendría que satisfacerla el propio órgano jurisdiccional, en definitiva, el Estado, cosa que parece, en principio, del todo inadmisible[302].

Del mismo modo, se estima que si en último término ha de ser el deudor quien haya de abonar la actuación del tercero, puede resultar lógico que la vinculación se estableciera entre el deudor-ejecutado y el tercero. Sin embargo, tal propuesta se caracteriza por ser poco realista, pues serán escasos los supuestos en los que el tercero admita constituirse en acreedor del ejecutado, ya que si éste previamente ha observado una conducta incumplidora de la obligación principal, tal hecho puede generar en el tercero poca seguridad en esperar cobrar aquellos gastos en los que incurrió para realizar el servicio que el deudor no ejecutó[303].

De lo anterior se infiere que sea el acreedor-ejecutante quien asuma el riesgo de la insolvencia del ejecutado[304] y, por ello, que el tercero quede vinculado con aquél. De este modo, para evitar los riesgos que tal insolvencia pudiera ocasionar en el acreedor, será necesario realizar el embargo preventivo al que hace referencia el párrafo segundo del artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento civil[305].

---

[301] Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 293; FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, pp. 328 y ss.

[302] Vid. MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 81; FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, p. 329.

[303] Cfr. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 293.

[304] Vid. FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, p. 329; MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 81.

[305] Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 294; MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 81.

Artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento civil. «Si la sentencia contuviere condena de hacer, o de no hacer, o de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida, se procederá a darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto, y que se expresan en los artículos que siguen.

En todos estos casos, si no puede tener inmediato cumplimiento la ejecutoria, cualquiera que sea la causa que lo impida, podrá decretarse el embargo de bienes a instancia del acreedor en cantidad suficiente, a juicio del Juez, para asegurar lo principal y las costas de la ejecución.

El deudor podrá librarse de este embargo dando fianza suficiente, a satisfacción del Juez».

En este caso, antes de que el ejecutante obtenga la correspondiente autorización judicial y contrate con el tercero la realización del servicio, deberá esperar a tener la información necesaria acerca de los bienes del deudor-ejecutado, a fin de proceder al embargo preventivo de los mismos, ya que para el acreedor podría ser mucho más perjudicial el tener que hacer frente a los gastos que la propia ejecución pudiera ocasionar, en el supuesto de que el ejecutado resultara insolvente, que el hecho de que la sentencia condenatoria quedara, en último término, sin ejecutar[306].

2.2.3.2. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS OBLIGACIONES DE HACER INFUNGIBLES

Ante la ausencia de ejecución de la prestación de hacer infungible, nuestro legislador contempla, como única consecuencia jurídica, el señalamiento de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor[307]. Esta es la solución que se desprende del párrafo primero del artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y que también cabe asimilar a la interpretación del artículo 1.098 del Código civil si lo relacionamos con los artículos 1.161[308] y 1.166 segundo párrafo[309] del Código civil[310].

En este caso, la satisfacción del interés específico del acreedor en el cumplimiento queda totalmente al arbitrio del deudor, pues si no cumple, nuestro Ordenamiento no prevé

---

[306]Vid. MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 81; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, pp. 294 y ss.

[307]Vid. MANRESA, op. cit. en nota 270, p. 494; MARTÍN-GRANIZO, op. cit. en nota 279, p. 767; FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, p. 331 y ss.; MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 82; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 295; TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 269, p. 128; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 680; BADOSA, op. cit. en nota 281, p. 30; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 206; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 499.

[308]Artículo 1.161 del Código civil. «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

[309]Artículo 1.166 del Código civil. «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».

[310]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 281, p. 30; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 295.

medio alguno en virtud del cual se posibilite la obtención del cumplimiento *in natura*. Y, en tanto no se dispone, como en el Ordenamiento francés por la vía de las *Astreintes*, de mecanismos de ejecución indirecta, al tener plena eficacia el viejo adagio latino *nemo ad factum praecise cogi potest*[311], asume completa efectividad el paralelismo y la reciprocidad entre la infungibilidad de la prestación y su incoercibilidad, lo cual supone, por tanto, que no cabe admitir constricción de clase alguna ante la conducta infungible del deudor[312].

Por tanto, si el hecho que el deudor se ha comprometido a realizar es personalísimo, lo cual supone que el acreedor no verá satisfecho su crédito mediante la actuación de un tercero, la solución que ofrece nuestro Ordenamiento, ante un posible incumplimiento por parte del obligado, es insuficiente, pues implica que el acreedor ha de conformarse con el equivalente pecuniario[313].

En este sentido, se ha criticado nuestra regulación normativa en materia de prestaciones infungibles, y se ha señalado la falta de interés con la que el legislador ha estructurado la posibilidad de obtener el cumplimiento específico, y la semejante sencillez con que se alcanza la indemnización de daños y perjuicios[314]. Se opta, en estos supuestos, por el remedio más sencillo y asequible, que, en muchos casos, no satisface enteramente los intereses del acreedor ni la tutela de sus derechos[315].

En consecuencia, en la obligación de hacer infungible, en la medida en que el deudor no puede ser sustituido por un tercero, es el acreedor quien asume los riesgos de un ocasional incumplimiento, en cuyo caso, solo tendría la posibilidad de interesar la

---

[311] Vid. TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 269, pp. 128-129; MARTÍN PÉREZ, op. cit. en nota 229, pp. 329 y ss.

[312] Vid. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 286, p. 101; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 296.

[313] TAPIA FERNÁNDEZ considera que tal remedio es raquítico frente a tal grave problema. Vid. op. cit. en nota 269, p. 129.

[314] Vid. FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, pp. 331 y ss.; TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 269, pp. 128 y ss.; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 297.

[315] Vid. MONTERO AROCA, op. cit. en nota 268, p. 82; FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 268, p. 332; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 297.

indemnización de los daños y perjuicios o, de otro modo, la resolución del contrato[316].

No obstante, el acreedor, en virtud de la asunción de los riesgos que el incumplimiento de tal clase de obligaciones le acarrea, tiene la posibilidad de prevenir estas eventualidades mediante la negociación en el contrato de mecanismos de coerción privada, tales como, por ejemplo, la cláusula penal. Disposiciones que, en cierto sentido, pueden suponer para el deudor medidas de presión al cumplimiento, ante la amenaza de tener que abonar una considerable suma, como resultado de la dilación o de la falta de realización de la prestación debida[317].

2.2.4. EL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Un mandamiento *-decree-* de *specific performance* entraña una orden judicial encaminada a constreñir a la parte incumplidora a ejecutar aquello a lo que se había comprometido, en virtud de una concreta obligación a la que estaba vinculado[318].

Se trata de un medio de ejecución directo cuyo origen expresa la convicción de que existen una serie de supuestos en los que los remedios disponibles en el *Common Law* no son adecuados para resolver los problemas que puedan surgir en todas las hipótesis de

---

[316]Propone PINTÓ RUIZ que, en estas hipótesis, lo aconsejable es solicitar la resolución del contrato en lugar de solicitar el cumplimiento mediante su sustitutivo *id quod interest*, «con lo que se obtendrá la restitución de lo que se había pagado ya (o la exoneración de la obligación de pagar) y además la indemnización de daños y perjuicios. En cambio, si se solicita el cumplimiento (necesariamente en forma de *id quod interest*), se podría producir el error técnico de confundir el *id quod interest* con la indemnización de daños y perjuicios, y en lugar de satisfacer los dos intereses (cumplimiento más indemnización), satisfacer sólo uno (indemnización) o quizá ninguno si la prueba del daño no es contundente. En cambio, solicitando la resolución, queda perfectamente deslindado el derecho a recuperar lo ya prometido o a exonerarse de la obligación, y el derecho autónomo y distinto consistente en solicitar los daños y perjuicios». Cfr. *Incumplimiento de las obligaciones civiles, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XII*, Barcelona, 1965, p. 194.

[317]Vid., por todos, VERDERA SERVER que indica que la solución a los problemas que la incoercibilidad del *facere* infungible puede ocasionar debe trasladarse al campo de las previsiones de las partes en el contrato, pues, en este ámbito, puede recibir una solución más adecuada, preferible a la reproducción de tal problemática en el terreno judicial. Vid. op. cit. nota 241, p. 298.

[318]Vid. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTOM, *Law of contract*, London, 1991, p. 628; CHITTY, *On contracts, Volume I*, London, 1968, p. 710.

incumplimiento contractual[319].

En el *Common Law*, la regla general aplicable supone la consideración de que el único remedio posible que cabe acordar, ante una situación de infracción-contravención al tenor de la obligación, es el resarcimiento de los daños y perjuicios -*damages*- que tal incumplimiento haya podido ocasionar al acreedor[320].

Es en este sentido, en el que se ha señalado que la idea de que la perfección de un contrato genera un inexcusable deber de cumplimiento es una noción extraña al *Common Law*, pues la única consecuencia de la contracción de una promesa, jurídicamente vinculante, tiene como efecto exclusivo el que el promitente ha de satisfacer daños y perjuicios si el acto prometido no llega a acaecer[321].

Ha sido, precisamente, en los Tribunales de la *Equity*[322], en los que gradualmente han ido surgiendo reglas en virtud de las que, en numerosos casos, se moderaba el severo principio del *Common Law* según el cual una solicitud de cumplimiento específico de una obligación era siempre considerada inadmisible. Conforme a estas reglas, un demandante podía, excepcionalmente, interesar el cumplimiento *in natura* si era capaz de persuadir al Tribunal de la *Equity* -equidad- de que los remedios de los que disponía la «Ley» -*Common Law*-, especialmente la acción de daños y perjuicios por incumplimiento, eran inadecuados.

No obstante, aún hoy día se mantiene casi inalterable el principio según el cual la

---

[319]Cfr. SARFATTI, *Specific performance, Nuovo Digesto Italiano, T. XII, p. 1ª*, Torino, 1940,p. 712; ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1989, p. 442; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. nota 318, p. 628.

[320]Vid. ZWEIGERT, *Introduction to comparative law*, Oxford, 1992, p. 515; ATIYAH, op. cit. nota 319, p. 442; HUNTLEY, *Contract. Cases and materials*, Edinburgh, 1995, p. 389; VERDERA SERVER, op. cit. nota 241, p. 124; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. nota 25, p. 296; BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, pp. 35 y ss.; PANTALEÓN, op. cit. en nota 173, p. 1728.

[321]Indica, en este sentido, ZWEIGERT que al precisar que el *Common Law* no dispone que las resoluciones judiciales obliguen al deudor a cumplir su obligación, se está refiriendo solamente al *Common Law* en sentido estricto, es decir, a aquellas reglas legales que históricamente se desarrollaron en el seno de los Tribunales de la *Royal Court*. Vid. op. cit. en nota 320, p. 515.

[322]Señala VERDERA SERVER que es a partir del siglo XIV, cuando surgen los Tribunales de la *Equity*, momento en el que se empiezan a valorar los inconvenientes de la rígida solución aportada por los Tribunales del *Common Law* de conceder siempre, y como único remedio, el resarcimiento de daños y perjuicios. Vid. op. cit. en nota 241, p. 125.

reclamación de cumplimiento específico tiene un carácter excepcional[323].

De este modo, se indica que el principal argumento en defensa de una solicitud de cumplimiento específico es aquel que consiste en la estimación de la improcedencia e inadecuación de la sanción normal de daños y perjuicios del *Common Law,* así como que no cabe que el interés que el demandante tiene en el cumplimiento *in natura* del contrato pueda ser adecuadamente transformado en términos monetarios[324].

De lo anterior se infiere que, con carácter general, un sujeto no puede, en el supuesto de incumplimiento contractual, compeler a la otra parte al cumplimiento específico de la obligación a su cargo. Éste habrá de conformarse con una compensación económica, ante el quebranto que tal infracción haya podido ocasionarle. Pero, en determinadas hipótesis, cuando el resarcimiento económico no pueda ser considerado como un remedio adecuado, el Tribunal puede otorgar un mandamiento de *specific performance* o de *injunction*, a través del que se ordena al demandado a hacer, en virtud de la aplicación del primer remedio, o a abstenerse de realizar, si lo que se ordena es la segunda medida, aquello a lo que se había comprometido.

Cabe, además, advertir que un mandamiento de *specific performance* es apropiado para hacer ejecutar una prestación de contenido positivo, mientras que la *injunction* es adecuada cuando a lo que se ha obligado el sujeto es a un comportamiento negativo, o a la abstención de la ejecución de una concreta conducta.

No obstante, en determinados supuestos, también es posible obtener una *injunction* para compeler a la parte incumplidora a la ejecución de una prestación positiva, como, por ejemplo, para prohibir a un sujeto usar una determinada propiedad de forma contradictoria con el contenido del contrato[325].

La principal sanción por incumplimiento de estos mandamientos judiciales, es la

---

[323]ZWEIGERT apunta, a este respecto, lo siguiente: «incluso hoy, constantemente se pone de relieve que el otorgamiento de la *specific performance* queda a completa discrecionalidad del Juez, aunque tal facultad, como resultado de una extensa práctica judicial, ha sido ampliamente ejercitada de acuerdo a reglas fijas, sujeta al principio de *stare decisis* -decisiones consolidadas- mucho más que otras áreas del derecho anglo-americano». Cfr. op. cit. en nota 320, p. 515; vid. también, CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 629; ATIYAH, op. cit. en nota 319, pp. 441-442.

[324]Vid. ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 515; CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 710.

[325]Cfr. ATIYAH, op. cit. en nota 319, p. 442.

amenaza de arresto por desacato a la autoridad del Tribunal -*Contempt of Court*-[326]. Tal instituto, que tiene dimensiones bastante amplias y se conduce en la práctica a prevenir o a reprimir cualquier perturbación de la función jurisdiccional, es adecuado también para proveer, en el terreno de la *Equity*, la posibilidad de conseguir *in natura* el resultado de la obligación de hacer o de no hacer, respecto de las cuales, el *Common Law* no ofrece otro medio de tutela que el resarcimiento pecuniario[327].

Con la expresión *specific performance* se quiere, por tanto, referir a aquel remedio disponible en la *Equity* para compeler a un sujeto a que cumpla efectivamente con su obligación contractual[328].

Asimismo, se indica que esta medida es, en cierto sentido, mas amplia que la propia acción por daños y perjuicios, pues la *specific performance* puede ser ordenada incluso antes de que haya habido un incumplimiento de la obligación. No obstante, no será concedida si el contrato adolece de algún vicio, tal como defecto de forma -*informality*-, error -*mistake*- o ilicitud -*illegality*-, circunstancias que invalidan el contrato o lo transforman en inejecutable[329].

También se observa, que tales mandamientos -*specific performance* e *injunction*- tienen un carácter discrecional, lo cual supone, por un lado, que no pueden ser exigidos, al contrario que los daños y perjuicios -*damages*-, como un derecho de la parte que pretenda su señalamiento y, por otro, que es una facultad potestativa del Tribunal, que puede concederlos o no.

Esto no significa que la decisión judicial esté sujeta a la libre y voluntaria arbitrariedad del juzgador, éste deberá tener en cuenta, para no conceder estas medidas, cuestiones tales como la dificultad de acatarlas o aspectos similares, así como la consideración acerca de si su otorgamiento, con arreglo a las particulares circunstancias del

---

[326]Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 125; ATIYAH, op. cit. en nota 319, p. 442; Para BORRÈ: «La idea de un poder del juez de defender la propia jurisdicción contra la hostilidad del obligado que, a pesar de la condena, persiste en el incumplimiento, ha hallado en el derecho anglosajón, a través del instituto del *Contempt of Court*, el más amplio desarrollo y las más sugestivas aplicaciones». Cfr. op. cit. en nota 320, p. 34.

[327]Vid. BORRÈ, op. cit. en nota 320, p. 35; SARFATTI, op. cit. en nota 319, p. 713.

[328]Cfr. CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 710.

[329]Cfr. CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 709.

caso, podría frustrar, de algún modo, los específicos fines de la Justicia.

En esta línea, se ha precisado que «realmente el principio determinante ha sido siempre que la *Equity* solamente pronunciará un mandamiento de *specific performance* si, bajo todas las circunstancias, es justo y equitativo hacerlo así»[330].

Existen dos reglas básicas que gobiernan la concesión de estos remedios.

La primera, implica que únicamente se concederán cuando el resarcimiento de daños y perjuicios sea una solución inadecuada. Esto supone que el Tribunal no otorgará el cumplimiento específico cuando el contrato tenga como objeto bienes que puedan ser fácilmente obtenibles en cualquier otro lugar, o cuando pueda conseguirse un objeto equivalente que satisfaga del mismo modo al acreedor o que, sin esfuerzo, el objeto pueda alcanzarse por otros medios, y en aquellos otros para los que los daños y perjuicios se consideren perfectamente adecuados[331].

La segunda regla, evidencia que el cumplimiento específico no será ordenado por un Tribunal a menos que éste se encuentre en una situación en la que sea capaz de verificar si éste ha sido efectiva y correctamente ejecutado. En este caso, cuando se tenga una gran dificultad en constatar si su mandato ha sido obedecido, o si tal supervisión puede suponer una prolongada dilación, el Tribunal deberá rechazar la solicitud de cumplimiento específico y ordenar el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento[332].

Esto tiene como consecuencia el que no se mandará ejecutar *in natura* una obligación cuando una de las partes esté sujeta a la realización de una prestación continuada en el tiempo, lo cual supondría una constante supervisión para el juzgador.

En este sentido, se entiende que un contrato de trabajo no puede ser objeto de un

---

[330]Vid. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 630; CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 715; ATIYAH, op. cit. en nota 319, p. 442; ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 515.

[331]Se señala que el cumplimiento específico será concedido cuando el contrato tenga por objeto, por ejemplo, la venta de un particular terreno, pues, se entiende que no existen dos parcelas que sean completamente similares. También se ha concedido la *specific performance* para un contrato de venta de un bien único o muy inusual o excepcional, como, por ejemplo, una concreta embarcación, que no sea fácil de obtener en otro lugar, en este caso, deberá, asimismo, acreditarse que tal nave por sus características propias la hacen adecuada únicamente para el uso del demandante. Vid. ATIYAH, op. cit. en nota 319, p. 443; CHITTY, op. cit. en nota 318, pp. 710-711; CHESSHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, pp. 628-629; ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, pp. 515-517.

[332]Cfr. ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 517.

mandamiento de ejecución específica. Del mismo modo, también ha sido denegada la solicitud de cumplimiento específico de una obligación consistente en un arrendamiento de servicios cuyo objeto consistía en tener a un portero, en un concreto edificio, a completa disposición y asistencia de los ocupantes del mismo. Igualmente, se desestimó la demanda de cumplimiento *in natura* en un contrato que consistía en cultivar una señalada granja agrícola de una particular forma. Incluso, no se admitió la petición de resarcimiento específico en una obligación de una compañía ferroviaria de dirigir determinadas señales, así como de hacerse cargo de la provisión de combustible. Finalmente, tampoco se estimó la reclamación de *specific performance* cuyo objeto consistía en solicitar el cumplimiento, al propietario de una particular embarcación, de las obligaciones inherentes a la ejecución de un contrato de fletamento[333].

Sin embargo, se admite que, aunque sea difícil de supervisar el cumplimiento de un mandamiento de *specific performance*, lo mismo no puede decirse de una *injunction* negativa. Pues, es posible, en determinadas hipótesis, prevenir que una de las partes incumpla la obligación a su cargo mediante la aplicación de este remedio, cuando no pueda compelérsele efectivamente al cumplimiento del contrato a través de la *specific performance*. Esto ocurre, especialmente, en el contrato de trabajo, en el que no se admite el cumplimiento específico, pero en el que, bajo determinadas condiciones, es posible la obtención de una *injunction* que impida al trabajador prestar sus servicios en beneficio de uno o varios empresarios distintos de aquél con quien estaba vinculado y, en su caso, como efecto de tal prohibición, impulsarle indirectamente al cumplimiento de sus propias obligaciones. De todos modos, una *injunction* nunca tendría un alcance tan extenso como para imponer a un asalariado la opción de trabajar para su empresario o pasar hambre[334].

La dificultad de supervisión de una orden de *specific performance* es también un motivo para rechazar la solicitud de cumplimiento específico en contratos cuyo objeto sea la construcción o la reparación de inmuebles[335].

---

[333]Vid. CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 714; ATIYAH, op. cit. en nota 319, p. 443; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. nota 318, pp. 633-634.

[334]Cfr. ATIYAH, op. cit. en nota 319, p. 443.

[335]Vid. ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 517; ATIYAH, op. cit. nota 319, p. 443.

No obstante este principio de carácter general, en determinados supuestos, en lo que respecta al contrato de obra, se ha admitido la solicitud de cumplimiento específico, a pesar de los inconvenientes de verificación del cumplimiento del mandato judicial[336].

En principio, la regla habitual es la no concesión de *specific performance* en los contratos de obra, cuando éstos tengan por objeto la construcción o la reparación de inmuebles. Este razonamiento se apoya principalmente en los siguientes tres motivos: en primer lugar, se considera que la indemnización de daños y perjuicios puede ser un remedio adecuado si puede contratarse a otro constructor para que realice el trabajo dejado de hacer por el deudor; en segundo lugar, es una práctica habitual que en este tipo de contratos no suela especificarse, con la suficiente claridad y certeza, el trabajo que hay que desarrollar, lo que impediría al Tribunal la efectiva constatación de que el cumplimiento efectuado por el deudor se ajuste realmente al específico contenido del contrato; y, en tercer lugar, se estima que el cumplimiento específico requeriría una constante supervisión por parte del Tribunal que decretara la señalada orden, y ello es motivo suficiente para rechazar la solicitud del mismo[337].

Por el contrario, una solicitud de cumplimiento específico en un contrato de obra, cuyo objeto sea la construcción o la reparación inmobiliaria, será estimada siempre que se cumplan las siguientes condiciones: como argumento inicial, se considera que es necesario que las concretas particularidades del trabajo se encuentren tan claramente especificadas que el Tribunal pueda determinar, sin dificultad alguna, exactamente lo que se precisa para el estricto cumplimiento de la obligación; la siguiente premisa exige que el interés del demandante en el cumplimiento de la obligación tenga una naturaleza tan sustancial que no sea posible compensarlo adecuadamente, por el incumplimiento del contrato, mediante la indemnización de daños y perjuicios; y, por último, se requiere, además, que el demandado incumplidor esté en posesión del terreno en el que el trabajo haya de ser realizado[338].

---

[336]Vid. CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 714; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 634.

[337]Cfr. CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 715.

[338]Vid. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 634, CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 715; ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 517; cfr. McGREGOR, *Contract code*, Barcelona, 1997, pp. 98-99.

En esta misma línea, los Tribunales excluyen la *specific performance* cuando el contrato tenga por objeto la ejecución de servicios personales[339]. En este caso, se considera desventajoso y, en muchos supuestos, realmente imposible, compeler a la parte renuente al cumplimiento a mantener una personal y continua relación con el otro contratante. Por ello, se juzga acertado estimar que no es procedente la orden de ejecución específica de un contrato cuyo objeto sea la realización de servicios de carácter estrictamente personal[340].

Del mismo modo, a la admisión de la *specific performance* para el cumplimiento de un contrato de servicios personales se le ha objetado el que, a través de ella, se estaría forzando a la parte incumplidora a caer en una especie de involuntaria esclavitud, lo cual es del todo punto inadmisible[341].

Asimismo, se observa que en un contrato de tales características, el cumplimiento bajo coerción probablemente sería de muy dudosa calidad, así como, se tiene en cuenta el que, para el Tribunal, sería extremadamente difícil determinar si los servicios ejecutados de este modo concuerdan fielmente con lo convenido en el contrato[342].

En este terreno de los servicios estrictamente personales, la cuestión de la denegación del cumplimiento específico ha trascendido principalmente al ámbito laboral, donde se estima que la demanda, para compeler a un empresario a proseguir la relación laboral con un trabajador a su servicio, está excluida de la *specific performance* debida al carácter personal de la misma, así como entra en el ámbito de la libertad de empresa el decidir quienes forman parte de la plantilla de la misma. Aunque se admite la posibilidad de reintegración en el puesto de trabajo, cuando la relación entre las partes no es la ordinaria que existe entre patrón y sirviente, es decir, cuando, por ejemplo, una persona es despedida injustamente de un empleo de carácter público, debido a un incumplimiento de los términos

---

[339]Vid. CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 713; CHSHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 631; ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 517; McGREGOR, op. cit. en nota 338, pp. 99-100; SMITH & THOMAS, *A casebook on contract*, London, 1987, pp. 459 y ss.; SARFATTI, op. cit. en nota 319, p. 713; VERDERA SERVER, op. cit. nota 241, p. 131.

[340]Vid. CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 714.

[341]Vid. ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 517; McGREGOR, op. cit. nota 338, p. 100.

[342]Cfr. ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, pp. 517-518.

establecidos en su contratación[343].

Cuando, de otro modo, se demanda al trabajador para compelerle a ejecutar sus servicios para el empresario, se considera que el principio que se implica en este caso es el de la libertad personal y ello determina la desestimación de la ejecución *in natura* de la concreta prestación a la que estaba obligado.

Se aprecia, por los Tribunales, que la libertad personal tiene un mayor valor que el cumplimiento específico de un determinado contrato y, por ello, no debe admitirse la explotación ni el sometimiento personal del trabajador a cambio de un salario previamente fijado[344].

También, se excluye, en función de estas mismas consideraciones, el cumplimiento específico en aquellos contratos de los que se deriven la realización de servicios personales aunque no se trate, en sentido técnico, de contratos de servicios. Tal es el caso de un acuerdo para permitir a un subastador vender una colección de trabajos o de piezas de arte, o de contratos cuyo objeto sea la consecución de propósitos científicos o que consistan en la realización de actos de caridad o con fines altruistas, así como en determinados contratos de agencia, de sociedad, o de aprendizaje[345].

No obstante, en estos casos, la parte perjudicada tiene la posibilidad de, si es factible y se cumplen las condiciones para ello, obtener, mediante una *injunction*, una reparación diferente a la mera indemnización de daños, pues cabe obtener una orden que prohíba al incumplidor ejecutar un servicio personal análogo para cualquier otra persona.

A partir de la decisión de los Tribunales en la causa de *Lumley v Wagner*[346] se ha

---

[343]Vid. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 632; CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 713; cfr. McGREGOR, op. cit. en nota 338, p. 100.

[344]Cfr. McGREGOR, op. cit. en nota 338, p. 100.

[345]Vid. CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 713; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 632.

[346]En el caso *Lumley v Wagner*, la demandada había convenido con el demandante cantar, en el teatro *Drury Lane*, dos noches a la semana durante un período de tres meses, y a no realizar esta misma prestación en ningún otro teatro durante tal período, sin la expresa autorización escrita por parte del demandante. Con posterioridad, la demandada acordó, a cambio de un mayor salario, cantar, en el mismo lapso temporal, para el Sr. *Gye* en el *Covent Garden* y renunciar al contrato que le vinculaba, en primer lugar, con el demandante. Se indica que, en este caso, es obvio que una orden de *injunction*, en virtud de la que se prohíba al demandado al incumplimiento de la obligación negativa que ha contraído, podría constreñirle al cumplimiento de la obligación

acogido el principio en virtud del cual, los Tribunales tienen jurisdicción para impedir la violación de una estipulación negativa, incluso si ésta es accesoria a un acuerdo positivo para ejecutar servicios de carácter personal. En el fallo del presente procedimiento, se recoge expresamente la siguiente declaración: «Es verdad que no tengo medios para compelerla a cantar, pero ella no tiene motivos para lamentarse si le constriño a abstenerse de la comisión de un acto que ella misma se ha obligado a no hacer»[347].

Tal mandamiento de *injunction* puede ser pronunciado aunque el demandante sea incapaz de acreditar los daños y perjuicios que la inejecución de tal acuerdo pudiera ocasionarle[348].

Se ha admitido la *injunction* en contratos en los que se acuerda no cantar en otro lugar que no sea el teatro del demandante; no realizar, durante el período de empleo, negocios similares a aquel en el que ejerce el empresario para el que se prestan los servicios; y no trabajar como actor, durante el tiempo en el que se prolongue la relación laboral, para ninguna otra compañía distinta de la del empleador[349].

Sin embargo, una *injunction* será decretada únicamente si se cumplen dos condiciones: por un lado, debe deducirse claramente del contrato que el demandado se ha comprometido a no trabajar para la competencia del otro contratante; y, por otro, la *injunction* no debe impedir al demandado realizar cualquier otro tipo de actividad, pues, de otro modo, aquél se vería forzosamente obligado a contratar con el demandante, ya que se

---

positiva que le vinculaba con el primer empresario, en este caso, demandante. Para CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, la cuestión está en determinar si el Tribunal podría compeler al demandado por este medio indirecto. En esta hipótesis, para estos autores, los Tribunales se enfrentan con el siguiente dilema: «Para ellos no debe decretarse la *specific performance* en un contrato de servicios personales, así como no deben fomentar un incumplimiento deliberado de un contrato al rechazar una *injunction* en un supuesto que normalmente está sujeto a esta forma de reparación». Cfr. op. cit. en nota 318, p. 632; vid. también, CHITTY, op. cit en. nota 318, p. 725; SMITH & THOMAS, op. cit en. nota 339, p. 461; ZWEIGERT, op. cit en. nota 320, p. 518.

[347]Transcripción de la decisión del magistrado ponente, *Lord St. Leonards*, en *Lumley v Wagner*. Cfr. SMITH & THOMAS, op. cit en. nota 339, p. 461; vid. asimismo, CHITTY, op. cit en. nota 318, p. 725; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit en. nota 318, p. 632; ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 518; McGREGOR, op. cit. en nota 338, pp. 106-107.

[348]Cfr. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 632.

[349]Cfr. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 632.

considera que el desempleo no es una auténtica y real alternativa para nadie[350].

Se reputa, en estas hipótesis, que bajo ninguna circunstancia se concederá una *injunction*, a menos que el demandado haya concertado una estipulación negativa independiente, la cual, expresamente, impida actuar de modo contradictorio a un compromiso de carácter positivo.

En este sentido, se afirma que no cabe duda de que, por ejemplo, en un acuerdo mediante el que el demandado pacta emplear en el negocio del demandante todo su tiempo, se trata de un pacto positivo en su forma y comporta una estipulación negativa de no destinar el propio tiempo en beneficio de ningún otro. Sin embargo, y a pesar de ello, los Tribunales rechazan completamente la consideración de que, por este motivo, se impida a una persona a realizar cualquier otra actividad que pueda, en cierto sentido, ser contradictoria con aquello a lo que se ha obligado a hacer en virtud de tal estipulación[351].

Finalmente, la anterior restricción al cumplimiento específico no se aplica cuando los servicios no tienen carácter personal que puedan, en cierta medida, imponer una relación particular entre los contratantes. Cabe, por tanto, la ejecución específica, por ejemplo, en contratos de transporte de bienes; para publicar libros o una pieza musical; y, en las circunstancias ya examinadas, en ciertos contratos de obra[352].

Otro de los principios significativos en materia de *specific performance*, es el de la llamada reciprocidad -*mutuality*-. Según esta premisa, un Tribunal no ordenará el cumplimiento específico, a solicitud de una de las partes, a menos que pueda también decretarse en contra de él mismo, a instancias del otro contratante. Por ejemplo, se admite que si un sujeto se compromete a la realización de servicios de carácter personal o a ejecutar una obligación continuada en el tiempo, no puede exigir el cumplimiento específico de la obligación de la otra parte contractual, en tanto que tal recurso no se puede utilizar en

---

[350]Observan CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, en este sentido, que si A acuerda servir a B como actriz, y a no actuar para ninguna otra compañía, una *injunction* se concederá con la única y precisa finalidad de prohibirle romper la estipulación negativa. «En tal caso, ella no se encontrará con la alternativa de morir de hambre o servir a B, pues existen otros muchos modos en los que ella pueda ganar dinero y vivir». Cfr. op. cit. en nota 318, p. 633; Vid. asimismo, ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 518.

[351]Cfr. Mc GREGOR, op. cit. en nota 338, pp. 106-109, y esp. p. 108; Vid. también CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON. op. cit. en nota 318, p. 632.

[352]Vid. McGREGOR, op. cit. en nota 338, p. 100; CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 714.

contra de él mismo[353].

En la doctrina anglosajona, se considera que la hipótesis de la reciprocidad, como condición de la *specific performance*, tiene dos lecturas diferentes. Por un lado, desde un punto de vista positivo, este principio supone que un sujeto podría obtener el cumplimiento específico, incluso si se estima que los daños y perjuicios son un remedio adecuado ante el incumplimiento de la prestación de la que es acreedor, si la otra parte contratante está habilitada para solicitar este mismo procedimiento, pues se entiende que sería injusto denegar el cumplimiento específico a una de las partes mientras se le concede a la otra. Y, por otro, desde una visión negativa de la reciprocidad, ésta significa la denegación de la *specific performance* a uno de los contratantes en tanto no está disponible para el otro[354].

No obstante, el principio de la reciprocidad está sujeto a una serie de excepciones. Así, se señala, por ejemplo, que si una persona contrata con otra el alquiler de un terreno, si el primero de ellos construye en él, este último no puede constreñirle a ejecutar las obras pactadas en su propiedad, pero si aquél efectivamente edifica en la señalada parcela, podrá conseguir el cumplimiento específico de la promesa de la otra parte de arrendarle el solar en cuestión. Del mismo modo, si un sujeto se ha comprometido a vender una porción mayor de terreno de la que, de hecho, está facultado a enajenar, no puede obtener el cumplimiento específico de las obligaciones del comprador, pero este último podrá lograr que se constriña al vendedor a transmitir, a un precio inferior, aquella fracción de superficie de la que realmente es propietario. Igualmente, un sujeto mayor de edad puede interesar el cumplimiento específico de un contrato anulable, por haber sido celebrado durante su minoría de edad, incluso si éste hubiera podido inclinarse por la solicitud de nulidad del mismo. Asimismo, una persona víctima de una falsedad puede requerir el cumplimiento específico de un contrato, pese a que este recurso no pueda ejercitarse en su contra[355].

El número y la importancia de estas excepciones ha dado pie a la doctrina para dudar

---

[353]Por este mismo motivo un menor de edad tampoco puede solicitar el cumplimiento específico de una determinada obligación de la que es acreedor. Cfr. CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 718; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 630.

[354]Vid. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 630.

[355]Vid. CHITTY, op. cit. en nota 318, pp. 718-719; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit. en nota 318, p. 630-631.

de que el principio de la reciprocidad sea un verdadero requisito del cumplimiento específico. Por ello, se ha señalado que tal regla ha de entenderse en el sentido de que «la equidad -*Equity*- no compelerá al cumplimiento específico al demandado si, tras el incumplimiento, el remedio del *Common Law* de los daños y perjuicios es la única seguridad al cumplimiento del contrato para el demandante». Es decir, los Tribunales únicamente concederán *specific performance* si, en su caso, el demandado ya ha obtenido aquello por lo que contrató, o bien si lo conseguirá como resultado de la orden del Tribunal en el procedimiento iniciado por el demandante[356].

Tampoco se suele conceder la *specific performance* cuando el cumplimiento del mandato judicial implique un verdadero e inconveniente obstáculo para el demandado[357].

Asimismo, se rechaza la *specific performance* cuando el contrato ha sido concertado mediante el uso de métodos injustos, o cuando el demandante se hubiere aprovechado de la embriaguez del demandado, aunque ésta no fuera de la suficiente entidad como para declarar la nulidad absoluta del contrato[358].

También se denegará la *specific performance* cuando la parte contra la que se pronuncia tal mandamiento se encuentre facultada para revocar el contrato que le vincula. Del mismo modo, los Tribunales desestimarán la solicitud de cumplimiento específico cuando el término de cumplimiento haya vencido en el momento de dictar la orden.

Similarmente, no se decretará la *specific performance* cuando el contenido de la pretensión del demandante sea tan impreciso que no se tenga posibilidad de delimitarla con la concreción que precisa la verificación del cumplimiento de la orden judicial. De este modo, la vaguedad de un acuerdo contractual es motivo suficiente para rechazar la solicitud de cumplimiento específico. En este sentido, se señala que los términos de un contrato han

---

[356]Este es el sentido en el que pueden ser explicadas todas las excepciones al requisito de la reciprocidad. Cfr. CHITTY, op. cit. en nota 318, p. 719.

[357]En el caso *Denne v Light*, el Tribunal denegó el cumplimiento específico solicitado contra el comprador, en un contrato de venta de un terreno de labranza completamente circundado por terrenos pertenecientes a otros propietarios y sobre los que el comprador no habría tenido el derecho de servidumbre de paso.

[358]En el caso *Walters v Morgan*, el demandado acordó conceder al demandante un arrendamiento de una mina en un terreno que acababa de adquirir. Se denegó la *specific performance* del contrato pues se consideró que el demandado había sido sorprendido e inducido a firmar el acuerdo en la ignorancia del verdadero valor de su propiedad.

de estar adecuadamente detallados y especificados para que el Tribunal pueda constatar, en su caso, su ejecución. El fundamento para denegar la *specific performance* en estos supuestos se encuentra en que el Tribunal hallaría muy difícil o casi imposible declarar, en su preciso orden, lo que el demandado estaba obligado a hacer, en obediencia de tal mandamiento[359].

En cuanto a la naturaleza de los mandamientos de *specific performance*, se ha indicado que, a primera vista, tienen el carácter de una simple orden dictada por un Tribunal para ejecutar una determinada obligación. Sin embargo, se estima que esta misma función puede ser también lograda por una *injuction*, por lo que tal naturaleza no se debe considerar como exclusiva de las órdenes judiciales de cumplimiento específico.

Una vez que el demandante obtiene un mandamiento de *specific performance*, se admite que éste pueda enajenar su derecho o renegociar el contrato que le vincula, pero, lo que se destaca de tal situación es que éste ahora tiene una fuerza mucho mayor para negociar que en aquélla que tendría si su único derecho fuera el reclamar daños y perjuicios.

Los mandamientos de cumplimiento específico dan el derecho a incluir, en la evaluación global del interés creditorio en el cumplimiento del contrato, la evaluación subjetiva que el propio demandante haya previsto acerca del beneficio que él mismo esperaba obtener del acuerdo contractual y en un grado mucho mayor que si se hubiera visto obligado a aceptar la valoración objetiva, de estos mismos intereses, que un Tribunal determinara en virtud de la aplicación del *Common Law*.

Por ello, se estima que un mandamiento de reparación específica puede ser considerado como una medida de protección de la valoración subjetiva que el demandante pueda efectuar de los beneficios que esperaba alcanzar con el contrato.

En el contrato de compraventa, se considera que un mandamiento de *specific performance* puede ser apreciado como un derecho de propiedad, en el sentido de que el titular de la propiedad no puede, usualmente, ser constreñido a venderla con arreglo a la valoración de un Juez, sino solamente a un precio que sea satisfactorio para él. De este modo, una orden de cumplimiento específico implica que el demandante tiene un derecho del que únicamente puede ser desposeído si acepta vender su propiedad al precio que se le

---

[359]Vid. por todos, CHITTY, op. cit en. nota 318, pp. 715-719.

ofrece.

Por el contrario, un derecho a obtener daños y perjuicios, ante un incumplimiento contractual, supone que la valoración subjetiva del demandante, de aquello que esperaba recibir mediante el cumplimiento del contrato, es desatendida, puesto que, en su lugar, obtendrá, en virtud de la reparación de daños y perjuicios, el valor de mercado de sus propias expectativas y que, por supuesto, será muy distinto de su propia valoración[360].

Por otro lado, el incumplimiento de tales órdenes judiciales puede ser considerado como desacato a la autoridad del Tribunal -*Contempt of Court*-, lo cual tiene como consecuencia la imposición al infractor de una serie de sanciones, que pueden ir desde la multa hasta la privación de libertad del transgresor[361].

Lo anterior es consecuencia de la atribución, por parte de los Tribunales ingleses, de la prerrogativa a tratar cualquier patrón de conducta, que desobedezca una orden suya, como *Contempt of Court*.

Lo que verdaderamente sorprende, de este mecanismo sancionador, es que no existan reglas específicas que limiten la extensión y la clase de castigos que pueden ser impuestos por los Tribunales, o que regulen los modos en los que estas decisiones punitivas -*order of committal*- deban aplicarse, o cuando deban suspenderse. En todas estas cuestiones los jueces tienen una muy extensa discrecionalidad.

Cabe también la posibilidad de que en lugar de que el Tribunal imponga una multa u ordene el arresto del infractor hasta que cumpla la orden judicial, pueda emitir un mandamiento de embargo -*writ of secuestration*- de los bienes y propiedades del deudor.

Asimismo, en virtud de la discrecionalidad del juzgador, también puede autorizarse al propio acreedor, si es posible para él, a ejecutar por sí mismo la prestación, o a que procure que la misma sea cumplida. Lo mismo puede ordenarse respecto de un tercero. En ambos casos, la prestación será ejecutada a expensas del deudor, que correrá con todos los

---

[360]Vid. ATIYAH que indica que este argumento es aplicable a la venta de bienes de carácter singular o exclusivo, porque en el supuesto de bienes que tienen un precio regular en el mercado, «es improbable que las valoraciones subjetivas de compradores y vendedores sean, a menudo, muy diferentes de los valores de mercado». Cfr. op. cit. en nota 319, pp. 447-448.

[361]Vid. ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 518; ATIYAH, op. cit. en nota 319, p. 442; BORRÈ, op. cit. en nota 320, pp. 34 y ss.; SARFATTI, op. cit. en nota 319, p. 713; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 125.

gastos que tal cumplimiento haya ocasionado[362].

En el sistema norteamericano las disposiciones son muy similares. Así, por ejemplo, la Regla 70 de las Normas Federales de Procedimiento Civil señala que si un Juez ordena a un deudor transmitir un determinado terreno, o ejecutar cualquier acto específico y esto no se cumple, éste podrá decretar el cumplimiento de la obligación mediante un sustituto; puede sancionar al deudor en virtud del *Contempt of Court*; puede, también, pronunciar una «*vesting order*» para transferir la propiedad si ésta era la obligación del deudor; o, incluso, puede dictar un mandamiento -*writ*- para autorizar al agente judicial a apoderarse de las cosas requeridas al obligado. La anterior disposición no especifica el método a adoptar en tales casos, pues se le confiere al propio arbitrio del Juez que conoce del asunto en cuestión[363].

Por otro lado, cabe considerar el sistema del *Contempt of Court* como una hipótesis de ejecución indirecta, ya que incide sobre la libertad personal del deudor, al objeto de inducirlo al cumplimiento de la orden judicial de hacer o no hacer. Sin embargo, es necesario no perder de vista que, en lugar o junto a las sanciones compulsorias del *Contempt*, puede darse el caso de que el Juez disponga que el acto previsto en el contrato sea ejecutado por el acreedor o por un tercero, a expensas del propio obligado[364].

En esta línea, se ha afirmado que la relación de consustancialidad entre pronunciamiento y ejecución constituye, en el ordenamiento anglosajón, una característica general, pues la exigencia de proteger el *imperium iudicis* y de garantizar la utilidad de su desarrollo, no se expresa únicamente a nivel de medidas instrumentales y preventivas, sino solamente si éstas se aúnan en la misma resolución en cuestión, mediante su realización a

---

[362]Cfr. ZWEIGERT que indica que, en virtud de la señalada discrecionalidad, el juez decidirá cuál de estas distintas posibilidades de apremio puede adoptar en el caso concreto. Vid. op. cit. en nota 320, pp. 518-519; vid. también, BORRÈ, op. cit. en nota 320, p. 37.

[363]La solicitud de aplicación de los medios sancionatorios propios del *Contempt of Court* se dirige al mismo juez que pronunció la sentencia incumplida. Vid. BORRÈ, op. cit. en nota 320, p. 36; ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, pp. 518-519.

[364]Vid. BORRÈ que indica, en este sentido lo siguiente: «La particular intensidad del constreñimiento, la persistencia de la relación compulsoria entre el juez y la parte contratante durante el período de detención y, sobre todo, la particular rotundidad del imperativo judicial por el clima de respeto que acompaña la función del magistrado, ponen a un nivel del todo especial esta hipótesis de ejecución indirecta». Cfr. op. cit. en nota 320, pp. 37-38.

través de la concesión del poder sancionador del *Contempt of Court*, intrínseca cualidad del Juez que ha pronunciado la sentencia, a modo de natural continuación de la función decisoria ejercitada por él[365].

De otro modo, en el sistema anglosajón, el cumplimiento específico de un contrato puede considerarse como un remedio excepcional, sin embargo, en la actualidad, parece que tal principio va perdiendo su fuerza en los Estados Unidos, ya que los Tribunales norteamericanos vienen siendo más liberales en la concesión de este remedio, más eficaz que el resarcimiento pecuniario, así como menos exigentes al requerir como condición para conceder la *specific performance* el que tal resarcimiento sea inadecuado.

En el sistema inglés la solicitud de cumplimiento específico tiene, como ya se ha indicado, un carácter excepcional y, aunque ello sea perfectamente comprensible desde un punto de vista histórico y refleje el hecho estático de que en la práctica las reclamaciones de daños y perjuicios sean comunes, mientras que la solicitud de cumplimiento no, no justifica la manera en la que el *Common Law* hace más difícil a un demandante obtener el cumplimiento de un contrato que recibir los daños y perjuicios por el incumplimiento del mismo.

Se estima que no todas las razones aducidas para justificar las restricciones a la concesión del resarcimiento específico son convincentes.

En este sentido, se considera razonable la afirmación de que una solicitud de cumplimiento específico sea innecesaria cuando la indemnización pecuniaria pueda satisfacer los intereses del demandante. Pero no está del todo claro porqué debe ser el Tribunal el que decida cuáles son los intereses del demandante. Debería valorarse que el hecho de que el acreedor solicite a los Jueces el cumplimiento específico, por sí solo demuestra que el demandante considera que los daños y perjuicios no son un remedio adecuado para él y, por tanto, que el Tribunal razone de distinto modo al reclamante puede por sí mismo justificar el rechazo de su decisión.

Igualmente, se considera que la regla según la cual se deniega la ejecución específica, si ésta presenta problemas al Tribunal para la verificación del cumplimiento de su orden, tampoco es un motivo categórico para desestimar las solicitudes de cumplimiento *in natura*.

---

[365]Cfr. BORRÈ, op. cit. en nota 320, p. 38.

Y no lo es porque la cuestión acerca de si el cumplimiento se ajusta o no al contrato también se suscita constantemente en las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios, y no es más difícil darle una respuesta adecuada cuando surge en estos últimos procedimientos que cuando aparece en los de ejecución específica. En este sentido, se ha indicado que quizás la explicación deba encontrarse en el hecho de que, en este campo, las reglas del *Common Law* se encuentran todavía en estado de desorden.

Aunque sea verdad que el *Common Law* disponga de numerosos medios de coerción a su disposición, tales como el embargo de bienes, la sustitución en el cumplimiento por el acreedor o por un tercero, las sanciones al deudor con multas o privación de libertad, estos dispositivos de coerción no están ordenados ni clasificados de ninguna manera, así como no se establece un sistema en el que se distinga entre los distintos tipos de demanda y las particulares técnicas coercitivas para cada modelo de solicitud[366].

Por último, es de destacar la controversia que actualmente existe en la doctrina anglosajona en torno a la limitada disponibilidad de los mandamientos de *specific performance*.

En este sentido, para algunos autores el cumplimiento específico debería ser el principal remedio aplicable ante un incumplimiento contractual.

En el lado opuesto, se justifica la aplicación de los tradicionales remedios resarcitorios mediante la Teoría del incumplimiento eficiente -*Theory of efficient breach*-. Según ésta, es deseable que los Tribunales no impidan a un sujeto contravenir su contrato cuando sea más eficaz para él incumplir la obligación a su cargo que ejecutarla. De acuerdo con esta doctrina, un contratante deberá ser autorizado a transgredir su contrato y abonar a la otra parte los daños y perjuicios adecuados para compensarle de tal infracción, si encuentra que puede utilizar los mismos recursos que obtendría mediante la realización del primer contrato con un tercero que está preparado y es capaz de pagar una cantidad

---

[366]Tampoco se tiene en cuenta la idea fundamental según la cual el deudor únicamente debe ser sancionado con multa o con prisión si no puede obtenerse satisfacción para el acreedor a través de otros medios menos violentos. Lo que lleva a la no consideración, incluso, de la obvia idea de que, por ejemplo, las sanciones por *Contempt of Court* solamente deberían ser impuestas, en las resoluciones judiciales para la entrega de bienes, si el intento de ejecutar tal disposición mediante la toma de posesión de la propiedad ha sido infructuoso. Vid. ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, pp. 520-521.

mayor[367].

2.2.5. EL SISTEMA GERMÁNICO DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LA OBLIGACIÓN DE HACER

En el Ordenamiento Jurídico alemán es incuestionable la premisa según la cual el acreedor tiene el derecho a reclamar el cumplimiento específico de la obligación.

Aunque en el B.G.B tal principio no se manifieste de un modo expreso, cabe inferirlo del propio enunciado del § 241.1, que se articula en los siguientes términos:

«En fuerza de las relaciones obligacionales está facultado el acreedor para recabar una prestación del deudor»[368].

De la citada norma se colige que si el deudor no ejecuta, voluntariamente, la prestación a su cargo, el acreedor puede interesar, ante un Tribunal, el cumplimiento *in natura* de la obligación. A esta finalidad, es totalmente indiferente que la obligación consista en la entrega de bienes, en la ejecución de un determinado acto o en la abstención de la realización de una concreta conducta, pues se reputa, como principio sustancial, la consideración de que en la esencia de la propia obligación se encuentra la idea de que la misma debe ser ejecutada en idénticos términos en los que fue contratada, lo cual implica la satisfacción específica del interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación[369].

Es obvio, sin embargo, que solamente se ordenará la ejecución en especie de una prestación si el cumplimiento de la misma por el deudor es todavía posible. No cabe, de este modo, que un Tribunal ordene a un sujeto el cumplimiento *in natura* de una obligación cuando éste sea objetivamente imposible. En estas hipótesis, el acreedor únicamente podrá

---

[367]Vid. ATIYAH que indica, a este respecto, lo siguiente: «Desde luego, la Ley no está estrictamente comprometida con tales argumentos de eficacia económica, pero, en general, es verdad que incluso el peso moral de una promesa tiene poca fuerza en un caso de esta naturaleza, cuando el demandado tiene intención, cínicamente, de romper su contrato con el demandante porque puede obtener mayores beneficios al hacerlo, y pagar daños, que si lo cumple». Cfr. op. cit. en nota 319, pp. 445-446.

[368]Traducción de Ángel Martínez Sarrión en MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales, Volumen I*, Barcelona, 1995, p. 5; vid. también, ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado de Derecho civil, Tomo II, Vol. 1°*, Barcelona, 1954, p. 1.

[369]Vid. ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 505; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 121.

reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya podido ocasionar[370].

En el supuesto de que la obligación esté sujeta a un término esencial de cumplimiento, si el deudor no ejecuta la prestación en el día señalado para ello, se considera que la misma deviene imposible, pues decae todo interés en el acreedor en un cumplimiento tardío. Ello tiene como consecuencia la inviabilidad de la solicitud de cumplimiento específico. En este caso, al acreedor solamente le resta la posibilidad de solicitar el resarcimiento pecuniario de los daños y perjuicios que tal incumplimiento le haya podido ocasionar.

Pero si, no obstante, el incumplimiento del deudor en la fecha convenida, subsiste el interés del acreedor en un cumplimiento intempestivo, éste podrá interesar una resolución judicial que ordene al obligado a ejecutar *in natura* la prestación a su cargo[371].

Tanto de la normativa del B.G.B. como de la del Z.P.O., se destaca la importancia que para el legislador tuvo la apreciación del cumplimiento específico como una pieza elemental en el Derecho de obligaciones. Y, aunque en la práctica no sea infrecuente que se solicite el resarcimiento de los daños[372], este convencimiento acerca del alcance de la ejecución *in natura*, explica el hecho de que en algún texto legal no se estime censurable la conducta del acreedor que, después de haber obtenido una resolución judicial a su favor para el cumplimiento en especie, considere que la indemnización por daños y perjuicios tendría un mayor sentido resarcitorio que la obtención de la misma prestación debida y, en consecuencia, renuncie a la acción de cumplimiento que le fue otorgada, para solicitar la reparación pecuniaria por el quebranto económico que el incumplimiento le ocasionó.

De esta suerte, con arreglo al § 268 del Z.P.O., no se aprecia un cambio de

---

[370]Vid. HEDEMANN, op. cit. en nota 115, p. 158; MEDICUS, op. cit. nota 368, pp. 182 y 224.

[371]Vid. ZWEIGERT que, además, indica que según el § 376 del Código de Comercio alemán, se establece que en un contrato de compraventa, a fecha fija, en caso de incumplimiento por una de las partes, el contratante inocente puede, bajo ciertas circunstancias y a su elección, demandar los daños y perjuicios o resolver el contrato. Sin embargo, si a pesar del retraso, éste todavía está interesado en el cumplimiento en especie, debe notificárselo así a la otra parte, tan pronto como haya transcurrido el día de cumplimiento. Si no lo hace de este modo, su demanda de cumplimiento decaerá. Vid. op. cit. en nota 320, p. 507; vid. también ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, op. cit. en nota 368, pp. 250 y ss.

[372]Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 122.

procedimiento, que justifique que el demandado pueda oponerse al mismo, en base a las argumentaciones de sorpresa injusta o de utilización de alguna argucia procesal, si el demandante, durante la sustanciación de la causa, desiste de la demanda de cumplimiento específico y, en su lugar, solicita la indemnización de los daños y perjuicios. También cabe que un demandante que haya obtenido una resolución de cumplimiento pueda, en vez de interesar su ejecución, solicitar inmediatamente una sentencia que le conceda la indemnización de daños y perjuicios[373].

Asimismo, el § 283 del B.G.B. se halla en conexión directa con la acción de cumplimiento de la obligación. Dispone esta norma que el acreedor, que haya obtenido a su favor una resolución para el cumplimiento específico de la prestación que se le adeuda, puede otorgar al deudor un plazo complementario para cumplir, transcurrido el cual tiene la posibilidad de rechazar la prestación y de solicitar el resarcimiento del daño. En este caso, el deudor únicamente podrá eludir su responsabilidad si acredita que el cumplimiento ha devenido imposible por una causa a él no imputable, surgida con posterioridad a la resolución que le imponía el cumplimiento en especie[374].

También cabe citar el § 326 del B.G.B., que faculta al acreedor a conceder al deudor moroso un plazo adicional para el cumplimiento. Primer presupuesto, para la aplicación de tal precepto, es la mora del deudor. Se requiere, además, que el plazo sea adecuado para que el obligado pueda cumplir su deber de prestación, así como que el acreedor manifieste expresamente que no admitirá la obligación después de haber expirado tal plazo. Transcurrido el señalado período sin que se haya verificado el cumplimiento, se extingue la acción para pedir la ejecución específica de la prestación, en cuyo caso, el acreedor habrá de optar entre el resarcimiento de daños y perjuicios y la resolución del contrato[375].

Sin embargo, las normas referentes a la tutela específica de las obligaciones de hacer, tanto en el terreno de su ejecución directa como indirecta, se contienen realmente en el

---

[373]Vid. ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 507.

[374]Vid. HEDEMANN, op. cit. en nota 115, p. 158; VERDERA SEVER, op. cit. en nota 241, p. 121, nota 127.

[375]Vid. MEDICUS, op. cit. en nota 368, pp. 230-232; LARENZ, *Derecho de obligaciones, Tomo I*, Madrid, 1958, pp. 353-354.

Código de procedimiento civil alemán, Z.P.O., cuyo principal fundamento está constituido por el principio de la prioridad del cumplimiento conminatorio en especie y por el establecimiento de una rígida clasificación de los distintos tipos de obligaciones y de sus correspondientes modos de ejecución[376].

En este sentido, en primer lugar, se hace una distinción en las obligaciones de dar entre obligaciones pecuniarias, para las que se regula un sistema de ejecución transformativa, y obligaciones de entrega de bienes o cosas, que son ejecutadas mediante la aprehensión coactiva del bien debido. Entre las obligaciones de hacer, del mismo modo, se diferencia según se trate de prestaciones fungibles o infungibles. Y, por último, se regula también un sistema específico para la ejecución de las obligaciones negativas.

Con respecto a las obligaciones de hacer, inicialmente, indica el § 887 del Z.P.O que si el deudor no cumple con la obligación de ejecutar un acto, cuyo cumplimiento podría tener lugar por medio de cualquier otra persona, es decir, no necesita ser cumplido por el deudor personalmente -*vertretbar*-, el Tribunal de 1ª Instancia podrá autorizar al acreedor a ejecutar, por medio de un tercero, la prestación a expensas del obligado. Asimismo, el acreedor podrá interesar que el deudor sea condenado a la anticipación de los gastos que la ejecución del acto pudiera comportar, sin perjuicio de la posibilidad de promover una demanda posterior para reclamar un mayor desembolso, en caso de que la cuantía inicialmente fijada no fuera del todo suficiente para cubrir el coste total de la realización de la prestación.

Como se ha visto, por tanto, para las obligaciones de hacer fungibles -*vertretbar*- se regula en el Z.P.O. la ejecución directa o subrogatoria.

Se ha señalado que, en esta hipótesis, el pronunciamiento judicial que autoriza al acreedor a ejecutar por sí o a través de un tercero la prestación, no es parte integrante de la sentencia que condena al cumplimiento específico, sino que constituye un *posterius* formalmente cualificado y autónomo[377]. Ello se infiere en virtud de la interpretación conjunta que ha de hacerse de los §§ 887 y 892 del Z.P.O. Según este último precepto, si el deudor

---

[376]Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 122; ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 507.

[377]Cfr. BORRÈ, op. cit. en nota 320, p. 32.

opone resistencia a la ejecución de un acto concreto, que debía tolerar en base a las disposiciones de los §§ 887 y 890, el acreedor está habilitado para requerir la intervención de un oficial de justicia, a los efectos de vencer, en el modo establecido para el embargo de bienes, la contumacia del deudor.

Lo anterior demuestra que la subrogación del deudor puede desenvolverse más allá de las meras facultades sustanciales del acreedor y, por consiguiente, realizarse, a través de un efectiva incidencia en la esfera posesoria del deudor, en una actuación de verdadera y propia tutela ejecutiva. Lo corrobora, de igual forma, el particular régimen de la condena preventiva del deudor a los gastos para la ejecución de la prestación, que queda, por su característica sede y por el carácter exclusivamente instrumental y provisional de la determinación del *quantum*, fuera del concepto de resarcimiento del daño[378].

Como ejemplos de obligaciones *vertretbar* cabe señalar las prestaciones que tienen por objeto la realización de trabajos de carácter manual, que no requieran especial talento y que puedan, por este motivo, ser cumplidas por terceras personas. También puede considerarse fungible la instalación de un ascensor en un bloque de apartamentos, o la publicación de un manuscrito determinado, así como la realización de una síntesis de los libros de comercio de un concreto negocio, o la confección de la contabilidad, siempre que un experto cualquiera pudiera realizarlo después de haber inspeccionado los apuntes y los libros del deudor[379].

En segundo lugar, señala el § 888 del Z.P.O que «si el acto no pudiera ser ejecutado por un tercero y dependiese exclusivamente de la voluntad del obligado -*unvertretbar*-, el Tribunal de 1ª Instancia ordenará, a solicitud del acreedor, que se constriña a aquél a la ejecución del acto mediante pena pecuniaria o de arresto. En la imposición de la primera el Tribunal no estará sujeto a limitaciones. Esta disposición no se aplica en el caso de condena a contraer matrimonio, al restablecimiento de la vida conyugal, o a la ejecución de una obra en base a un contrato de servicios».

Esta disposición supone que únicamente se aplicará cuando el acto en cuestión

---

[378]Cfr. BORRÈ, op. cit. en nota 320, p. 32.

[379]Cfr. ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 508.

dependa exclusivamente de la voluntad del deudor. Lo cual, a su vez, implica que no se empleará cuando el deudor requiera la cooperación de otras personas, sobre las que no tiene influencia directa respecto a su comportamiento, como, por ejemplo, un empresario respecto a su plantilla de trabajadores, o un padre en relación a sus hijos.

Tampoco se utilizará esta norma cuando la obligación requiera especiales cualidades artísticas o un determinado talento científico. En este caso, se considera que el cumplimiento de la prestación no depende exclusivamente de la voluntad del deudor, pues, por muy buenas que sean las intenciones del obligado con respecto al cumplimiento, se precisa, para su efectividad, entre otras condiciones, una inspiración adecuada, una apropiada disposición de ánimo, energía, así como unas precisas circunstancias de creatividad espiritual[380].

La pena pecuniaria que, en esta hipótesis, constituye una de las posibles manifestaciones de la sanción compulsoria, en tanto que su finalidad consiste en atemorizar al deudor, se transfiere al Fisco, lo que revela su naturaleza de índole administrativa y, en este sentido, se considera un medio de coacción ejecutiva, no de sanción penal[381].

Particular mención debe hacerse del supuesto de la obtención de una declaración de voluntad. Según el § 894 del Z.P.O., si el deudor es condenado «en firme y sin reserva» a emitir una declaración de voluntad, tan pronto como la sentencia de condena devenga firme, se considerará que tal manifestación ha quedado realmente efectuada. La resolución firme sustituye, en este caso, a la declaración del deudor, de tal modo que no se precisa de otras medidas ejecutivas complementarias[382].

Por último, en cuanto a las obligaciones de no hacer, señala el § 890 del Z.P.O. que «Si el deudor contraviniere su obligación de abstenerse de realizar un acto o de permitir la realización de una acción, se le condenará por el Tribunal de Primera Instancia, a requerimiento del acreedor, a una pena pecuniaria o a prisión hasta seis meses por cada

---

[380]Cfr. ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 509; BORRÈ, op. cit. en nota 320, p. 33.

[381]Vid. ROSENBERG. *Tratado de Derecho procesal civil. Tomo III*, Buenos Aires, 1955, pp. 253 y ss.; vid. también ARAGONESES, *Las astreintes (su aplicación en el proceso español)*, Madrid, 1985, p. 25.

[382]Señala ARAGONESES, en este sentido: «La sentencia debe contener únicamente la declaración con la exactitud precisa para llenar su cometido; en otros casos se ejecutará de acuerdo con el 888». Cfr. op. cit. en nota 381, p. 25; vid. ROSENBERG, op. cit. en nota 381, p. 241; ZWEIGERT, op. cit. en nota 320, p. 509; VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 122.

contravención. El conjunto de las penas de prisión que se le impongan no podrá exceder de dos años. La cuantía de la pena es ilimitada. Antes de imponer la condena se hará al deudor una conminación penal que, si no va incluida en la Sentencia que haya pronunciado la obligación, podrá hacerse a requerimiento de parte, por el Tribunal de primera Instancia».

2.2.6. LA *ASTREINTE* COMO MEDIO PROCESAL DE EJECUCIÓN INDIRECTA DE LA OBLIGACIÓN DE HACER

En este estudio nos ceñiremos estrictamente a la aplicación y a la práctica de esta institución en el Ordenamiento Jurídico francés, por ser en este país en donde tuvo su origen y su más amplio desarrollo.

2.2.6.1. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO

La *Astreinte* es una condena pecuniaria, dictada en función de una cierta cantidad por día de retraso en el cumplimiento de la prestación, o por otra unidad de tiempo, contra un concreto deudor, si no ejecuta la conducta debida en el plazo señalado para ello por el Juez[383].

También se ha indicado que consiste en una condena al deudor a pagar al acreedor una suma pecuniaria mientras se niegue a ejecutar su obligación[384].

Asimismo, se ha definido como un procedimiento indirecto de apremio, que consiste en la condena al deudor al pago de una concreta suma por día de retardo en el cumplimiento de la obligación[385].

Se destaca, incluso, su condición de medio indirecto de apremio o coacción -*contrainte*-, además de que incida en el elemento más sensible del deudor, es decir, en su

---

[383]Vid. PLANIOL et RIPERT, *Traitè pratique de Droit civil français, Tomo VII, obligations, 2ª partie*, París, 1954, p. 97.

[384]Vid. WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 898.

[385]Cfr. DUPONT DELESTRAINT, *Droit civil. Les obligations*, París, 1981, p. 96.

propio patrimonio, con la finalidad de inducirle al cumplimiento[386].

El objeto de la misma es el cumplimiento de una decisión judicial, de la que es accesoria: el Juez puede, de oficio, añadir a la condena principal, para el supuesto de que no sea ejecutada en el plazo que haya prescrito, una condena pecuniaria, generalmente por cada día de retardo[387]. El deudor, en este caso, tendrá interés en la ejecución, en tanto que le permite evitar el abono de una suma que iría en aumento proporcional al tiempo que tardara en cumplir[388].

Lo que verdaderamente persigue la *Astreinte*, por tanto, es el presionar al deudor para que cumpla su obligación, es decir, ejecute la misma prestación, realice la misma conducta a la que inicialmente estaba obligado[389].

De este modo, se ha observado que la *Astreinte* es una medida discrecional[390] y conminatoria[391], cuya finalidad reside en procurar el cumplimiento específico de la obligación debida y que ha sido sancionada en virtud de una resolución judicial, a través de la imposición de una pena dineraria, en función del retraso en la ejecución de la prestación[392].

De las anteriores definiciones podemos extraer los siguientes caracteres de la *Astreinte*: la discrecionalidad que supone, por un lado, la posibilidad que se le confiere a los

---

[386]Cfr. MALAURIE et AYNÉS, *Cours de Droit civil, Tome IV, les obligations*, París, 1993-1994, p. 576.

[387]Vid. MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 576; ESMEIN indica lo siguiente: «Para forzar al deudor de un hacer a ejecutar, pronta y plenamente, su obligación, los tribunales emplean frecuentemente un medio de coacción que se denomina *astreinte*». Cfr. *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, Revue Trimestrielle de Droit Civil II, 1903, p. 6.

[388]Vid. STARCK, op. cit. en nota 112, p. 810; CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 666; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, pp. 97 y ss.; MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 576.

[389]Cfr. JEANDIDIER, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1976, pp. 707 y ss.; vid. igualmente STARCK, op. cit. en nota 112, pp. 807 y 814; MAZZAMUTO, op. cit. en nota 286, pp. 54 y 56.

[390]Vid. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, París, 1993, p. 777; ESMEIN, op. cit. en nota 387, p. 7; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, p. 104.

[391]Vid. MALAURIE et AYNÉS, op.cit. en nota 386, p. 578; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 899; CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667.

[392]Vid. ARAGONESES, op. cit. en nota 381, p. 53.

Jueces y Tribunales para aplicarla o no, de acuerdo con las propias especialidades del procedimiento[393] y, por otro, la arbitrariedad en cuanto a la fijación de su importe, que no se establece en función del daño causado al acreedor, sino que se valora en relación a los recursos del obligado y su capacidad de resistencia[394].

En segundo lugar, el carácter conminatorio de la *astreinte* se colige de la amenaza que tiende a intimidar al deudor, ante el temor a una condena cuya cuantía se elevaría en función del tiempo que invierta en cumplir[395].

Su cuantía puede ser revisada por el Juez, incluso si el deudor cumple la obligación, éste puede interesar la reducción de su importe. Facultad de rectificación que, en su caso, siempre conserva el Tribunal, que puede o no proceder a la disminución de su valor según lo considere conveniente o apropiado a las circunstancias del caso[396].

Del mismo modo, puede el acreedor solicitar el incremento de su cuantía, si el deudor persiste en rehusar el cumplimiento de lo ordenado[397].

Incluso, se ha subrayado, que si el cumplimiento se produce después de un cierto período temporal, la *Astreinte* pierde su carácter definitivo, pues su única finalidad consiste en vencer la resistencia del deudor, y ese resultado ya ha sido alcanzado, momento en el que

---

[393]Vid. ESMEIN, op. cit. en nota 387, p. 7.

[394]Vid. CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 666; ESMEIN, op. cit. en nota 387, p. 7; PLANIOL et RIPERT indican que: «Se caracteriza en primer lugar por la exageración de la suma de la condena pronunciada contra el deudor. Lejos de regularla según el perjuicio causado al acreedor por el retraso, el tribunal no se preocupa ni de la cantidad exacta ni siquiera de su existencia y fija la *astreinte* de manera arbitraria y a un interés voluntariamente excesivo. Esto es conforme con su objetivo. Hace falta que el deudor se encuentre forzado por interés a cumplir, a pesar de su inicial mala voluntad, más que a exponerse a que suba la cantidad de la *astreinte*. Ahora bien, este interés no puede venir más que de la desproporción de la cifra. El tribunal la determina teniendo en cuenta no solamente el valor en sí del objeto debido, sino también los recursos y la capacidad de la resistencia del deudor». Cfr. op. cit. en nota 383, p. 104; vid. asimismo WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 898; STARCK, op. cit. en nota 112, p. 811; por su parte, TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE observan que: «Su montante debe ser manifiestamente superior a la ventaja que le procuraría al deudor el incumplimiento de su obligación, sin ser desproporcionado en función a sus facultades contributivas». Cfr. op. cit. en nota 390, p. 777.

[395]Vid. CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 899; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. en nota 390, p. 777.

[396]Vid. MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 578; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, p. 105; ESMEIN, op. cit. en nota 387, p. 36; CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. en nota 390, p. 777.

[397]Vid. CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667.

dicha constricción será sustituida por la definitiva condena a un verdadero resarcimiento[398].

Ahora bien, a pesar de ser considerada una amenaza, su imposición se erige siempre en una verdadera condena, pues si únicamente se tratase de una mera amenaza, un simple apercibimiento, la *Astreinte* carecería de toda eficacia y carácter coercitivo[399].

En el supuesto de incumplimiento definitivo por parte del deudor, se procederá a la liquidación de la *Astreinte*, cuya cuantía será acumulada a la indemnización por daños y perjuicios[400].

En tercer lugar, la *Astreinte* se configura como una medida accesoria, lo cual implica la existencia de una decisión principal, para cuyo cumplimiento se instituye[401]. Se impone, por tanto, para obtener el cumplimiento de una disposición de carácter preferencial[402].

Y, por último, la *Astreinte* implica la posibilidad de que el Juez modifique, aumente, disminuya e, incluso, suprima su importe, y a petición de parte, solicitud a la que no está, en modo alguno, vinculado, por lo que puede adoptar la decisión que considere conveniente de acuerdo con las circunstancias y las características del procedimiento[403].

En cuanto a su naturaleza jurídica, se ha destacado por algún autor que la *Astreinte* es una medida de ejecución personal indirecta, pues trata de conseguir la realización ejecutiva de cierta conducta, mediante estímulos psicológicos que conducirían al logro de las consecuencias que se quieren obtener, lo cual implicaría la imposibilidad de su aplicación

---

[398]Vid. PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, p. 106.

[399]Vid. ARAGONESES, op. cit. en nota 381, p. 55.

[400]Vid. PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, p. 106; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 902.

[401]Vid. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, París, 1995, p. 444; STARCK, op. cit. en nota 112, p. 810; MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 576.

[402]ARAGONESES indica que la *astreinte* garantiza el cumplimiento de una resolución principal, e indica que con la utilización de tal término -resolución- quiere significar que la *astreinte* tiende a conseguir la eficacia de cualquier mandamiento judicial. Vid. op. cit. en nota 381, pp. 55-56.

[403]Vid. PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, p. 105; MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 578; CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667; MAZZAMUTO, op. cit. en nota 286, pp. 52-53, nota 35; ARAGONESES indica, a este respecto, lo siguiente: «La posibilidad de aumentar la *astreinte* es una facultad del Juez no admitida en todas las legislaciones. Por ejemplo, en países como Uruguay, que prohíben el aumento, existía el temor de que las *astreintes* fuera muy exageradas y, sin embargo, lo ocurrido fue exactamente lo contrario: los Jueces fijaron astricciones muy bajas, con lo que perdió toda su eficacia». Cfr. op. cit. en nota 381, p. 56.

en el proceso español, ya que atentaría contra el principio de que toda ejecución ha de tener carácter patrimonial[404].

Frente a ello, otro sector de la doctrina ha señalado el carácter de medida coercitiva de la *Astreinte*, pues consiste en una amenaza de orden pecuniario. En este sentido, se ha observado que las medidas coercitivas tienen como finalidad el constreñir al obligado para que observe, por fuerza, la conducta idónea para ejecutar la prestación. Estas medidas suponen una agravación de la sanción por el incumplimiento de la obligación e implican la amenaza de lesión de sus propios intereses, más grave que la que ocasionaría el cumplimiento. Asimismo, cabe la agravación de la sanción, para hacerla aún más eficaz, a medida que se emplea más tiempo en cumplir la prestación[405].

Se trata de un medio indirecto de asegurar el cumplimiento de la obligación o de un fallo judicial por medio de la coacción[406]. Se ha indicado, en este sentido, que tal carácter conminatorio se debe a que la *Astreinte* es verdaderamente una amenaza, lo cual supone que cuando la obligación ha sido ejecutada el Juez la retira[407].

Para otros autores, sin embargo, la *Astreinte* es un acto de dirección del órgano judicial, lo cual implica que, ante una determinada y concreta situación, el Juez ordena la utilización de un instrumento procesal cualquiera[408]. La *Astreinte*, por ello, es un acto de dirección del órgano judicial, en tanto que consiste en una intimación específica a una persona para que realice cierto tipo de comportamiento. Es, en este sentido, un acto de dirección de carácter coercitivo o intimidatorio, cuya finalidad es provocar la consecución

---

[404]Vid. GUASP, *Derecho procesal civil, Tomo II*, Madrid, 1956, p. 845.

[405]Cfr. CARNELUTTI que, además, indica lo siguiente: «Una breve reflexión enseña que si las medidas coercitivas tienden a obtener el cumplimiento, las mismas no tienen nada que ver con la ejecución, la cual, por definición, no opera a través del cumplimiento. Esto es tan cierto que si las medidas coercitivas no alcanzan su fin, no hay otra vía para actuar en derecho, esto es para obtener que sea lo que debe ser, que la de recurrir a la ejecución». *Derecho procesal civil y penal I. Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1971, p. 333.

[406]Vid. CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 666; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 898; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, pp. 110-111.

[407]Vid. ESMEIN, op. cit. en nota 387, p. 36.

[408]ARAGONESES apunta, en este sentido que: «...y entre los actos de dirección debemos recordar que, uno de sus tipos, son los actos de dirección personales que, en una de sus especies, pueden atribuir una situación jurídica pasiva, mediante intimidaciones de ciencia o de voluntad». Cfr. op. cit. en nota 381, p. 96.

de una conducta futura[409].

De esta manera, se ha observado que la *Astreinte* ha pasado de ser una peculiaridad de un tipo de ejecución, específica para obligaciones de hacer, no hacer y en algunos casos de dar, a ser un instrumento general del proceso, tanto de cognición como de ejecución, y con posibilidad de utilización no solamente en las hipótesis de incumplimiento de obligaciones, contractuales o legales, sino también de obligaciones de tipo procesal y, en uno y otro caso, declaradas por una resolución judicial, pues lo que, en definitiva, se trata de evitar con ellas es el posible incumplimiento de un mandato judicial[410].

En lo que respecta a su fundamento, surge la *Astreinte* como un medio para atemperar las deficiencias del Derecho positivo francés, en relación a la posibilidad del acreedor de obtener el cumplimiento específico de una obligación sancionada judicialmente[411].

Si la obligación tenía por objeto la realización de una conducta estrictamente personal del deudor, la aplicación del antiguo axioma *nemo ad factum praecise cogi potest*, que impedía toda aplicación de violencia o coerción sobre la conducta humana[412], imposibilitaba al acreedor la obtención *in natura* de la prestación debida, cuya falta de ejecución, implicaba que la obligación se resolviera en una indemnización de daños y perjuicios.

En un primer momento aparece la *Astreinte* como un medio para obtener el cumplimiento específico en esta clase de obligaciones[413]. Pronto, dadas las importantes aplicaciones prácticas de la misma, el empleo del sistema de *Astreinte* fue generalizándose a todo tipo de obligaciones, aunque las obligaciones de hacer sigan constituyendo hoy en día el área de utilización por excelencia de ellas. Así, cabe valerse de la *Astreinte* para constreñir a un deudor a entregar alguna cosa o a hacer o no hacer algo.

---

[409]Vid. ARAGONESES, op. cit. en nota 381, p. 96.

[410]Cfr. ARAGONESES, op. cit. en nota 381, p. 97.

[411]Vid. ESMEIN, op. cit. en nota 387, pp. 26 y ss. y 38 y ss.; ARAGONESES, op. cit. en nota 381, p. 97.

[412]Vid. POTHIER, op. cit. en nota 12, p. 91; MAZZAMUTO, op. cit. en nota 286, p. 41.

[413]Vid. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 286, pp. 57-59.

Además, su ámbito de aplicación no se limita únicamente a la existencia de obligaciones de naturaleza contractual, sino que también se utiliza en el campo de las obligaciones extracontractuales[414]. En este sentido, se señala que el único límite al uso de la *Astreinte* consiste en que la ejecución de la prestación sea imposible[415].

Por otro lado, se ha observado que es la propia autoridad judicial, que está compuesta de dos elementos, la jurisdicción y el mando, la que justificaría la propia capacidad del Juez para imponer la *Astreinte*. Por tanto, ésta surge de la particular estructura de la autoridad que tienen los Jueces y Tribunales para dictar resoluciones, para condenar o absolver y ejecutar todas sus órdenes y decisiones. La aptitud e idoneidad de los mismos para pronunciar *Astreintes*, supone la capacidad para dictar apercibimientos que induzcan a ejecutar *in natura* lo por ellos mismos ordenado[416].

No obstante lo anterior, se ha señalado que bastaría el indudable alcance práctico de la *Astreinte*, como medio de coerción al cumplimiento de las resoluciones judiciales, para justificar su propia existencia[417].

2.2.6.2. APLICACIÓN DE LA *ASTREINTE* A LA OBLIGACIÓN DE HACER

Las obligaciones de hacer, como ya se ha señalado, constituyen el más importante campo de aplicación de la *Astreinte*[418].

De este modo, se ha precisado que cabe su empleo en todas aquellas situaciones en las que una persona se encuentre jurídicamente obligada a ejecutar un hecho cualquiera, se

---

[414]Vid. WEILL et TERRÉ señalan, como ejemplos, a las obligaciones que derivan de relaciones de vecindad, así como hipótesis en las que se pretende obtener la ejecución de deberes derivados de relaciones familiares. Vid. op. cit. en nota 168, p. 900; indican PLANIOL et RIPERT que la única condición para la aplicación de la *Astreinte* es que debe tratarse de una verdadera obligación jurídica. Vid. op. cit. en nota 383, pp. 98-99.

[415]Vid. WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 900.

[416]Vid. ESMEIN, op. cit. en nota 387, pp. 48 y ss.

[417]Vid. ARAGONESES, op. cit. en nota 381, p. 98.

[418]Vid. BÉNABENT, op. cit. en nota 401, p. 444; STARCK, op. cit. en nota 112, p. 817; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, p. 98.

trate o no de una prestación que exija una actividad personal[419].

Igualmente, tiene lugar la utilización del sistema de *Astreinte* cuando la prestación es infungible[420]. Infungibilidad que no solamente hace referencia a la cualidad del *facere* deducido de la obligación, o a la singularidad de algunas características personales del obligado, sino también a la existencia de una esfera de poder del deudor, en cuyo ejercicio no puede ser -de *iure* o de *facto*- subrogado, sino que únicamente puede ser objeto de alguna medida de ejecución indirecta[421].

En este último caso, *facere* infungible, la *Astreinte* no supone contradicción alguna con el artículo 1.142 del *Code* civil francés, según el cual el incumplimiento de toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, pues se considera que tal norma únicamente prohíbe la violencia corporal o directa sobre la persona del deudor, de tal modo que no podría ser ejecutada *manu militari*[422].

La *Astreinte*, por tanto, se estima compatible con la libertad personal de deudor, a la que solo afecta de un modo indirecto.

Se han utilizado *Astreintes* tanto para obtener el cumplimiento de obligaciones de hacer de contenido patrimonial como de contenido personal. Así, se indica que tienen utilidad para las obligaciones de entregar una cosa; de reponer piezas; de rendir cuentas; de realizar un trabajo o un acto jurídico[423]; para obligar a un propietario a restablecer la corriente eléctrica a sus inquilinos; a un empresario a dar un certificado de trabajo a un asalariado suyo; a un ocupante para desalojar el lugar en que se encontraba[424]; o para obligar

---

[419]Vid. JEANDIDIER, op. cit. en nota 389, p. 707; DUPONT DELESTRAINT, op. cit. en nota 385, p. 96; MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 577; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 899; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, p. 98.

[420]Vid. JEANDIDIER, op. cit. en nota 389, p. 707; CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 666.

[421]Cfr. MAZZAMUTO, op. cit. en nota 286, p. 59.

[422]Cfr. JEANDIDIER, op. cit. en nota 389, p. 707.

[423]PLANIOL et RIPERT, con amplia cita de jurisprudencia, señalan que es sobre todo en el ámbito de los contratos de arrendamiento, para hacer que el arrendatario respete una orden de desalojo pronunciada contra él, en el que ha recibido sus mayores aplicaciones, «más frecuentes cuanto más difícil era de obtener de las autoridades la ejecución forzada de tales decisiones». Cfr. op. cit. en nota 383, p. 99.

[424]Vid. STARCK, op. cit. en nota 112, p. 817; DUPONT DELESTRAINT, op. cit. en nota 385, p. 96; JEANDIDIER, op. cit. en nota 389, p. 708.

a un empresario a readmitir a un trabajador; para permitir el ejercicio de una servidumbre; u obligar a incluir una determinada respuesta en un periódico[425].

Igualmente, en Derecho de familia, donde se considera inadmisible el empleo de la fuerza pública para obtener la ejecución directa de una obligación, se ha estimado útil la aplicación de la *Astreinte* para forzar a alguno de los progenitores a entregar los hijos a quien de ellos haya obtenido la guarda y custodia, tras la separación o el divorcio, o para obligar a uno de los cónyuges a volver al domicilio familiar[426].

Sin embargo, no existe unanimidad en la doctrina a la hora de admitir su empleo cuando la obligación de hacer tenga un carácter estrictamente personal o comprometa especiales facultades del deudor que impliquen un especial talento en el obligado[427].

Para los autores que se pronuncian en contra de la admisión de la *Astreinte* en este tipo de obligaciones, aquéllas de carácter muy personal, tales como las de un artista, el fundamento de tal negativa se encuentra en el hecho de que, *v. gr.*, en este último caso, un sujeto caprichoso no trabajaría cómodamente bajo las órdenes de un Juez, ni bajo el apremio de la fuerza pública. Sería mejor, en esta hipótesis, condenarle a indemnizar daños y perjuicios directamente, pues su incumplimiento es del todo punto inevitable. Igualmente, se ha sugerido que el verdadero motivo para rechazar tal aplicación es el respeto que supone la libertad de creación[428].

No obstante las anteriores objeciones, los autores que consideran que sí cabe la utilización de *Astreintes* para todo tipo de obligaciones, señalan que la única condición que se requiere para su aplicación a las obligaciones de hacer es que se trate de una verdadera obligación jurídica. Y, en este sentido, se ha negado su empleo para hacer que un demandado compareciera en juicio, ya que para estos supuestos ya existe un procedimiento

---

[425]Vid. ARAGONESES, op. cit. en nota 381, p. 109.

[426]Vid. PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, p. 100; DUPONT DELESTRAINT, op. cit. en nota 385, p. 96; STARCK, op. cit. en nota 112, p. 816; ARAGONESES, op. cit. en nota 381, p. 109.

[427]Vid. MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 557; ARAGONESES, op. cit. en nota 381, p. 110; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE indican lo siguiente: «La *astreinte* debe, por otro lado, ser desterrada cuando se esgriman en obligaciones muy personales, ponga en juego la libertad individual, la libertad de conciencia o aún el derecho moral del artista o del autor». Cfr. op. cit. en nota 390, p. 780.

[428]Cfr. MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 577.

especial, que es el de su declaración en rebeldía, que, en su caso, subsanaría procesalmente su ausencia[429].

En general, se advierte, que toda obligación de hacer, con tal de que su ejecución no sea imposible[430], puede ser acompañada de esta medida. En este sentido, por tanto, se considera que toda obligación de hacer debe ser, en principio, ejecutada, y el empleo de la coerción indirecta se justifica en estos supuestos por el hecho de la contravención, por una de las partes, del compromiso suscrito[431].

2.2.6.3. PROCEDIMIENTO

Dentro de las *Astreintes* cabe distinguir dos modelos, o dos variedades de realización de la misma: la *Astreinte* provisional y la definitiva.

La *Astreinte* provisional es un medio de coerción contra el deudor, de naturaleza patrimonial, que consiste en un procedimiento preventivo de intimidación, cuyo carácter principal es el conminatorio[432].

Es provisional porque el Juez se reserva la posibilidad de revisar el montante de la misma en el momento de su liquidación[433].

Se ha observado que con el carácter conminatorio se hace referencia al hecho de que la *Astreinte*, por su elevado importe, esté destinada a hacer presión sobre el litigante condenado, y que el término provisional se reserva para referirse a la posibilidad de

---

[429]Cfr. PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, p. 100.

[430]Indica STARCK que el único límite, con carácter general, a la aplicación de la *astreinte* resulta de la imposibilidad de ejecución de la obligación. Que esta imposibilidad sea debida a la fuerza mayor o a la culpa -*faute*- del deudor, en estos casos, es del todo evidente que es inoperante recurrir a la *astreinte*. Por ejemplo, cuando la obligación de hacer deba ser cumplida en un día fijo, y el plazo previsto ya ha expirado, o así en el caso de un artista que se haya comprometido a realizar una interpretación en una noche concreta, no habiéndolo realizado. Vid. op. cit. en nota 112, p. 815; vid. asimismo, TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. en nota 390, p. 780.

[431]Cfr. JEANDIDIER, op. cit. en nota 389, p. 708

[432]Vid. CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667; STARCK, op. cit. en nota 112, p. 812.

[433]Vid. BÉNABENT, op. cit. en nota 401, p. 444; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. en nota 390, p. 782; CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667; STARCK, op. cit. en nota 112, p. 812; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 901.

modificar el montante de la misma[434].

El carácter provisional determina, asimismo, que el litigante condenado pueda interesar la reducción de la cuantía a una cifra razonable, una vez haya cesado su resistencia al cumplimiento e, incluso, su supresión[435].

De igual modo, el acreedor podrá requerir que su importe sea aumentado si el deudor se obstina en el incumplimiento[436].

Podría indicarse, por tanto, que el procedimiento de la *Astreinte* supone dos fases: en un primer momento, al ser pronunciada, asume una función intimidatoria y de presión psíquica sobre el obligado, su cuantía no se fija en función de los daños y perjuicios que el retardo haya ocasionado, sino en virtud de la gravedad del comportamiento recalcitrante del deudor y de sus facultades[437]. Y, en una segunda fase, ante un cumplimiento tardío o una definitiva inejecución de la prestación, el Juez reexamina su cuantía y procede a fijar su importe y a moderar sus cálculos iniciales en función de las características especiales del procedimiento[438] .

En la *Astreinte* definitiva, a diferencia de la provisional, su cuantía no está sujeta a revisión, ni a modificación alguna una vez haya sido pronunciada[439]. Su importe, por tanto,

---

[434]Vid. STARCK, op. cit. en nota 112, p. 812.

[435]Vid. CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667; STARCK, op. cit. en nota 112, pp. 812 y 828.

[436]Vid. CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667; STARCK apunta en este sentido que esta posibilidad de revisión no es contraria a la autoridad de cosa juzgada, «pues el Tribunal se reserva simplemente el derecho de examinar las modalidades de la medida que ha impuesto, no aquella de volver sobre los mismos principios de la condena». Asimismo, afirma que el Tribunal tiene como poder el revisar el montante de la *astreinte*, incluso tiene el poder de suprimirla en caso de incumplimiento constatado, lo cual concede al juez una verdadera facultad de retractación, difícilmente conciliable con aquellos principios que gobiernan los efectos de las sentencias. Vid. op. cit. en nota 112, p. 828; vid. también, MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 578.

[437]Vid. WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 902; CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667; STARCK, op. cit. en nota 112, p. 812; BÉNABENT, op. cit. en nota 401, p. 444; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. en nota 390, pp. 782-783.

[438]Vid. MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 578; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 902; CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. en nota 390, p. 782; BÉNABENT, op. cit. en nota 401, p. 444.

[439]Vid. STARCK, op. cit. en nota 112, p. 812; CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 903; BÉNABENT, op. cit. en nota 401, p. 444; MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 578; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. en nota 390, p. 783.

no puede ser modificado salvo que el incumplimiento o el retardo hayan sido debidos a caso fortuito o a fuerza mayor[440].

El Juez, en estos casos, no dispone de un poder soberano que le permita fijar arbitrariamente el montante de la condena, pues deberá calcularlo en función de los elementos del perjuicio realmente causado[441].

El juzgador está vinculado a su decisión originaria y la liquidación de la misma se reduce a una operación aritmética que, en su caso, puede consistir en multiplicar el número de días que haya durado el retardo por la cuantía fija señalada para cada día. De este modo, existe una certidumbre acerca de su importe, pues cabe el cálculo *ab initio* del *quantum* final de la pena[442].

Sus caracteres son los siguientes: la *Astreinte* definitiva ha de ser declarada de modo concluyente, expresamente, pues no cabe su presunción, tal y como ocurre con la provisional[443] y, además, no puede ser establecida más que para una duración determinada[444]. Su cuantía, por ello, está dirigida a beneficiar al acreedor, pues se acumula a la indemnización de daños y perjuicios[445].

Por la doctrina francesa, por otro lado, se ha indicado, en función del artículo 51 del Decreto de 31 de julio de 1992, que la *Astreinte* comienza a surtir efectos desde el día o

---

[440]Vid. CARBONNIER, op. cit. en nota 112, p. 667; BÉNABENT, op. cit. en nota 401, p. 444; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. en nota 390, p. 784; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 903.

[441]STARCK indica, en este sentido, que si la condena fuera superior a este perjuicio, se consideraría como una verdadera «pena privada», ilícita como tal. Vid. op. cit. en nota 112, p. 813.

[442]Vid. STARCK, op. cit. en nota 112, p. 829.

[443]Vid. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE indican que no puede ser ordenada más que después de pronunciar una *Astreinte* provisional. Vid. op. cit. en nota 390, p. 785.

[444]Vid. BÉNABENT, op. cit. en nota 401, p. 444; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. en nota 390, p. 784.

[445]De enriquecimiento injusto habla BÉNABENT al referirse a esta modalidad. Vid. op. cit. en nota 401, p. 445; por su parte, MALAURIE et AYNÉS apuntan que la *astreinte* definitiva deviene un verdadero modelo de pena privada, en tanto que puede enriquecer considerablemente al acreedor. Vid. op. cit. en nota 386, p. 578.

Por otro lado, ARAGONESES indica que existe una tercera modalidad de *Astreinte* a la que denomina definitiva e indemnizatoria. «Se distingue de la anterior en cuanto es una sanción plenamente indemnizatoria, destinada a reparar un daño futuro y cierto que se entiende que se puede evaluar precisamente al momento de dictarse el fallo condenatorio y aun antes de su producción efectiva». Cfr. op. cit. en nota 381, p. 58.

desde que la resolución judicial que la ordenó haya devenido ejecutoria[446].

De otro modo, se ha observado que si el acreedor no puede obtener la ejecución *in natura* de la obligación, o si, tras el retardo, pierde el interés objetivo en la misma, en todos los casos podrá obtener un equivalente monetario, bajo la forma de indemnización de daños y perjuicios[447].

Ahora bien, la condena a la *Astreinte* está destinada a forzar la voluntad de deudor, y a provocar el cumplimiento de una obligación, ésta, por tanto, puede lograr, con su aplicación, y después de una resistencia mayor o menor del obligado, el resultado deseado, o bien, puede devenir ineficaz en el supuesto de incumplimiento definitivo de su contenido. En ambos casos, el período provisional de espera finalizará, bien debido a un cumplimiento de la obligación o bien, por el contrario, a un incumplimiento definitivo de la misma. En su caso, el acreedor deberá interesar al Órgano Judicial la liquidación de la *Astreinte*, es decir, la fijación de la suma definitivamente debida[448].

El Juez que liquide la *Astreinte* no está vinculado por criterio de cálculo alguno, sino únicamente por los recursos del deudor y por las dificultades objetivas que éste tenga para cumplir[449]. Éste apreciará, discrecionalmente, si ha de moderar o suprimir la condena pecuniaria provisional, sin estar obligado a motivar su decisión, de tal modo que la fijación del importe de la *Astreinte* no depende de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, ni tampoco de la noción de perjuicio o la de culpa -*faute*-, en tanto que estas últimas no han de ser tomadas en consideración para el cómputo de su valor[450].

---

[446]Señala el segundo párrafo de tal artículo que sin embargo, puede surtir efectos desde el día de su pronunciamiento, si éste se ajusta ya a una decisión ya ejecutoria. Vid. en este sentido, TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. en nota 390, p. 785.

[447]Vid. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. en nota 390, p. 785.

[448]BÉNABENT observa que cuando el beneficiario solicite la correspondiente liquidación, tiene la carga de la prueba de acreditar hasta que fecha ha durado el incumplimiento o el retraso del deudor. Vid. op. cit. en nota 401, p. 445.

[449]Vid. STARCK, op. cit. en nota 112, p. 829.

[450]STARCK, a este respecto, precisa lo siguiente: «Así es como una Corte de Apelación procedió a la liquidación de una *astreinte*, fundada justamente su decisión en el solo incumplimiento por el deudor de la resolución ordenando esta medida, sin tener que caracterizar la culpa por parte del deudor, en cuanto que no se había invocado la excepción de fuerza mayor». Cfr. op. cit. en nota 112, p. 830; vid. igualmente MALAURIE et AYNÉS, op. cit. en nota 386, p. 579.

Una vez fijada la cuantía definitiva de la *Astreinte*, cabe la aplicación de todas las medidas específicas propias de la ejecución expropiativa[451].

Por último, la doctrina se ha cuestionado si cabe la posibilidad de obtener una liquidación anticipada de la *Astreinte*, con la finalidad de urgir el cumplimiento por parte del deudor, a través de un embargo de bienes. En este sentido, se ha estimado que tal procedimiento es poco práctico, puesto que si a pesar del embargo, la conducta dilatoria del obligado prosigue, se vería en la necesidad de requerir una nueva liquidación anticipada. Esta liquidación tendría, únicamente un carácter provisional y, si cuando se practicase la liquidación definitiva el importe total se redujese, el acreedor tendría que reintegrar la parte de la suma que en exceso hubiese recibido, por ello, la Jurisprudencia no ha adoptado una decisión firme al respecto[452].

---

[451]Vid. ARAGONESES, op. cit. en nota 381, p. 126.

[452]Vid. ARAGONESES, op. cit. en nota 381, pp. 125-126.

2.3. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL RETRASO

2.3.1. GENERALIDADES. EL ARTÍCULO 1.101 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.101 del Código civil[453] dispone, con carácter general, la responsabilidad del deudor[454] por incumplimiento, e instaura una de sus consecuencias, que se concreta en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que tal infracción haya podido ocasionar al acreedor[455].

En este sentido, la obligación de indemnizar se estructura como uno de los medios que habilita nuestro Ordenamiento Jurídico para neutralizar aquellos efectos adversos que hayan incidido sobre el acreedor, como consecuencia de la inejecución o de la contravención al tenor de la obligación[456].

Se ha señalado que el artículo 1.101 del Código civil preceptúa la responsabilidad contractual del deudor con carácter general, puesto que, en primer lugar, solamente instituye

---

[453] Artículo 1.101 del Código civil. «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».

[454] Indica, en este sentido BADOSA que la responsabilidad se puede definir como la asunción por el deudor de las consecuencias económicas negativas que la infracción de la obligación ha ocasionado al acreedor. Vid. *Comentario al artículo 1.101 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1983, p. 34; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ señala que, entre las consecuencias del incumplimiento de la obligación, deben incluirse la indemnización de los daños y perjuicios, la resolución del contrato, la ejecución forzosa, el cumplimiento tardío y la traslación de los riesgos al deudor. Vid. op. cit. en nota 25, p. 357.

[455] Vid. CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 241, p. 377; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, pp. 208-209; BADOSA afirma que la indemnización de los daños y perjuicios constituye, junto con la ejecución forzosa de la obligación, el conjunto de la responsabilidad del deudor por la infracción de la obligación. Vid. op. cit. en nota 454, p. 34; en contra, se pronuncia DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que apunta que el anterior autor se olvida de incluir la *perpetuatio obligationis* que «se incluye dentro de los efectos de la responsabilidad y que es igualmente compatible con las anteriores y que viene recogida en el artículo 1.096.2º del Código civil (y desarrollada en los arts. 1.100 y 1.182 y ss. del mismo cuerpo legal)». Cfr. op. cit. en nota 25, p. 357, nota 19.

[456] En este sentido, BADOSA observa que la indemnización no es sinónima de eliminación de los daños que la transgresión de la obligación haya podido causar, puesto que, según el autor, estos pueden eliminarse en especie actuando sobre sus causas, como en el supuesto del párrafo segundo, inciso final, del artículo 1.098 del Código civil. «La obligación de indemnizar es sólo uno de los medios de dicha eliminación, el más importante debido a su generalidad que lo hace aplicable a todo tipo de daños, ya que actúa sobre ellos no sobre su causa y actúa por «compensación» del daño mediante dinero no por su eliminación». Cfr. op. cit. en nota 454, p. 34; vid. también DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 443.

una de las consecuencias jurídicas de la misma, que es la indemnización de los daños y perjuicios, y deja al margen otros de sus posibles efectos, tales como el cumplimiento forzoso en forma específica, la traslación de riesgos o la resolución del vínculo contractual. Y, en segundo lugar, se la considera de carácter general en tanto que únicamente especifica cuáles son los presupuestos o los fundamentos de tal responsabilidad, de tal modo que la regulación concreta y específica de la misma se mantiene en otras disposiciones, tales como en los artículos 1.100, 1.102 a 1.107, 1.184 y siguientes y 1.096 y siguientes del Código civil[457].

Asimismo, la norma del artículo 1.101 de nuestro Código civil contempla cuáles son las fuentes de la obligación de indemnizar[458], y delimita diferentes hipótesis, tales como el dolo, la negligencia, la morosidad y la contravención, cuyos vínculos recíprocos entre sí no delimita o no precisa[459].

Se han especificado tres concretos caracteres de tal ordenación. En primer lugar, se indica que las cuatro categorías tienen un punto en común, lo cual supone que todas ellas se sitúan en el período temporal del cumplimiento de la obligación[460].

En segundo lugar, los cuatro supuestos son heterogéneos entre sí, y se pueden agrupar en dos diferentes planos: el de las causas de los daños, constituido por la mora y la contravención, y el de los fundamentos de responsabilidad, que son el dolo y la

---

[457]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 443; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 241, p. 379; ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, *Comentario al artículo 1.101 del Código civil, Código civil. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo IV*, Madrid, 1995, p. 83; GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 137.

[458]Vid. CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 241, p. 379; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 443; MARTÍNEZ CALCERRADA, *Cumplimiento defectuoso de la prestación (su inclusión en la «contravención» o cuarta causa del artículo 1.101 del Código civil)*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1976, pp. 1350 y ss.; ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, op. cit. en nota 457, p. 83; BADOSA, op. cit. en nota 454, p. 35.

[459]Cfr. CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 241, p. 379.

[460]Observa BADOSA que tal confirmación tiene una gran importancia, puesto que implica que el artículo 1.101 no determina todas las fuentes de la responsabilidad obligacional, ya que no menciona, por ejemplo, la culpa-negligencia en la conservación de la cosa debida -art. 1.094 C.c.-. «Este silencio, que podría justificarse por la redacción obligacional del art. 1094 («El obligado lo está también a...»), es suplido por una serie de artículos (art. 1.122.2ª y 4ª, *ex* arts. 1.135 y 1.147 II) en los que sí se considera la culpa en la conservación como fuente de la obligación de indemnizar». Cfr. op. cit. en nota 454, p. 35; y del mismo autor, op. cit. en nota 153, pp. 233 y ss.; vid. también, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 443; GRAMUNT, op. cit. en nota 35, pp. 135 y 142.

negligencia[461]. Dos de ellos son subjetivos y califican el comportamiento del deudor, el dolo y la negligencia, y los otros dos son objetivos y se refieren a la obligación, la morosidad y la contravención[462].

Del mismo modo, se ha apuntado que en el seno del artículo 1.101 habrá que diferenciar entre los «fundamentos subjetivos de responsabilidad», que son el dolo y la culpa, y las «modalidades objetivas de infracción obligacional» causantes de los daños, que son la mora y la contravención al tenor de la obligación. En este sentido, la relación que existe entre ellas supone que los «fundamentos de responsabilidad», dolo o culpa, son la causa de la «infracción obligacional», mora o contravención, y éstas a su vez son la causa de los daños[463].

Así, en el artículo 1.101 no se describen cuatro fundamentos de la responsabilidad, ordenados en dos grupos, ya que ni el dolo ni la culpa, ni la mora ni la contravención son por sí mismos y aisladamente fundamentos de responsabilidad, sino que son dos aspectos de un mismo fenómeno. La mora o la contravención dolosas o culposas o la culpa y el dolo causantes de la mora o de la contravención son supuestos de hecho de la responsabilidad. Éstos podrán examinarse desde el plano objetivo de las causas de los daños, en cuyo caso se sitúa en primer lugar la infracción de la obligación, o desde un punto de vista subjetivo, en donde se pone el acento en el dolo y la culpa como fundamentos de la indemnización[464].

Finalmente, la tercera y última particularidad de este precepto, supone que el mismo

---

[461]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 153, p. 251; DELGADO ECHEVERRÍA, *en Lacruz y otros, Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, Vol. 1°*, Barcelona, 1994, p. 175; GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 142; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 241, p. 377; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 443.

[462]BADOSA señala, a este respecto, que esta heterogeneidad en la configuración de tales causas esconde una auténtica confusión «ya que el art. 1.101 considera que en cada uno de los cuatro supuestos «concurren» dos cualidades diferentes: la de «fundamento de responsabilidad» («Quedan sujetos a la indemnización») y la de «infracción causante de los daños» («daños y perjuicios causados»). Hay que decir además que el art. 1.101 no es el único que incurre en la confusión de ambas funciones; hay otros artículos que también contemplan la infracción obligacional a la vez como causa de daños y fundamento de responsabilidad (arts. 1.107, 1.718 I)». Cfr. op. cit. en nota 454, p. 35; vid. igualmente DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 443.

[463]BADOSA observa que la referencia, por tanto, del dolo y la culpa en el cumplimiento no debe ser entendida como compatibilidad con el cumplimiento como conducta, sino como localización con el cumplimiento como período, se cumpla efectivamente o no. Vid. op. cit. en nota 454, pp. 35-36.

[464]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 153, p. 252; en el mismo sentido, GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 143.

regula tanto los incumplimientos temporales como los definitivos. Sanciona cualquier contravención de la obligación, sea definitiva, o no susceptible de cumplimiento específico posterior, o temporal, de modo que aún existiría la posibilidad de ejecución *in natura* de la prestación, tras la infracción inicial de la misma[465].

En lo relativo a los países de nuestro entorno, en los Ordenamientos alemán, italiano y francés, no existe exactamente un precepto similar[466].

El primer párrafo del § 286 del B.G.B. dispone que el deudor debe resarcir los daños que el retardo haya ocasionado al acreedor. En el supuesto de que éste hubiera perdido el interés en la prestación a consecuencia del retraso, el párrafo segundo de esta norma[467] señala que podrá rechazar la prestación y solicitar el resarcimiento de los daños por incumplimiento[468].

En el supuesto de que la obligación sea recíproca, el § 326 del mismo cuerpo legal establece que el acreedor deberá requerir al deudor rezagado y disponer un plazo de gracia adecuado, para la propia efectividad de la prestación, con la manifestación, clara y expresa, de que no admitirá la ejecución de la misma después de haber transcurrido tal período infructuosamente. Si el deudor no cumple, una vez agotada inútilmente la prórroga concedida, se extingue la acción de cumplimiento, y el acreedor habrá de elegir entre el

---

[465]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 444; parece no estar de acuerdo con estas conclusiones CRISTÓBAL MONTES cuando indica que, en cuanto a la obligación de resarcir el daño: «En cualquier caso, empero, dejando a salvo el dudoso y discutible supuesto de la mora por imperativo de la normativa civil española, ha de tratarse de un genuino incumplimiento, lo que supone, como sabemos, que la prestación debida ya no sea susceptible de ejecución». Cfr. op. cit. en nota 243, p. 221.

[466]Vid. MARTÍNEZ CALCERRADA, op. cit. en nota 458, p. 1353; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 241, pp. 382 y ss.

[467]Párrafo segundo del § 286 del B.G.B. «Si a consecuencia de la mora la prestación no tiene ya ningún interés para el acreedor, éste, rechazando la prestación, puede exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento».

Indica DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que el término mora, en esta norma, hace referencia al retraso y no al acto o situación de constitución en mora del deudor, «porque, como se sabe, es requisito indispensable para constituir en mora al deudor incumplidor que la prestación sea susceptible de cumplimiento posterior e idóneo tal cumplimiento para la satisfacción del interés del acreedor». Cfr. op. cit. en nota 25, p. 235, nota 71; vid. ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, op. cit. en nota 368, p. 267.

[468]Vid. MEDICUS, op. cit. en nota 368, pp. 189 y 230; ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, op. cit. en nota 368, p. 267; LARENZ, op. cit. en nota 375, p. 350.

resarcimiento de los daños o la resolución[469].

En el Ordenamiento Jurídico francés, el artículo 1.147 del *Code civil* dispone la obligación de indemnizar los daños causados por el incumplimiento o por el retraso, siempre que el deudor no justifique que tal infracción procede de una causa extraña que no le pueda ser imputada, aunque no haya existido mala fe por su parte[470].

Con carácter general, para todo tipo de incumplimiento y para el retraso, se establece la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que tales infracciones hayan ocasionado, cuando las mismas sean imputables al deudor. Éste no puede invocar la buena fe en el cumplimiento del contrato, y únicamente podrá liberarse de la responsabilidad a la que está sujeto, si acredita la concurrencia de una causa extraña a él no imputable, es decir, un hecho externo a su persona, imprevisible e irresistible. La prueba de su diligencia y de su prudencia, o la ausencia de culpa subjetiva, en esta hipótesis, no es suficiente para exonerarle de responsabilidad[471].

Por otro lado, el artículo 1.147 del *Code* parece que choca frontalmente con lo que dispone el artículo 1.137 del mismo cuerpo legal, que indica que la obligación de velar por la conservación de la cosa, sea que el contrato tenga una utilidad para una sola de las partes, sea que tenga por objeto una utilidad común para ambas, se concreta en el deber de usar la diligencia de un buen padre de familia.

En este sentido, se ha señalado que los problemas que plantea semejante contradicción son, principalmente, dos. El primero, consistiría el delimitar si la responsabilidad contractual prevista de manera general en el *Code* es una responsabilidad por culpa, en cuyo caso, bastaría probar la diligencia empleada por el deudor en el cumplimiento, para exonerarle de la responsabilidad a la que está sujeto como consecuencia del incumplimiento de la obligación, o si, por el contrario, se trata de una responsabilidad por culpa, en el sentido de imputabilidad, lo cual supondría que el deudor únicamente respondería de los incumplimientos que le fueran imputables, bien por dolo, o negligencia,

---

[469]Vid. MEDICUS, op. cit. en nota 368, pp. 230-232; ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, op. cit. en nota 368, p. 268; LARENZ, op. cit. en nota 375, p. 353.

[470]Vid. VINEY, op. cit. en nota 167, p. 627.

[471]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 150-151.

o cualquier otro riesgo del que deba responder. El segundo problema que surge de la discordancia entre ambas normas, lo plantea el último inciso del artículo 1.147, al referirse a la mala fe. En este sentido, imputa la responsabilidad por incumplimiento al deudor, aunque no haya habido mala fe por su parte. En la doctrina, se discute si la referencia a la mala fe es sinónimo de dolo, lo que implicaría la imposición de una obligada responsabilidad por culpa, o si, por otro lado, se introduce una responsabilidad objetiva, sin necesidad de hacer referencia a elemento subjetivo alguno [472].

---

[472] En la doctrina francesa han surgido diferentes intentos de conciliar lo señalado por ambos artículos. Para un primer grupo de autores, entre los que se encuentran COLIN y CAPITANT, el artículo 1.137 supone una excepción a la regla general establecida por el artículo 1.147. La primera de las dos normas se aplicaría a las obligaciones de dar que implican un deber de conservación de la cosa, mientras que el resto de las obligaciones se sujetarían a lo establecido en la norma del artículo 1.147. El deudor de una obligación de dar se exoneraría de responsabilidad si prueba que ha utilizado toda la diligencia exigida en el cumplimiento de la obligación, mientras que para el resto de las obligaciones, el deudor únicamente se exoneraría probando la concurrencia de un caso fortuito. A esta teoría se le ha objetado que el problema se encuentra en su propio fundamento, ya que no explica suficientemente la razón de establecer esta distinción de regímenes de responsabilidad entre los diferentes modelos de obligaciones. No parece correcto, en las obligaciones de entrega de una cosa, cuyo objeto es un resultado, establecer que al deudor le es suficiente probar la diligencia empleada para exonerarse de responsabilidad, y tampoco que pueda, en este supuesto, liberarse de su obligación, pues ésta se extingue. Se ha señalado, en este sentido, que el deber de conservación es accesorio a la propia obligación y, por ello, no se puede calificar de cumplimiento contractual, en su concepto jurídico estricto, la entrega de una cosa que al no haberse conservado diligentemente no es la que se contrató, pero tampoco se cumple empleando toda la diligencia de un buen padre de familia. La diligencia está presente en toda la vida de la relación obligatoria y el deudor no puede excusar su falta de cumplimiento, sea éste del tipo que sea, en la aportación de su diligencia en el cumplir, o de los esfuerzos que hizo para alcanzar aquello a lo que se obligó. La única causa que permite a un contratante incumplidor desvincularse de su obligación, y no tener que responder de lo que se había comprometido a hacer al celebrar el contrato, es el acaecimiento de un suceso que aquéllos al contratar no previeron o que previsto fuera inevitable o irresistible de superar, lo cual implica que no le pueda ser imputado. La segunda de las teorías es la formulada por PLANIOL, el cual indica que el artículo 1.137 se refiere únicamente a la determinación del contenido de la obligación y el artículo 1.147 a la responsabilidad por los daños y perjuicios causados. Según este autor cabe distinguir entre la culpa-diligencia como modelo de conducta en el cumplimiento de las obligaciones, conducta expresamente requerida para las obligaciones de dar hasta que se realice la entrega, y la culpa criterio de imputabilidad, que no necesariamente ha de referirse siempre a la diligencia, aunque ésta es parte de su contenido. La tercera de las doctrinas, seguida por un gran número de autores, indica que el artículo 1.137, que impone al deudor, en el cumplimiento de la obligación, la utilización de los cuidados de un buen padre de familia, concierne únicamente a las obligaciones denominadas de medios, es decir, a aquellas para las que el deudor solamente se compromete a la ejecución de una conducta diligente para satisfacer al acreedor, por el contrario, el artículo 1.147 se aplicaría a las obligaciones denominadas de resultado, o sea, aquellas que exigen al deudor la obtención de un resultado concreto para liberarse de la obligación. A esta teoría se la ha criticado que, en las hipótesis de obligaciones de medios, la culpa se confunde con el incumplimiento de la obligación, y no se tiene en cuenta que también en estas obligaciones la causa extraña puede intervenir para explicar el porqué la diligencia prevista no ha podido ser empleada y exonerar, de este modo, al deudor. De este modo, se ha indicado que también cabe la aplicación del artículo 1.147 a las obligaciones de medios. Admitir que el deudor ha incurrido en culpa por el solo hecho del incumplimiento de la obligación y porque no ha encontrado justificación en la fuerza mayor es deformar la noción misma de la culpa. Y, en definitiva, la diversificación de las obligaciones en de medios y de resultado no es suficiente para explicar la diversidad de reglas aplicadas a la responsabilidad del deudor. Una cuarta teoría que ha tratado de conciliar ambas disposiciones es la seguida por CARBONNIER, entre otros autores, que observa que, en realidad, no existe contradicción entre una y otra norma, puesto que en las dos se señala que el único modo

Por su parte, en el Ordenamiento italiano, precisa el artículo 1.218 del *Codice civile* que el deudor que no ejecute exactamente la prestación debida estará obligado al resarcimiento del daño causado, si no acredita que el incumplimiento o el retraso han sido ocasionados por una imposibilidad inimputable de la prestación.

Se ha advertido que el problema, con el que se encuentra la doctrina italiana, es la propia redacción de esta norma, puesto que, con su actual premisa, puede ser interpretado en el sentido de que la única causa de exención de responsabilidad que se admite es la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor[473].

Sin embargo, y en contra de lo anterior, se ha observado que con esta expresión se hace también referencia al caso fortuito, a la fuerza mayor y a la causa extraña, además de que lo que realmente se pretende con tal precepto es eliminar, de las causas de exoneración de responsabilidad, la prueba de la diligencia empleada en el cumplimiento de la obligación[474].

De esta manera, el deudor debe probar, para liberarse de responsabilidad por

---

de liberarse el deudor de su responsabilidad, ante un incumplimiento, es probando la ausencia de culpa, o lo que es lo mismo, la concurrencia de un caso fortuito, ya que es el único motivo que excluye la culpa. Un deudor incurre siempre en culpa cuando no cumpla su obligación. El deudor incurrirá en responsabilidad cuando no pruebe que el incumplimiento de su obligación ha sido debido a una causa extraña. Todo aquello que no sea fortuito debe entenderse que es culpa. Por otro lado, en cuanto al último inciso del artículo 1.147, la mala fe consiste en el deseo o en la conciencia de dañar, o lo que es lo mismo, en el dolo y, además, se señala que junto a la culpa-imputabilidad intencional existe la culpa por negligencia o imprudencia. A esta doctrina se le ha objetado que el problema radica en la determinación de lo que deba entenderse por caso fortuito, puesto que todo aquello que no lo sea le será imputable al deudor. Vid. en este sentido la exposición que realiza DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 152-156; vid. asimismo COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil, Tomo III*, Madrid, 1960, pp. 22 y ss.; VINEY, op. cit. en nota 167, pp. 628 y ss.; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, pp. 159 y ss.; ESMEIN, M. P., *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, Revue trimestrielle de Droit Civil, 1933, pp. 627 y ss.; WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, pp. 427 y ss.; CARBONNIER, op. cit. en nota 112, pp. 302 y ss.; TUNC, *Responsabilité (en général), Encyclopèdie Droit Civil Dalloz, nº 470*, París, 1991, pp. 1 y ss.; LÉGIER, op. cit. en nota 168 pp. 1-31.

[473]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 185.

[474]Vid., entre otros, GALGANO, op. cit. en nota 12, p. 53; COTTINO, *Caso fortuito e forza maggiore, Diritto civile*, Enciclopedia del Diritto, Vol. VI, Milano, 1960, pp. 377 y ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, Milano, 1993, pp. 520 y ss.; BRANCA, *Instituciones de Derecho privado*, México, 1978, pp. 293 y ss.; TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Milano, 1983, pp. 340 y ss.; MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, Enciclopedia del Diritto, Vol. XX, Milano, 1970, pp. 406 y ss.; MAZZARESE, *Mora del debitore*, Digesto, Torino, 1994, pp. 451 y ss.; GAZZONI, op. cit. en nota 65, p. 571 y ss. y 605 y ss.; MENGONI, *Responsabilità contrattuale, Diritto vigente*, Enciclopedia del Diritto, Vol. 39, pp. 1072 y ss.; RAVAZZONI, op. cit. en nota 90, pp. 908 y ss.; NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 54, pp. 267 y ss.; VALSECCHI, op. cit. en nota 46, pp. 244 y ss.

incumplimiento o por retardo, que la obligación se ha extinguido por una sobrevenida imposibilidad de la prestación por causa a él no imputable. Tendrá que ofrecer, en este sentido, una doble prueba: por un lado, que la prestación haya devenido imposible, esta imposibilidad que libera al deudor ha de ser objetiva, es decir, que la obligación se considere inexigible para cualquier deudor[475]; y, por otro, que tal imposibilidad no le sea imputable y por inimputabilidad se entiende cualquier evento imprevisible e inevitable por parte del obligado o, si éste se ha asistido en el cumplimiento de la obra de terceros, que tal acontecimiento no fuese previsible ni evitable por sus auxiliares[476].

A pesar de que el actual artículo 1.218 del *Codice civile* establece que solo la imposibilidad sobrevenida de la prestación, no imputable al deudor, es causa de exoneración de la responsabilidad contractual, no han faltado autores en los que, al tratar de armonizar esta norma con la contenida en el artículo 1.176 del mismo cuerpo legal[477], han pretendido rehacer un sistema subjetivo de la responsabilidad, basado en la culpa-negligencia del deudor.

En este sentido, indica GIORGIANNI que, según el artículo 1.176, el deudor puede liberarse de la responsabilidad, mediante la aportación de la prueba de haber sido diligente. Para este jurista, un atento examen al sistema muestra que el artículo 1.218 no tiene un

---

[475]Indica GALGANO, a este respecto, que la imposibilidad debe ser objetiva pero no absoluta, es decir, «no debe ser entendida en el sentido naturalístico de la expresión, como un impedimento a la ejecución de la prestación que no pueda en modo alguno ser vencido por la fuerza humana. Ésta se debe, por el contrario, entender en sentido económico, en la relación entre los medios y los fines [...] la prestación es imposible cuando el impedimento a su ejecución no puede ser vencido con el empeño exigible al deudor en aquella concreta especie de obligación». Cfr. op. cit. en nota 12, pp. 53-54; señala SANTORO a este respecto que la imposibilidad de carácter objetivo debe referirse a la prestación en sí y por sí considerada y no esté determinada por una causa inherente a la persona del deudor o a su economía, «significa introducir una regla de responsabilidad objetiva, en cuanto el deudor deberá responder también en aquellas hipótesis en las que el incumplimiento, aún siendo inherente a la propia persona o a la propia esfera de organización de los medios del cumplimiento, sea independiente de su comportamiento culpable». Cfr. op. cit. en nota 158, p. 8.

[476]Observa GALGANO que: «El evento imprevisible e inevitable, que el deudor debe probar para obtener su propia liberación, es el caso fortuito, que corresponde al concepto común de fatalidad (un terremoto, una tempestad en el mar, un alud, un derrumbamiento, etc.) o la fuerza mayor, que indica una fuerza a la que no puede resistirse: una fuerza de la naturaleza (el viento, el embate de las olas del mar, etc.) o una fuerza humana, como el hecho del tercero o como el hecho del mismo acreedor, o, en fin, como una disposición de la autoridad pública (así llamado *factum principis*)». Cfr. op. cit. en nota 12, p. 55.

[477]Artículo 1.176 del *Codice civile* italiano. «En el cumplimiento de las obligaciones el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse con relación a la naturaleza de la actividad ejercitada».

ámbito tan extenso para poder considerarlo como una norma de carácter general, regulador de la responsabilidad del deudor en todas las posibles hipótesis. Esta última norma, se limita a instituir un solo supuesto de incumplimiento, es decir, aquél en el que la prestación ha devenido imposible, por una causa imputable al deudor. Cuando, por el contrario, es aún posible ejecutar la prestación, a pesar del incumplimiento del deudor, la responsabilidad del mismo se encuentra regulada por otra norma[478].

Por tanto, para el anterior autor, la responsabilidad por incumplimiento únicamente puede ser fijada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación en aquellas relaciones obligatorias en las que la prestación principal del deudor consiste en impedir el acaecimiento de tal imposibilidad, es decir, en las obligaciones de entregar, restituir o transferir una cosa cierta y determinada. Sólo en estas hipótesis se puede afirmar que el deudor está, antes que nada, obligado a impedir el perecimiento de la cosa o su sustracción o avería. Solamente en éstas relaciones puede considerarse que el artículo 1.218 del *Codice* constituye una norma que cubre toda el área de la actividad principal del deudor. En el resto de las obligaciones, por el contrario, fundar la responsabilidad del deudor en la imposibilidad sobrevenida y, correlativamente, en la obligación de preservar la posibilidad de cumplimiento, no es

---

[478]Para GIORGIANNI, la tesis expuesta está fundada en la observación de que solo en una serie de relaciones obligatorias, la responsabilidad por incumplimiento puede ser deducida exclusivamente de la imposibilidad sobrevenida. «Se trata de relaciones en las que la prestación principal del deudor consiste en impedir la concurrencia de tal imposibilidad; típicas son las obligaciones de entregar o de restituir (o bien de transferir) una cosa cierta y determinada, en las que el deudor está obligado sobre todo a impedir el perecimiento de la cosa, o bien la sustracción o las llamadas averías, esto es, los eventos que harían total o parcialmente imposible la entrega o la restitución (o bien la transferencia) de la cosa en su integridad. [...] Por tanto, en esta primera serie de relaciones, el artículo 1.218 constituye expresión de la imposición de una regla de conducta, la cual -aun estando aparentemente acomodada a preservar la posibilidad del cumplimiento- viene a cubrir el área de la actividad principal debida por el deudor. En las otras relaciones, por el contrario, la regla de conducta ajustada a preservar la «posibilidad» del cumplimiento, aun teniendo una innegable función, no asume tal prevalencia para ser suficiente para regular la entera actividad a la que el deudor está obligado. Parece evidente que en tales obligaciones el deudor junto a la regla dirigida a preservar la «posibilidad», está obligado a observar otra regla de conducta, cuya existencia se recaba de otras normas, diversas a la del art. 1.218. Sea una u otra regla de conducta no imponen al deudor un esfuerzo que llegue hasta la «imposibilidad». [...] La regla de conducta dirigida a mantener la «posibilidad» de la prestación halla su reglamentación en el art. 1.218 y en las numerosas normas que están modeladas sobre ésta. Aquella dirigida más propiamente a encaminar al deudor hacia la satisfacción del interés del acreedor, está contenida en el art. 1.176 y en las numerosas normas que se le acomodan. El art. 1.176 asume, no obstante, una función preeminente, en cuanto enuncia la medida normal de ambas reglas de conducta, o sea, aquella del «buen padre de familia». Sin embargo, esta medida recibe, como habíamos visto, numerosas derogaciones y es también posible distinguir las hipótesis en las que el deudor está obligado a una diligencia o esfuerzo abstracto, de aquellas en las que la diligencia o el esfuerzo se caracteriza necesario para alcanzar el resultado que, a través de la prestación, el acreedor espera». Cfr. *Inadempimento, Diritto privato*, Enciclopedia del Diritto, Vol. XX, Milano, 1970, pp. 874-888.

suficiente para estructurar la entera actividad a la que el deudor está obligado. En este último supuesto, será necesario investigar otra regla de conducta que discipline la falta de cumplimiento, cuando la prestación sea aún posible: tal regla de comportamiento viene determinada por la diligencia, diversamente evaluable, en función del tipo de relación en la que está llamada a operar[479].

Para NATOLI, por otro lado, si la responsabilidad tuviese una naturaleza objetiva, no podría adoptarse prueba liberatoria de clase alguna. Todo lo más que podría admitirse, como única prueba liberatoria, sería la inexistencia del incumplimiento alegado por el acreedor. Señala este autor que el mismo artículo 1.228 del *Codice*[480], no puede aportar confirmación alguna a la concepción objetiva de la responsabilidad, puesto que prevé una hipótesis típica de responsabilidad subjetiva, pudiéndose imputar al deudor el hecho de sus auxiliares como causal. El jurista, reconduce la culpa al concepto íntegro de incumplimiento, y señala que no cabe aplicación del artículo 1.218 a los supuestos de inejecución de la prestación no debida a culpa, en cuanto que éstos no pueden ser considerados como de incumplimiento. El artículo 1.218 indica en su primera parte la referencia a una noción subjetiva del incumplimiento, esto es, a la hipótesis en la que la falta de ejecución de la prestación es, de cualquier modo, imputable al deudor. En otros términos, el incumplimiento no imputable no es incumplimiento, pues responsabilidad es igual a incumplimiento imputable, o lo que es lo mismo, a culpa. La función de la segunda parte del artículo 1.218 se refiere solo a la determinación de la carga probatoria, en relación a la existencia o no del incumplimiento y de la consecuente afirmación de la responsabilidad del deudor[481].

Otro de los autores que se inclina por las teorías subjetivas de la responsabilidad contractual es BETTI. Señala explícitamente como requisito indiscutible del incumplimiento, junto a un elemento objetivo que es la inejecución de la prestación, un aspecto subjetivo,

---

[479]Vid. GIORGIANNI, op. cit. en nota 478, pp. 874-888; SANTORO, op. cit. en nota 158, pp. 16-17; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 182-183.

[480]Artículo 1.228 del *Codice civile* italiano. «Salvo diversa voluntad de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale de la obra de terceros, responde también de los hechos dolosos o culposos de éstos».

[481]Vid. NATOLI, *L'attuazione del raporto obligatorio, en Trattato di Diritto civile e commerciale, diretto da Cicu e Messineo, XVI, T. 2*, Milano, 1984; vid. asimismo, SANTORO, op. cit. en nota 158, pp. 17-19.

que es la imputabilidad al deudor de tal incumplimiento. Para este jurista, asume particular importancia la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. Así, la norma del artículo 1.176 tendría aplicación en las hipótesis de obligaciones de medios, es decir, en aquellas obligaciones que tienen por término de referencia una conducta de cooperación valuable, según criterio de diligencia y también de habilidad técnica. Por el contrario, esta regla no se emplearía en aquellas obligaciones que tienen por objeto el resultado útil de un obrar -*opus*-[482]. Tampoco es aplicable el artículo 1.176 a una tercera categoría de obligaciones que tienen como contenido la asunción por el deudor de la garantía contra ciertos riesgos, para el autor, en este supuesto, la utilidad consiste en una seguridad que debe ser procurada al acreedor. Por tanto, el artículo 1.176 determina un criterio de valoración de la conducta solamente para las obligaciones de comportamiento, pero no para las obligaciones de resultado.

A la anterior teoría, se le ha objetado el hecho de que está imbuida por el deseo de sistematizar conceptualmente el ilícito contractual al lado del aquiliano, por considerarlos caracterizados por el elemento de la *iniuria*, elemento resultante, no sólo de una lesión del interés ajeno, sino también de un comportamiento imputable al sujeto responsable. Y es por ello por lo que el argumento del autor sobre el elemento de la imputabilidad es poco claro y coherente con el desarrollo posterior de su pensamiento[483].

Para MENGONI, tiene una particular importancia el concepto de culpa, del que señala que no tiene una única significación. Junto a un perfil subjetivo de la culpa -*diligentia diligentis*-, considera este autor que se ha conservado una noción distinta de la misma, estrictamente vinculada al hecho objetivo del incumplimiento y excluida sólo por una imposibilidad sobrevenida objetiva del cumplimiento, que dependa de una causa no

---

[482]Indica BETTI al respecto lo siguiente: «En este caso es fácilmente comprensible que el criterio de la diligencia tiene, indudablemente, razón de ser cuando se trata de valorar aquella actividad que se podría llamar instrumental y que el deudor estaba obligado a desplegar para poder producir el *opus* debido. Pero, evidentemente, no es suficiente que el deudor demuestre haber desplegado, según las reglas del arte, una actividad instrumental, que en sí misma habría sido apta para producir aquel resultado útil. Es necesario que llegue a realizar el *opus*, y sólo puede exonerarse de responsabilidad, demostrando que la realización de ese *opus* le ha sido impedida por una causa extraña a su esfera de control, por una causa no imputable a él, que no ha podido superar poniendo en acción aquel grado de empeño, de esfuerzo, que le estaba exigido, según el tipo de la relación obligatoria de que se trataba». Cfr. *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1969, pp. 141-170.

[483]Vid. a este respecto, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 189, nota 28.; SANTORO, op. cit. en nota 158, pp. 21-22.

imputable al obligado. Los campos de aplicación de ambas medidas de la culpa corresponden a dos hipótesis de incumplimiento, una de ellas, el incumplimiento derivado de una imposibilidad sobrevenida de la prestación y la otra, el incumplimiento o inexacto cumplimiento de la prestación verificado sin el concurso de la imposibilidad[484].

En obras posteriores, MENGONI contribuye con su tesis a la superación del concepto riguroso de imposibilidad de la prestación, como límite de la responsabilidad del deudor. Esta doctrina, redefine la categoría de la imposibilidad según un parámetro más amplio del meramente naturalístico, en virtud de una revisión del concepto de obligación. Para este autor, es preciso volver a concretar la noción de prestación, en el sentido de comportamiento que el deudor debe observar, a los fines de procurar el bien debido al acreedor, con los medios previstos por el contenido de la regulación contractual, según la representación de las partes o según una valoración en términos de normalidad conforme a las circunstancias del contrato. El deudor podrá, de este modo, liberarse de la responsabilidad, si prueba que ha sobrevenido un impedimento que determine la insuficiencia del propio comportamiento prometido para el resultado esperado por el acreedor, con los medios deducidos de la propia obligación. Para valorar cuáles son los medios deducidos de la obligación, cuál sea el límite de la exigibilidad de la prestación y, por ello, hasta donde debe llegar el esfuerzo del deudor en remover los obstáculos que se interpongan a la ejecución de la prestación, es necesario referirse al principio de la buena fe, el cual permite

---

[484] Indica MENGONI en este sentido que: «A primera vista el art. 1218 parece configurar la imposibilidad de la prestación, sobrevenida sin culpa del deudor, como una forma de incumplimiento no imputable, y en efecto la doctrina dominante interpreta la norma en el sentido de una indicación del criterio distintivo entre incumplimiento imputable, del que el deudor está llamado a responder, e incumplimiento no imputable del cual el deudor no responde, deduciendo de esta interpretación que presupuesto de la responsabilidad no es el incumplimiento por sí solo, sino el incumplimiento cualificado por la culpa. Con esto está ahora claro que la doctrina en examen no opera con un concepto unitario de culpa, sino que oscila entre dos conceptos diversos. Cuando se trata de establecer la imputabilidad de la imposibilidad subsiguiente de la prestación, se hace mención al art. 1.176, esto es, al principio de la culpa-diligencia (culpa en sentido estricto); cuando, por el contrario, la cuestión de la culpa viene expuesta desde un punto de vista más general, en relación al hecho de que la prestación no ha sido ejecutada o ha sido ejecutada imperfectamente, entonces se afirma que «la observancia de la diligencia requerida por el artículo 1.176 es ciertamente condición necesaria pero no condición suficiente para excluir la imputabilidad del incumplimiento y, de este modo, para evitar al deudor incurrir en la responsabilidad». El incumplimiento imputable está pues conmensurado por un concepto de culpa más amplio de aquél señalado por la diligencia del buen padre de familia, tal de comprender también hipótesis que, estimada a una medida de la diligencia, no presentarían los caracteres de la culpa, precisamente la hipótesis de impotencia excusable. Bajo este perfil la culpa contractual (en el sentido de incumplimiento imputable) se contrapone no ya a la simple diligencia, sino a la imposibilidad de prestar dependiente de causa no imputable al deudor, o sea, al caso fortuito». Cfr. op. cit. en nota 149, pp. 294-296, y en op. cit. en nota 474, pp. 1072 y ss.

al Juez determinar, caso por caso, cuando se está en presencia de una simple dificultad de la prestación, superable con los medios deducidos en la obligación, y cuando, por el contrario, se está frente a una verdadera y propia imposibilidad, en forma de exceso de la prestación-resultado respecto a los medios con los que el deudor se ha comprometido a ejecutarla. El juicio sobre la imposibilidad y la valoración según la buena fe, viene individualizado en la regulación contractual, cuya interpretación, según la representación de las partes o según una estimación en términos de normalidad conforme a las circunstancias del contrato, permite verificar cuáles son los medios deducidos de la obligación y, consecuentemente, con qué mecanismos el deudor está obligado a cumplir la prestación[485].

Un recorrido por las doctrinas italianas acerca de la responsabilidad contractual, no debe dejar de lado a las teorías de OSTI, cuya construcción quizás ha sido la que más influencia ha tenido, no sólo entre la doctrina y la jurisprudencia de su país, sino también en la misma redacción del propio *Codice civile* de 1.942.

Muy someramente, el punto de vista de OSTI se puede resumir en los siguientes extremos: la responsabilidad por incumplimiento de la obligación es objetiva, basta el hecho de la infracción de la misma para que surja la responsabilidad en el incumplidor. El único modo de exonerarse que se admite para el deudor, siempre que no se encuentre constituido en mora con anterioridad al incumplimiento, es la prueba del caso fortuito, o sea, la

---

[485]Señala MENGONI, a este respecto, lo siguiente: «Del contrato (interpretado según la buena fe) se deduce que especial capacidad y conocimiento debe prestar el deudor, cuál es la tecnología de cuya ausencia o defectuoso cuidado responde y, en general, con qué medios se ha obligado a procurar aquel tipo de resultado al acreedor; e incluso del contrato se deduce, cuando se trate de obligaciones de género, si el deudor había prometido procurar una cierta cantidad de cosas del mercado o solamente su suministro o su producción». Cfr. op. cit. en nota 474, pp. 1072 y ss. y esp. en pp. 1086-1088; por otro lado, FRANZONI ha observado que los parámetros adecuados para el juicio según la buena fe son el objeto de la obligación, la cualidad de los sujetos de la relación y la naturaleza de ésta, el equilibrio entre la economía del asunto y el interés general al régimen de la circulación de la riqueza, particularmente a una equilibrada redistribución de los recursos, y el principio de la congruencia del intercambio. El análisis crítico de este autor se apoya en la pacífica afirmación jurisprudencial de la vigencia, en el ámbito de la responsabilidad contractual, de una presunción de culpa, lo que descubre su naturaleza de mero *obiter dictum*. El dato característico de la presunción consiste en la inversión de la carga de la prueba sobre el hecho que constituye su objeto. Este autor observa que, si el artículo 1218 previene de verdad una presunción de culpa a cargo del deudor, la prueba contraria debería consistir propiamente en la ausencia de culpa. El deudor debería, consecuentemente, estar exento de responsabilidad cuando demostrase su propia diligencia, prudencia, pericia. Sin embargo, para este jurista, el examen de la casuística jurisprudencial, en orden a la prueba liberatoria, certifica, por el contrario, que la culpa no constituye el límite más allá del cual el obligado deviene irresponsable. El uso de la noción de presunción de culpa, como técnica de motivación de la decisión, acaba, de este modo, por aparecer como *obiter dictum*, del que los Jueces se sirven para introducir una efectiva regla de responsabilidad sin culpa. Vid., a este respecto, SANTORO, op. cit. en nota 158, pp. 29-30; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 190.

imposibilidad sobrevenida de la prestación. Ésta no debe ser estimada imputable al deudor incumplidor cuando se trate de un impedimento que, objetivamente considerado, entre dentro del concepto de caso fortuito. No cabe, en este sentido, la definición de caso fortuito a través del concepto de diligencia, sino de la incidencia del impedimento alegado en la propia prestación. Si se manifiesta un impedimento de tipo personal, habrá que valorar si ese mismo obstáculo hubiera influido en la prestación si el deudor hubiese sido otra persona. Si se alega un impedimento objetivo, ajeno a la persona del deudor o al círculo de su actividad, que ha afectado al propio objeto de la prestación, se requiere que pruebe su imprevisibilidad e inevitabilidad.

Para este autor, son dos los presupuestos para exonerar al deudor de responsabilidad por incumplimiento: por un lado, que se trate de una imposibilidad absoluta, es decir, constituida por un impedimento que no puede, de ningún modo, ser vencido por la fuerza humana, lo realmente destacable de este presupuesto es la intensidad del impedimento y, de modo correlativo, el esfuerzo, el sacrificio requerido al obligado para superarlo. Asimismo, la imposibilidad ha de ser considerada objetiva, lo cual supone que la misma esté constituida por un impedimento que se oponga a la ejecución de la prestación en sí y por sí considerada, abstracción hecha de cualquier elemento extrínseco a la misma y, en especial, en cuanto sean tales, las condiciones particulares del sujeto obligado. Y, por otro, el segundo presupuesto es el caso fortuito como causa de tal imposibilidad y, en este sentido, se tienen en cuenta los señalados criterios de imprevisibilidad e inevitabilidad[486].

Por su parte, es importante destacar las recientes aportaciones de TRIMARCHI, que desarrolla un análisis rigurosamente económico de los problemas surgidos por el incumplimiento de las obligaciones. Indica este autor que la mejor distribución de las reservas, cuando se trata de una prestación de empresa, se realiza mediante la adopción de un régimen de responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva, tiene el efecto de impulsar el progreso técnico, con tal de que ésta se aplique también cuando el incumplimiento no sea evitable, conforme al estado actual de la técnica. Ésta tiene la consecuencia de transferir, sobre la empresa que ha funcionado incorrectamente, el peso del entero daño que le ha reportado al sistema económico. Asimismo, bajo el perfil de los costes

[486]Vid. OSTI, op. cit. en nota 196, pp. 209 y ss.

judiciales, el sistema de responsabilidad objetiva se revela preferible al sistema de la culpa, cuya aplicación hace al proceso más largo, complicado y costoso del que sería si se tratase simplemente de juzgar si el incumplimiento ha sido debido o no a una causa catastrófica y extraña a la empresa. La amenaza de la responsabilidad contractual puede, por otro lado, inducir al deudor a adoptar las medidas de diligencia adecuadas para el cumplimiento, siempre que su costo fuese inferior a la indemnización con la que debería responder, y lo mismo para el acreedor que estaría tentado a disminuir los daños que la contravención de su deudor pudiera ocasionarle, siempre que el Ordenamiento no endosara por entero al obligado los perjuicios derivados de su incumplimiento[487].

Por último, para VISINTINI, que construye su propia teoría objetiva de la responsabilidad contractual, mientras el deudor no logre individualizar la causa específica que no le es imputable, no podrá exonerarse de su responsabilidad por incumplimiento, pues no son suficientes la prueba de su comportamiento diligente o la ausencia de culpa como causas liberatorias. Para esta autora, la diligencia no desarrolla tanto su función en el ámbito de preservar la posibilidad de cumplir, cuanto en la especificación de la diligencia en sentido profesional, es decir, de parámetro para valorar la conformidad de la prestación técnica a las reglas del arte, surge, en este sentido, como criterio objetivo de medida de valoración del «hacer en sentido técnico». La noción de la imputabilidad, significa solamente que se excluye el nexo de causalidad entre el hecho del deudor y el que ha causado el incumplimiento. El caso fortuito indica aquellos eventos que, en relación a la prestación debida, revelan el carácter de imprevisible e inevitable. De esta manera, un mismo hecho puede ser considerado unas veces como exonerador y otras un impedimento controlable por el deudor, según el grado de alienidad o de proximidad respecto a la esfera organizativa del

---

[487]Vid. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1970, pp. 521 y ss. A esta teoría se le han objetado, principalmente, dos cuestiones. La primera de ellas señala que la incidencia del riesgo, a cargo del deudor o del acreedor, viene reequilibrada por el propio mercado con una modificación del interés correspectivo -daños- debido. Y, en la segunda crítica, se le pregunta el por qué las partes contratantes no adoptan convencionalmente una disciplina propia de la responsabilidad, que haga gravar el riesgo del incumplimiento sobre la parte que pueda soportarlo con menor gasto. A ambas observaciones contesta TRIMARCHI que numerosos obstáculos, tales como la lentitud de los procesos de ajuste de precios del mercado, la escasa información de los clientes sobre los métodos y condiciones de la producción, y las dificultades técnicas y psicológicas que se interponen para lograr una reglamentación convencional difundida, hacen imposible alcanzar un equilibrio de mercado como correctivo de los defectos del régimen legal adoptado. Vid. esta última exposición en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 192, nota 30.

deudor, y al tipo de actividad desarrollada[488].

Por otro lado, una vez concluido este breve repaso a las principales teorías italianas acerca de la responsabilidad contractual, en cuanto al resarcimiento de los daños ocasionados por el retraso o por el incumplimiento, se indica que el deudor contraventor debe satisfacer al acreedor con una suma de dinero que sea el equivalente económico de los daños que tales infracciones hayan podido ocasionar[489]. Montante cuya cuantía estará determinada por la diferencia entre el valor que el patrimonio del acreedor tendría, si la obligación hubiese sido cumplida, y su estimación actual. El daño a resarcir, estaría conformado, según el artículo 1.223 del *Codice civile*[490], por dos componentes. En primer lugar, por el llamado daño emergente o pérdida sufrida por el acreedor y, en segundo lugar, por el denominado lucro cesante o ganancia dejada de obtener[491].

Examinados los precedentes Ordenamientos Jurídicos, en nuestra doctrina, y a propósito de la obligación de indemnizar, se ha indicado que la misma presenta dos concretos caracteres. En primer lugar, es una obligación secundaria y accesoria y, en segundo lugar, es una obligación pecuniaria.

El ser una obligación secundaria supone que el deudor es siempre un potencial obligado respecto de una segunda obligación, que es la de indemnizar, en tanto que tiene en sus manos el poder de generar la infracción de cualquier obligación[492].

---

[488]Vid. VISINTINI, *Comentario al artículo 1.218 del Codice civile. Inadempimento e mora del debitore, Il Codice civile. Commentario, diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1987; vid. asimismo, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 194.

[489]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que indica que los daños se deben por el retraso, no por la constitución en mora. «La constitución en mora, cuando así se exija legalmente, será el vehículo que deberá usar el acreedor para exigirlos y nada más. No es el hecho de la constitución en mora del deudor lo que genera la obligación de resarcir, sino el incumplimiento, incumplimiento contractual que consiste en un retraso injustificado del deudor en la ejecución de su prestación». Cfr. op. cit. en nota 25, p. 200.

[490]Artículo 1.223 del *Codice civile* italiano. «*Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza inmediata e diretta*».

«El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la falta de ganancia, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa».

[491]Vid., por todos, GALGANO, op. cit. en nota 12, p. 77.

[492]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 454, p. 35; por su parte CRISTÓBAL MONTES indica que: «se trata de una obligación subsidiaria (secundaria la llama Messineo), que entraña una prestación sustitutiva o por equivalencia, tal como reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo tiene reconocido». Cfr. op. cit. en nota

Es accesoria, y con este término se expresa la relación con la «principal» desde un punto de vista generativo, en tanto que su supuesto de hecho es la existencia de una previa obligación infringida[493]. Sin embargo, una vez que surge se independiza totalmente de la primera. Se ha señalado, en este sentido, que esta relación con la «principal» es una característica del vínculo de accesoriedad entre obligaciones, y que la diferencia con la correlación de subsidiariedad o «conexión máxima», típica de las de garantía, supone que en esta última, la segunda depende de la primera, en su nacimiento, contenido y subsistencia[494].

Es, igualmente, una obligación pecuniaria puesto que su objeto es el dinero, y aunque explícitamente no lo refiera el artículo 1.101, esto se deduce de la función de la indemnización como compensación de los daños y perjuicios ocasionados, lo que requerirá, por ello, la valoración económica tanto de los unos como de los otros[495].

En cuanto a su función, se ha observado que la misma tiene la de devolver al patrimonio del acreedor el equilibrio perdido como consecuencia del incumplimiento de la obligación[496]. De este modo, la indemnización de los daños y perjuicios tiene como objetivo colocar al acreedor en la misma situación, y con los mismos resultados económicos en los que estaría si no hubiera existido lesión de su derecho de crédito, o sea, como si el

---

243, p. 221.

[493]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, pp. 217 y 220; BADOSA, op. cit. en nota 454, p. 35.

[494]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 454, p. 35; en contra CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 221; DELGADO ECHEVERRÍA indica a este respecto que: «Obligación accesoria o adicional cuando el cumplimiento, aunque tarde o mal, finalmente se produce, y supletoria o sustitutoria en el incumplimiento definitivo, recibiendo o conservando, en ambos casos, algunos caracteres de la obligación originaria (por ejemplo, sus garantías personales o reales)». Cfr. op. cit. en nota 461, p. 208; vid. también, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario al artículo 1.106 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 46.

[495]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 454, p. 35; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 219; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 209; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 211; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 682.

[496]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 208; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 219.

cumplimiento hubiera sido regular, puntual y perfectamente satisfecho[497]. Lo que verdaderamente se pretende es que el acreedor, al no recibir la prestación debida, compense, en cierta medida y de forma pecuniaria, el vacío que experimentó ante tal falta y, por ello, cabe restituirle en aquella situación patrimonial que hubiera tenido si el contrato se hubiese cumplido debidamente, lo cual exige e implica una comparación del patrimonio total del mismo[498].

También se ha indicado que el resarcimiento del daño tiene, además, una función de equilibrio en las relaciones entre el deudor y el acreedor, así como una función satisfactiva para este último, pues quedará del mismo modo satisfecho al alcanzar el equivalente pecuniario, cuando no pueda obtener la prestación *in natura* que le es debida[499].

2.3.2. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR

Los artículos 1.106 y 1.107 del Código civil[500] reglamentan el resarcimiento del

---

[497]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 683; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 208; PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1049, nota 71; DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 48; CRISTÓBAL MONTES indica a este respecto, lo siguiente: «Fuera de los casos irrecusablemente meridianos de pago de una suma de dinero o entrega de cosa específica y determinada, en todos los demás, el adelantar cuál habría sido la situación del acreedor si la obligación se hubiese cumplido en sus términos estrictos es una operación hipotética, sujeta a apreciaciones subjetivas y abierta al juego de la imaginación y la voluntad, que difícilmente puede proporcionar un punto de referencia válido y seguro a la hora de indagar el quebranto del acreedor burlado». Cfr. op. cit. en nota 243, pp. 225-226.

[498]Indica DÍEZ-PICAZO que: «La fijación de la indemnización no debe tener, por ello, como punto temporal de referencia el momento de producción de la lesión, sino el momento en que se dicte la sentencia en el caso de que la indemnización se fije procesalmente. Más aún: en el momento en que el acreedor efectivamente la recibe, de manera que la variación de las circunstancias (p. ej., valor de mercado, alteración del valor de la moneda, etc.) quede comprendida en la indemnización». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 683.

[499]Vid. MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 246; en contra, CRISTÓBAL MONTES señala que es dudoso que el acreedor obtenga la satisfacción de su derecho de crédito cuando recibe la reparación pecuniaria por el quebranto económico experimentado por el incumplimiento: «satisfacción y liberación sólo se realizan en plenitud cuando el programa de prestación contemplado se consuma mediante la fiel realización de aquellas actuaciones que objetivamente son precisas para su cabal plasmación, y por ello nos parece que hablar de la función satisfactiva del resarcimiento del daño puede suponer la admisión de algo que se supone restringido al ámbito de la *solutio* y, a lo máximo, a los subrogados del pago».Cfr. op. cit. en nota 243, pp. 219-220.

[500]Artículo 1.106 del Código civil. «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes».

Artículo 1.107 del Código civil. «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria

daño. La primera de las dos normas señaladas determina qué daños[501] son los indemnizables, mientras que la segunda, delimita cuál es el límite causal de los mismos, es decir, de qué consecuencias dañosas responde el deudor ante el incumplimiento de su obligación[502]

Se ha indicado, en esta línea, que el problema del daño resarcible radica en la delimitación, como daño indemnizable, de las pérdidas sufridas por el perjudicado y, asimismo, cuál de estos menoscabos presenta una relación causal con el incumplimiento, de tal modo que puedan serle atribuidas[503].

A la primera de las dos cuestiones anteriores se refiere el artículo 1.106 ya señalado, que alude a los conceptos de daño emergente y de lucro cesante.

En sentido propio, el término daño implica la consideración del mismo como quebranto efectivo sufrido por el acreedor en sus bienes. Pero este mismo concepto, a su vez, no es apto para cubrir el conjunto de las consecuencias negativas del incumplimiento

---

de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

[501]Señala CRISTÓBAL MONTES que: «Genéricamente, daño es todo quebranto experimentado por alguien en su esfera de interés, cualquier perjuicio que una persona sufre dentro del ámbito de sus bienes, entendidos éstos en su más amplia acepción; daño que si se dan las otras condiciones del resarcimiento, pasará a ser un daño resarcible». Cfr. op. cit. en nota 243, p. 227; DÍEZ-PICAZO indica: «Debe considerarse como daño toda situación desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito, que no puede medirse únicamente, de acuerdo con los postulados de la llamada teoría de la diferencia, por la diferencia entre el valor de su patrimonio antes y después de la lesión, sino que exige una comprobación más amplia de la situación patrimonial entera». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 683; por su parte, DELGADO ECHEVERRÍA observa que: «daño es toda desventaja en los bienes jurídicos de una persona; significa un desequilibrio jurídico que la indemnización debe restablecer, en todo o en parte». Cfr. op. cit. en nota 461, p. 208; por otro lado, CARRASCO PERERA se refiere a daño como: «El concepto más simple de daño, y el único que por lo mismo no puede pecar por omisión, define aquél como cualquier lesión de un interés, sea éste de naturaleza patrimonial o no patrimonial. Si se especifica hacia la noción de daño resarcible, puede aceptarse, de acuerdo con la tradición del Derecho común, que el daño resarcible es la cifra de la utilidad (*utilitas*) del acreedor. Esta será la *utilitas* que falta (*abesse*) o la *utilitas* que se deja de obtener como consecuencia de la conducta ilícita del deudor: *aestimatio alicuius utilitatis non habitae*. La utilidad se expresa positivamente: no es la cifra del daño que el acreedor sufre por haber contratado con un incumplidor, sino el daño que el acreedor sufre por no haber obtenido la prestación». Cfr. *Comentario al artículo 1.106 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. 1°*, Madrid, 1989, p. 670.

[502]Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 45; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, pp. 209 y ss.; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 501, p. 668.

[503]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 209.

a las que debe extenderse el resarcimiento[504].

En este sentido, el menoscabo patrimonial sufrido por el acreedor, como efecto de la contravención de la obligación, puede ser considerado desde un doble punto de vista. Desde una primera perspectiva, el daño emergente supone que el evento dañoso detrae del patrimonio del acreedor aquellas entidades que ya detentaba y, en segundo término, el lucro cesante entraña la obstaculización a que el perjudicado pueda alcanzar y utilizar nuevos productos, rendimientos o provechos[505].

Nuestro Código civil, por su parte -artículo 1.106- al referirse al daño emergente lo define como «el valor de la pérdida que haya sufrido»[506] el acreedor, como consecuencia del incumplimiento. La pérdida sufrida no solamente comprende el valor de la prestación no ejecutada por el deudor o el complemento cuando ha sido realizada defectuosamente, sino también el ocasionado por la destrucción o deterioro de la cosa propiedad del acreedor y objeto de la obligación de conservar o de restituir[507]. De igual modo, se comprenden, dentro del concepto de daño emergente, los gastos realizados por el acreedor que han devenido ineficaces como consecuencia de la infracción obligacional, así como aquellos otros producidos por la destrucción o deterioro de otros bienes del acreedor -también los no patrimoniales- determinados por la inejecución de la prestación o por su deficiente realización[508].

El daño emergente resarcible comprende tanto aquel que se origina como consecuencia de la no realización del interés del acreedor, al no ejecutarse la prestación

---

[504]CRISTÓBAL MONTES señala que: «La reparación integral al acreedor no puede quedarse tan sólo en la reposición del *statu quo* ante, sino que debe abarcar asimismo todo aquello que constituya expectativa legítima y emanación natural del esperado cumplimiento obligacional». Cfr. op. cit. en nota 243, p. 231.

[505]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 231.

[506]Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 47.

[507]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 210; DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 47; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 235.

[508] Vid. DELGADO ECHEVERRIA que propone el ejemplo del animal enfermo que contagia al ganado del acreedor, o el de la viga que por estar en mal estado trae como consecuencia el derrumbe de la vivienda. Vid. op. cit. en nota 461, p. 210; vid. también, DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 47; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, pp. 235-236; por otro lado, CARRASCO PERERA observa que la primera partida del daño emergente es el interés de indemnidad del acreedor. «Se trata del daño que el incumplimiento del deudor produce en otros intereses (bienes o personas) distintos del interés de prestación». Cfr. op. cit. en nota 501, p. 676.

debida[509], como el quebranto en su patrimonio sufrido mediante la lesión de otros elementos que están en conexión próxima con aquél, e implica el menoscabo en una situación concreta dependiente de la prestación malograda, o la presencia de secuelas como efecto de tal incumplimiento. El primero de estos dos componentes, siempre, y necesariamente, está presente en todo incumplimiento, puesto que no hay obligación sin interés del acreedor. Por contra, el segundo, únicamente se originará en función de las propias particularidades de la prestación incumplida[510].

En este sentido, también se ha hecho referencia a daño intrínseco -*propter rem ipsam*- para aludir al valor económico del que es despojado el acreedor, en virtud del incumplimiento, o sea, el de la prestación debida, y a daño extrínseco, que supondría cualquier otro perjuicio padecido por aquél en sus otros bienes[511].

Formará parte del daño emergente, el negocio de cobertura que el acreedor haya tenido que celebrar con un tercero, para contrarrestar los resultados perjudiciales que le ha ocasionado el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la prestación por parte del deudor[512].

En el contrato de obra, por ejemplo, la indemnización debida estará constituida por la cantidad resultante de deducir el precio del servicio o de la obra de cobertura respecto del de la obra contratado, es decir, la diferencia entre el importe convenido y el realmente ocasionado. Se considera como coste la parte del precio ya pagado y las cantidades

---

[509]Lo cual significa que el incumplimiento del deudor produce una transgresión del derecho de crédito del acreedor. Tal contravención le provoca un daño inmediato, puesto que malogra una genuina expectativa suya. Para la delimitación de este daño habrá que considerar el contenido de la obligación y el valor de la cosa o servicio que debía haber sido entregada o cumplido, y que, en virtud del incumplimiento, no han llegado a poder del acreedor. Vid. CRISTÓBAL MONTES que, en este sentido, indica que: «el acreedor sufre la lesión *prima facie* de que su derecho no es satisfecho y el quebranto patrimonial que significa la expulsión de algo que ya formaba parte de su esfera jurídica: su activo se desmejora en cuanto *in specie* ya no va a tener actuación un derecho que de él formaba parte». Cfr. op. cit. en nota 243, p. 237.

[510]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 237.

[511]Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 47.

[512]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 685; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 501, p. 677.

invertidas en reparaciones[513].

Del mismo modo, en el supuesto de cumplimiento defectuoso de la prestación, es indemnizable, como daño emergente, la cuantía de la reparación llevada a cabo por el acreedor para corregir tal deficiencia[514].

En el supuesto de daños a los bienes pertenecientes al acreedor. Si el bien es no fungible, es indemnizable el coste de reparación por gravoso que fuera, aunque supere el valor venal del bien afectado. Este valor se constituye en límite del coste de reparación cuando entre uno y otro exista una importante desigualdad. Se estima que existe desproporción entre ambos cuando el de reparación excede al importe de adquisición de un bien nuevo de la misma clase[515]. Si el bien es fungible, el acreedor puede solicitar directamente el precio de sustitución de un bien nuevo equivalente, pues no tiene que consentir una reparación que reduciría el valor del bien por la depreciación comercial que implica la posesión de un bien restaurado. En este último caso, se hace necesario descontar de la indemnización el coste o valor residual del bien dañado[516].

Igualmente, forman parte del daño emergente los gastos que el acreedor haya tenido que efectuar como resultado del incumplimiento. Es indemnizable, por tanto, el coste realizado por el acreedor para la satisfacción judicial o extrajudicial de su derecho, así como los gastos necesarios para reducir el daño y también, entre otros, el gasto efectuado según el destino previsto para la prestación una vez ejecutada, con los límites del artículo 1.107 del Código civil. En caso de empresas, los costes fijos no son indemnizables, pero sí, por

---

[513]Vid. Tribunal Supremo, Sentencia de 7 de octubre de 1986. Vid. CARRASCO PERERA que señala que si el servicio no se presta y se sustituye por otro, el daño de cobertura es la diferencia entre el precio convenido y el de mercado. Vid. op. cit. en nota 501, pp. 677 y ss.; vid. también DÍEZ-PICAZO que, en este sentido indica que: «Se ha señalado con acierto que el daño indemnizable es el mayor o menor costo del negocio de reemplazo, pero no pueden imputarse al primer contratante incumplidor las consecuencias perjudiciales que para el acreedor supongan las vicisitudes del nuevo contrato». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 685.

[514]Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, pp. 48-49; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 501, p. 679; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 685.

[515]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 686; CARRASCO PERERA estima que salvo esta excepción no se puede imponer al acreedor la obligación de aceptar otro bien en sustitución del dañado, «siendo legítima su pretensión a la reparación, pues en caso contrario se estaría imponiendo una expropiación por utilidad privada». Cfr. op. cit. en nota 501, p. 681.

[516]Cfr. CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 501, p. 682.

el contrario, los costes variables o gastos extraordinarios llevados a cabo en relación con la prestación, tales como adquisición de nueva maquinaria por el contratista para ejecutar una obra[517].

De igual manera, deben tenerse en cuenta los daños que el acreedor ha sufrido, como consecuencia del incumplimiento, respecto a los contratos celebrados con él por terceras personas, así como los resultantes de su propio incumplimiento con terceras personas, y que sean resultado del previo incumplimiento del deudor[518]. Se incluye también el descrédito que el acreedor haya sufrido respecto a su clientela en virtud del incumplimiento debitorio[519].

Por otro lado, el segundo término del concepto de daño resarcible está constituido por el lucro cesante, y a éste se refiere el artículo 1.106 de nuestro Código cuando señala que es «la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor». Implica, por tanto, aquella ventaja cuya adquisición por el acreedor ha sido frustrada por el incumplimiento, o sea, el incremento patrimonial neto que el perjudicado habría conseguido en virtud de la utilización de la prestación incumplida o mediante su negociación[520], o también, la falta de crecimiento patrimonial generado en caso de haberse ejecutado la prestación[521]. Supone algo que previsiblemente se habría incorporado al patrimonio del acreedor, si las cosas hubieran seguido su curso normal y se hubiese ejecutado la prestación[522].

La consideración de la ganancia dejada de obtener, como parte del daño resarcible, supone la apreciación del fenómeno de la obligación de indemnizar desde una perspectiva dinámica, pues no solamente forma parte de ella el elemento estático de la pérdida sufrida por el acreedor, sino que, además, se atiende a la evolución patrimonial que

---

[517]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 686; CARRASCO PERERA, op. cit en nota 501, pp. 679-680; DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 49.

[518]Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 49; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 501, p. 680; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 686.

[519]Vid. CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 501, p. 680.

[520]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 210; DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 50.

[521]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 687; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 501, p. 683; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 249.

[522]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 249.

presumiblemente se habría manifestado en el caso de que la relación obligatoria se hubiera cumplido. De este modo, se estima que la posibilidad de crecimiento económico del acreedor es una consecuencia normal de la ejecución de la prestación por el deudor[523].

Es necesario, no obstante, la existencia de un nexo causal directo entre el incumplimiento del deudor y la falta de ganancia que el acreedor ha experimentado como consecuencia del mismo. Ésta es una cuestión delicada pues, como ha sido señalado, para la obtención de una ganancia es necesaria la ejecución de hechos o de actos del propio acreedor o de terceros que incluso también, sin el incumplimiento, podrían haberse dejado de practicar[524].

El propio concepto de lucro cesante presenta unas mayores características de incertidumbre e indeterminación que el de daño emergente, pues hace referencia a algo que no ha existido, y que tampoco es verificable en el momento presente, sino que, ordinariamente, es un mero futurible[525].

Se ha indicado, en este sentido, la condición de inseguridad que presenta siempre la ganancia dejada de obtener, ya que se considera que si se admite que un determinado evento la produjo, también es posible pretender que, aunque no hubiera ocurrido tal acontecimiento, cualquier otro hecho habría podido, del mismo modo, malograr las perspectivas de obtener alguna utilidad[526].

Sin embargo, no todo posible beneficio deberá ser indemnizado, pues en este caso, podrían introducirse, en el campo de la resarcibilidad del daño, criterios y apreciaciones estrictamente personales, así como la inclusión de parámetros deformados y de pautas absolutamente exageradas, además de la posibilidad de que el acreedor pudiera enriquecerse a costa del deudor. Por ello, debe considerarse únicamente aquella ganancia que se habría

---

[523]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 250.

[524]Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 210.

[525]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 687; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 501, p. 684; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 210; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 252.

[526]Indica, a este respecto CRISTÓBAL MONTES lo siguiente: «ahora bien, si se exigiere para la indemnización del lucro cesante la prueba de que este segundo tipo de evento no se habría producido, es evidente que dicha indemnización se convertiría en algo quimérico, ya que nos encontraríamos, en la mayor parte de los casos, ante una prueba imposible». Cfr. op. cit. en nota 243, p. 252.

producido conforme a un juicio razonable de probabilidad, lo cual no supone que únicamente podrán ser indemnizadas aquellas ganancias que de modo cierto y seguro se habrían obtenido, ni tampoco que se admitan aquéllas otras que se sujeten a una apreciación subjetiva del beneficio.

Lo anterior implica la exigencia de una probabilidad objetiva, en cuya virtud pueda razonablemente colegirse que, según el curso normal de los acontecimientos, las medidas y previsiones adoptadas en función de experiencias anteriores, y consideradas las circunstancias objetivas y subjetivas del supuesto concreto, se habría obtenido por el acreedor aquella utilidad que el incumplimiento del deudor malogró o impidió[527].

De este modo, la apreciación del lucro cesante estriba en una operación intelectual que se fundamenta, según las circunstancias del caso concreto, en la razonable verosimilitud de que, si se hubiera verificado el cumplimiento, el acreedor habría obtenido un beneficio patrimonial concreto[528]. En determinadas hipótesis esta valoración no es en absoluto compleja, pero, en otras ocasiones, el problema es de más difícil solución, sobre todo cuando, como se ha precisado, los factores de cálculo de la ganancia representan, en la actividad económica del acreedor, elementos inéditos, respecto de los cuales siempre es complicado especificar qué concreto éxito habría obtenido el acreedor a sus resultas[529].

En cuanto al momento en que debe referirse el juicio de probabilidad, para considerar evidenciado el lucro cesante, si se considera que sólo deberá atenderse al momento en el que se produce el incumplimiento de la obligación, deberá estimarse que cualquier evento posterior que menoscabe el presunto beneficio es irrelevante, con el consiguiente riesgo de ignorar todos aquellos sucesos que podrían haber modificado sensiblemente semejante realidad, y con la consecuencia de simplificar esta concreta cuestión de un modo considerable. Por el contrario, si se admite la extensión a todos aquellos incidentes que se han producido o se habrían podido producir con posterioridad al

---

[527]Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 50; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 501, pp. 685-686; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 214; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, pp. 254-255.

[528]Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 51.

[529]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 687; DE ÁNGEL YAGÜEZ op. cit. en nota 494, p. 51.

incumplimiento, y que podrían haber incidido en el defecto de la ganancia prevista, u originar una falta de beneficio que no fue localizada en el momento de la satisfacción del crédito, estaríamos dando una significación inadecuada al azar, de tal modo que sería difícil distinguir la exacta realidad de la conjetura, la suposición o lo ilusorio.

Frente a ello, se ha observado que el punto de partida, en el que considerar la probabilidad objetiva de ganancia, debe ser el del incumplimiento de la obligación. Pero ello no implica que haya de prescindirse de aquellos sucesos que pudieran impedir la obtención de una ganancia que inicialmente era previsible que se obtuviera. Será el Juez el que, caso por caso, analice qué tipo de acontecimientos legitimen al acreedor para considerar que se han producido frustraciones adicionales de ganancias, o al deudor para estimar que un concreto beneficio nunca se hubiera obtenido como consecuencia de tales sucesos sobrevenidos. Será, por tanto, la Autoridad Judicial la que determine qué hechos concretos deben valorarse y cuáles deben excluirse, a los fines de decidir cuáles son realmente las ganancias que el acreedor ha dejado de alcanzar, como consecuencia del evento que motivó el incumplimiento[530].

En cuanto a nuestro Tribunal Supremo, ha seguido, en torno a esta materia, una postura restrictiva, y ha señalado que ha de probarse, de modo riguroso, qué tipo de ganancias han sido dejadas de obtener como consecuencia del incumplimiento. En este sentido, ha rechazado la admisión de la indemnización de las ganancias «inseguras y desprovistas de certidumbre», las «sólo posibles», las «aleatorias o hipotéticas», las «sólo fundadas en esperanzas», o los «sueños de ganancias»[531].

Por otro lado, y referente a la segunda de las cuestiones planteadas al inicio de este epígrafe, el artículo 1.107 de nuestro Código define cuál es el límite causal de los daños

---

[530]Vid. por todos, CRISTÓBAL MONTES, que ademas apunta que: «Habrá casos en los que lo determinante será el «curso normal de las cosas», mientras en otros supuestos deberán prevalecer las «circunstancias especiales del caso» y las «medidas y previsiones adoptadas», por utilizar los criterios legales de la fórmula alemana. Habrá, en fin, situaciones en las que lo que deberá colocarse en primer término serán las muy singulares circunstancias del acreedor insatisfecho, mientras que en otras lo correcto será atender de manera preferente el sesgo ordinario de los acontecimientos». Cfr. op. cit. en nota 243, pp. 256-259.

[531]Vid. CRISTÓBAL MONTES, con abundantes referencias jurisprudenciales, que además observa que recientemente parece advertirse en la Jurisprudencia un cierto cambio de orientación y una visión más flexible a la hora de indemnizar el lucro cesante. Vid. op. cit. en nota 243, pp. 259-260; vid. además DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 51; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 687; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 211.

objeto de indemnización[532].

Del contenido de esta norma, se ha señalado que caben hacer las siguientes precisiones: el deudor de «buena fe», en este precepto, es el que no ha incurrido en dolo en el incumplimiento, éste recibe un trato diferente y más benévolo que el doloso y, asimismo, este último responde con la misma extensión que en la responsabilidad extracontractual[533].

El deudor de «buena fe», en este artículo, es el deudor que no incumple por dolo. Con esta expresión se indica la ausencia de dolo, por lo que se incluye, a los efectos de la atribución de responsabilidad, la culpa-negligencia, así como el caso fortuito cuando éste fuera asumido por el deudor[534] y, obviamente también, el supuesto en el que el obligado responde *ex lege* con carácter objetivo[535].

---

[532]En relación al artículo 1.107 señala BADOSA lo siguiente: «El artículo 1107 tiene como misión determinar la extensión de la obligación de indemnizar y, en consecuencia, ha de estar redactado de modo que en él encuentren acomodo todos los posibles fundamentos de responsabilidad, sean normales o excepcionales. De ahí, que su criterio de clasificación deba ser más simplificado, constituido sólo por dos apartados según que en el fundamento de responsabilidad haya estado presente o ausente el dolo». Cfr. op. cit. en nota 153, p. 714; en contra se pronuncia CRISTÓBAL MONTES, que se expresa del siguiente modo: «Pienso, contra el parecer de Badosa, que el artículo 1.107 no tiene por qué estar redactado de forma que en el mismo encuentren acomodo todos los supuestos de responsabilidad, normales o excepcionales, sino que dicho precepto tiene que limitarse a desarrollar la extensión del daño resarcible dentro de la pauta genérica de responsabilidad contractual que el básico artículo 1.101 establece, y dicha pauta, como es sabido, se circunscribe al «dolo, negligencia o morosidad». Salirse de ella es trastornar en el capítulo de las consecuencias lo que viene predeterminado por el capítulo de las causas». Cfr. op. cit. en nota 243, p. 288.

[533]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 212; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario al artículo 1.107 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 54; CARRASCO PERERA, *Comentario al artículo 1.107 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. 1°*, Madrid, 1989, p. 724.

[534]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 153, p. 714; en contra CRISTÓBAL MONTES: «En efecto, si, como considera Badosa, la buena fe debe abarcar no sólo la culpa-negligencia, sino también el caso fortuito cuando se responda de él, llegaríamos a la extraña y paradójica situación siguiente: mientras que, en principio, «nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables» (*casus fortuitus*, art. 1.105 C.c.), si se entiende que la buena fe del artículo 1.107 puede abarcar también el evento fortuito, resultaría que la caracterización de la misma en torno a los «daños previstos o que se hayan podido prever» no habría forma de encajarla con aquella otra que la ley establece para el caso fortuito, y, sin embargo, al menos excepcionalmente, debería quedar subsumida en ella. Esto es, si el deudor de buena fe sólo responde de los daños previstos o previsibles, no cabe extender su responsabilidad a los sucesos imprevisibles contemplados en la caracterización del caso fortuito porque ello supondría intentar casar los contrarios y nos situaría muy cerca de una verdadera *contradictio in terminis*. No cabe afirmar, por un lado, que una determinada figura jurídica se modula en torno a unas determinadas notas y considerar, a continuación, que la figura continúa siendo la misma aunque las notas que ahora aparecen son exactamente las contrarias». Cfr. op. cit. en nota 243, p. 288.

[535]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, pp. 212-213; DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 533, pp. 54-56; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 533, p. 724; BADOSA, op. cit. en nota 153, p. 714; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 211.

Indica este precepto que los daños y perjuicios de los que responde el deudor de «buena fe» son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación. Se deduce de esta norma que la nota de previsibilidad del daño sólo debe colegirse respecto del deudor no doloso, de tal modo que se instaura un tratamiento diferenciado entre el deudor de buena fe y el doloso, y establece un trato más favorable a aquél respecto de este último, procedimiento que parece tiene su base en un criterio de equidad[536]. La previsibilidad, por tanto, constituye un límite al resarcimiento de los daños y perjuicios únicamente respecto del deudor de «buena fe»[537].

Se ha señalado, en este sentido, que por daño previsible debe considerarse aquél que sea anticipable por cualquier sujeto medio, en función de las reglas normales de la experiencia[538]. Es aquél que procede de un modo regular, según el desarrollo ordinario de los acontecimientos, del incumplimiento-contravención de la obligación y, asimismo, el que razonablemente quepa considerar que ambas partes han podido estimar como de factible realización, en el momento de constituir la obligación, ante una infracción de la misma[539]. Se trata de una circunstancia que debe valorarse con arreglo a todas las condiciones y elementos que inciden en la relación obligatoria incumplida y, especialmente, las cualidades de la persona del deudor.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha advertido el carácter amplio e indefinido de la facultad de predecir acontecimientos, y entiende que cabe excluir de la nota de previsibilidad aquellos eventos totalmente insólitos y extraordinarios, aunque quepa la posibilidad de su ejecución física y sean, en teoría, previsibles, puesto que «no son lo que puede calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar»[540].

Igualmente, la previsibilidad exige, por ambas partes contratantes, el conocimiento

---

[536]Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 533, p. 58.

[537]Vid. CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 533, p. 739.

[538]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 295.

[539]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 691.

[540]Vid. Tribunal Supremo, Sentencia de 9 de noviembre de 1949.

de los posibles riesgos que supone el vínculo obligatorio, así como también, de modo expreso o tácito, un cierto sistema de distribución de los mismos[541]. Entraña, en este sentido, una determinación de los riesgos que las partes entienden haber asumido para el caso de contravención, de modo que el deudor de «buena fe» no responderá de aquellos daños que no fueran previsibles en el momento de contratar, aunque deriven, como consecuencia necesaria, del incumplimiento contractual[542]. Y, a *sensu* contrario, aunque se trate de un daño previsto en el momento de constituirse la obligación, no será responsable el obligado si éstos no son consecuencia necesaria del incumplimiento[543].

Materia controvertida es el punto relativo a si la previsibilidad del daño debe predicarse exclusivamente respecto a la causa del mismo, o si también cabe extenderla a su cuantía. En este último caso, se entiende que solamente cabría la indemnización respecto al importe previsible, y el deudor quedaría exento de responsabilidad por un daño presumible, pero cuya suma resultara desproporcionada en relación a lo que pudiera haberse previsto al tiempo de contratar[544].

Se ha observado que esta norma no exige previsibilidad respecto de la cuantía del perjuicio y que, a través de la facultad moderadora que concede el artículo 1.103 del Código civil[545], los Tribunales podrán reducir la indemnización por daños de importe excesivo[546].

Para otros autores, sin embargo, es necesario, en estos supuestos, hacer distinciones. El acreedor no debe soportar la depreciación de la moneda que le obliga a tolerar un coste mayor para afrontar las resultas de su daño. Si el acreedor ha de adquirir un bien a cambio, corre a riesgo del deudor el mayor coste que aquél tuviera que sufragar en virtud de tal

---

[541]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 691.

[542]Cfr. CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 533, p. 741.

[543]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 294; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 533, p. 742; DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 533, p. 59.

[544]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 213; CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 533, p. 745.

[545]Artículo 1.103 del Código civil. «La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos».

[546]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 213.

operación. Si el incumplimiento supone que el acreedor no pudiera disponer de un bien-capital, al que tenía derecho por contrato, el deudor soportaría el riesgo del mayor valor que tal bien tuviera el día de la sentencia de condena, puesto que parece legítima la petición de aquél de obtener en tal fecha una suma suficiente para procurarse en el mercado un bien de aquella naturaleza, y siempre que no fuera posible o exigible la obtención del preciso objeto equivalente con anterioridad a tal momento[547].

Asimismo, los daños de los que ha de responder el deudor de buena fe han de ser consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. Se ha señalado que tal expresión supone considerarla equivalente a «consecuencia inmediata y directa»[548] o necesaria del incumplimiento[549]. De este modo, ningún deudor debe responder de aquellos quebrantos que no deriven del incumplimiento, pues, en caso contrario, se excluiría uno de los requisitos de la obligación de resarcir los daños y perjuicios que supone la existencia de una relación de causa a efecto entre el incumplimiento y los daños ocasionados[550].

Dentro de los daños, que son consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, no solamente deben ser considerados los intrínsecos, o aquellos que suponen el valor de la prestación no ejecutada, sino también aquellos otros que sean previsibles y de necesaria producción, de acuerdo con las circunstancias de cada caso[551].

De otro lado, se ha indicado que el carácter de necesario de un determinado daño es el resultado de un juicio prospectivo. Lo que realmente se cuestiona, en este caso, es el

---

[547]Vid. CARRASCO que, en relación a este extremo, indica que: «Sin embargo esto que parece razonable en contratos que tienden a la adquisición de la propiedad de un bien, puede no serlo cuando el negocio versaba sólo sobre el uso. Si el arrendador incumple la obligación de entrega de un local que, posteriormente y por circunstancias imprevisibles sube de valor, el inquilino no puede reclamar la diferencia entre lo que gana en el local de sustitución y lo que hubiera ganado de haber dispuesto del local contratado, puesto que ello hace referencia a lucro cesante extrínseco (ganancias), mientras que en el primer caso se trataba de lucro *intra rem*, que supone el mayor valor de la cosa como capital». Cfr. op. cit. en nota 533, p. 746.

[548]Expresión utilizada por los artículos 1.151 del *Code* civil francés y por el artículo 1.223 del *Codice civile* italiano.

[549]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 213.

[550]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 293.

[551]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, pp. 213-214; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 293.

determinar cuáles son los daños que necesariamente deberían seguirse del incumplimiento[552]. No se hace referencia, con esta expresión, a una cuestión de causalidad, «sino a un problema jurídico, de valoración posterior, que elige entre las series causales aquellas que, en razón al criterio jurídico de *necesariedad*, le han de ser imputadas al deudor»[553]. Se concluye, de este modo, que «consecuencia necesaria» de un incumplimiento imputable al deudor es el daño o la serie precisa de eventos dañosos que constituyen la actuación característica del riesgo instaurado por el comportamiento ilegítimo del deudor[554].

La condición necesaria supone, no que procedan de un incumplimiento en abstracto de la obligación, sino que los daños deriven del concreto incumplimiento efectivamente ocasionado por el deudor, con arreglo a las circunstancias, a las condiciones y a los elementos que incidan en el mismo[555].

Por último, se ha hecho mención a que la necesidad de que los daños sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento es un criterio que, a pesar de que del artículo 1.107 pudiera inferirse lo contrario, debe atribuirse tanto al deudor doloso como al de «buena fe», puesto que la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento implica una condición indispensable e irremplazable, tanto de la responsabilidad civil genérica como de la derivada del incumplimiento de una concreta obligación[556].

El segundo párrafo del artículo 1.107 desarrolla las consecuencias del

---

[552]Indica CARRASCO PERERA que no se trata de un juicio de causalidad, «pues, propiamente hablando, todas las consecuencias que resulten para el acreedor tienen por causa este incumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 533, p. 725; vid. también DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 533, p. 58.

[553]Para CARRASCO PERERA el juicio de necesariedad -adecuación- es un juicio de pronóstico. Este autor considera que la realización de un juicio prospectivo no significa que el deudor haya de responder de un daño que necesariamente había de producirse de su conducta, pero que de hecho no se efectuó, «pues antes de actuar ésta negativamente sobre el patrimonio del acreedor, se «adelanta» un suceso externo que causa el daño efectivo». Para este autor el juicio de necesariedad-adecuación no es un problema de causalidad, sino una cuestión jurídica de imputación al deudor de una determinada serie de daños entre las diferentes que puedan tener su origen en la actividad ilícita del deudor. Vid. op. cit. en nota 533, pp. 725-726; vid. también, DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 533, p. 58.

[554]Indica CARRASCO PERERA que en el Derecho de contratos es la misma obligación contractual la que realiza esta selección de riesgos «mediante el expediente de delimitar cuáles son los intereses del acreedor que ha de salvaguardar el deudor en su actividad de prestación». Cfr. op. cit. en nota 533, p. 726.

[555]Vid. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 212; DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 533, p. 59.

[556]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 293.

incumplimiento para el deudor doloso, de manera que éste responderá de todos los daños «que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

Por dolo civil, el Tribunal Supremo entiende, a diferencia del dolo penal, que equivale a mala fe. Para su apreciación no se precisa en el deudor la intención de producir un daño, sino que se constituye como aquella infracción, consciente y voluntaria, de un deber jurídico que da lugar a la producción de un perjuicio, siempre que intervenga entre ambos, hecho y daño, una relación de causalidad necesaria y prevista[557].

Del mismo modo, también se ha indicado que, para que se aprecie mala fe, no es necesario la intención de dañar, únicamente es suficiente la infracción de un deber jurídico de modo voluntario, con conocimiento por parte del deudor de que con su comportamiento ejecuta un acto ilícito[558].

El dolo contractual no implica, como ya se ha mencionado, intención de dañar, sino una voluntad incumplidora que puede estar fundamentada en motivos estratégicos de la economía del propio sujeto obligado, de tal modo que, sencillamente, puede interesarle, pues le resulta más asequible y económico, no cumplir la obligación[559].

Una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 1.107 de nuestro Código deberá orientarse a inferir que si el deudor de «buena fe» sólo responde de los daños previsibles, el deudor doloso responderá, además, de los imprevistos y de los imprevisibles. Las razones de este tratamiento más riguroso se encuentran en la consideración de ilicitud de tales incumplimientos[560] y en la agravación de la situación jurídica ocasionada por tales infracciones[561].

Igualmente, se ha indicado que el deudor responderá, además, de los daños ocasionados en otros bienes o negocios del acreedor, distintos del que constituye el objeto

---

[557]Vid. Tribunal Supremo, Sentencia de 9 de marzo de 1962; vid. también, DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 533, p. 60; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit. en nota 262, p. 276.

[558]Vid. Tribunal Supremo, Sentencia de 23 de mayo de 1983.

[559]Vid. CARRASCO PERERA, op. cit. en nota 533, p. 750.

[560]Vid. MESSINEO, op. cit. en nota 12, p. 248.

[561]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 297.

de la prestación debida[562].

De modo literal, podría entenderse la expresión «todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento» en el sentido que el deudor doloso asume toda la cadena de consecuencias dañosas de su incumplimiento, y con el único límite del de la causalidad en sentido propio, es decir, aquella que esté conforme con la experiencia científica -*conditio sine qua non*-. Sin embargo, y aunque el criterio, para apreciar el momento temporal a partir del cual entender que se han producido los daños, no sea ya el de constitución de la obligación, sino el del incumplimiento de la misma -*ex post facto*-[563], no hay motivo alguno para imputar al deudor daños superiores a los que supondrían la aplicación de los principios acomodables a la responsabilidad extracontractual[564], o sea, a la reparación integral del daño[565].

Se ha señalado, en este sentido, que el término «conocidamente» debe ser interpretado como racionalmente, es decir, implica la inclusión de aquellos daños que sean consecuencia necesaria del incumplimiento[566].

Sin embargo, para otros autores, el único sentido que cabe atribuir a la expresión «conocidamente» es el de que se trate de perjuicios que procedan del estricto hecho del incumplimiento de la obligación y, por ello, se exceptúan aquellos que deriven *ex nova causa*, o sea, en los que se requiere, para que surjan, una prolongada serie de acontecimientos que no son todos efectos necesarios del propio incumplimiento[567].

Finalmente, señala el Tribunal Supremo que el *quantum* resarcitorio, en las hipótesis de incumplimiento doloso, no tiene otros límites que la realidad del daño y su valor, por lo

---

[562]Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 533, p. 60.

[563]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 214; DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 533, p. 60.

[564]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 214.

[565]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 297.

[566]Vid. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones, Tomo III*, Madrid, 1986, p. 252; DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 533, p. 60; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 297.

[567]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 298.

que no cabe que el señalamiento de su cuantía económica pueda ser negociada por las partes, ni estar limitada a aquella cantidad que, en su caso, fue prevista en el contrato para el supuesto de que éste fuera incumplido, así como tampoco cabe su moderación por motivos de equidad, en virtud de los señalado en el artículo 3.2[568] en relación con el 1.102[569], ambos del Código civil[570].

2.3.3. EL NEXO CAUSAL

Entre el incumplimiento y el daño ocasionado debe existir una concreta relación de causalidad, es decir, los daños deben proceder del incumplimiento. Entre ambos, por ello, debe mediar una relación de causa a efecto.

Conviene en este punto distinguir entre una causalidad física, que supone que un determinado daño se ha producido como consecuencia de un concreto acto humano, y una causalidad jurídica, que implica que, además de que tal perjuicio tenga su origen en un hecho del hombre, jurídicamente pueda considerarse que ese concreto evento es suyo en función de que opera la imputabilidad de ese acto a su conducta[571].

No obstante, se ha observado ingeniosamente, que no debe confundirse el problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso, con la controversia de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede ser o no «puesto a cargo» de aquélla como «obra» de su autor, según los criterios establecidos al efecto por el legislador. No debe confundirse el problema de si el resultado dañoso es o no objetivamente imputable a la conducta del demandado con

---

[568]Artículo 3.2 del Código civil. «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

[569]Artículo 1.102 del Código civil. «La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula».

[570]Vid. Tribunal Supremo, Sentencia de 16 de julio de 1982.

[571]Vid. CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL, op. cit. en nota 243, p. 270.

lo que ha sido denominado, de forma imprecisa, causalidad jurídica[572].

A este respecto, se afirma que es equivocado buscar un concepto específico de la «causalidad jurídica». El Derecho debe de comenzar desde el concepto de causalidad propio de la Lógica y de las Ciencias de la Naturaleza. La decisión acerca de la existencia o no de una relación de causalidad es una cuestión de hecho, que está libre de valoraciones normativas, mientras que el problema de la imputación objetiva es una cuestión claramente jurídica, es un problema que debe ser resuelto según los criterios propuestos por el sistema normativo de responsabilidad[573].

A propósito de lo anterior, se ha indicado que en nuestra civilística no se encuentra la distinción entre las cuestiones de causalidad, en sentido propio, de las de imputación objetiva y, por ello, la Teoría de la equivalencia de las condiciones no es aceptada, pues conduce a una indeseable extensión, sin límites, de la responsabilidad. En este sentido, se advierte que las dificultades surgen al aplicar la Teoría de la equivalencia de las condiciones a la determinación de los límites de la imputación objetiva, de las consecuencias, dañosas a la conducta del responsable[574].

En esta línea, por tanto, se ha defendido que el separar las cuestiones causales de los problemas de imputación objetiva, supondría un paso imprescindible para una racionalización del Derecho de daños, que, además, permitiera, a partir de una preparación de criterios claros y uniformes de imputación objetiva, reducir la elevada dosis de incerteza

---

[572]Vid. PANTALEÓN, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación, Centenario del Código civil (1889-1989), Asociación de profesores de Derecho civil, Tomo II*, Madrid, 1990, p. 1562.

[573]Vid. en este sentido a PANTALEÓN, que se expresa en los siguientes términos: «No es correcto, por tanto, considerar las que verdaderamente son teorías de imputación objetiva -entre ellas la mal llamada teoría de la «causalidad adecuada»- como si se tratara de teorías sobre la relación de causalidad. Incorrección que puede llevar aparejado el grave error de calificar como simple «cuestión de hecho», sólo excepcionalmente controlable en casación, el problema claramente jurídico de la determinación, en cada caso concreto, de los límites objetivos de la obligación de indemnizar: el problema de la imputación objetiva de los daños causados». Cfr. op. cit. en nota 572, p. 1563.

[574]Apunta PANTALEÓN que la diferencia entre causalidad e imputación objetiva ha sido ya admitida por nuestra doctrina penal, y, en este sentido cita las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1981, 5 de abril de 1983, 27 de abril de 1984 y 11 de febrero y 17 de noviembre de 1987. Pero tal distinción no ha sido acogida aún por la Sala primera de nuestro más alto Tribunal. Vid. op. cit. en nota 572, p. 1564.

que caracteriza a esta rama de nuestro Derecho[575].

Por otro lado, se ha apuntado que los problemas de la relación de causalidad se rigen, en línea de principio, por las mismas reglas que se establecen en materia de responsabilidad extracontractual[576]. Por ello, se hará en este epígrafe una breve y somera referencia a las principales teorías que se han elaborado en torno a esta materia.

Para la teoría de la llamada *conditio sine qua non*, la causa son los hechos del hombre, son los elementos necesarios, aunque no suficientes por sí solos, para la producción del daño. Una conducta es causa de un resultado cuando, suprimida mentalmente tal conducta, el resultado no se habría producido. A esta teoría se le ha objetado el problema de que el concepto de causa y, en consecuencia, el de la responsabilidad, se extienden excesivamente, pues si resulta que el hecho del hombre es condición del daño, no cabe reducir el problema a determinar una razón posterior que establezca los límites razonables de la responsabilidad[577].

Para otros autores, y dentro de la llamada Teoría de la equivalencia de las condiciones, para la determinación del nexo causal no es suficiente la doctrina de la *conditio sine qua non*, y se pronuncian en favor de la hipótesis de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica. De este modo, señalan que la Teoría de la *conditio* falla en los supuestos de causalidad concurrente (dos cursos causales diferentes concurren simultáneamente a la producción de un perjuicio), donde cualquiera de ambos hubiera bastado para producir el daño de la misma forma, y en el mismo tiempo y lugar. Asimismo, indican que la mencionada Teoría de la *conditio* se equivoca también en las hipótesis de causalidad hipotética (el curso causal productor del evento dañoso -causa real o adelantada-, puesto en marcha por el posible responsable, impide al otro curso causal -causa hipotética o de reserva- llegar a producirlo en la misma forma, tiempo y lugar). En ambos supuestos la Teoría de la *conditio* conduciría a negar la innegable relación causal entre la conducta del

---

[575]Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 572, p. 1566.

[576]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 690; DE ÁNGEL YAGÜEZ, op. cit. en nota 494, p. 51.

[577]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 271; PANTALEÓN, *Comentario al artículo 1.902 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 1982.

posible responsable y el evento dañoso[578]. Asimismo, la Teoría de la *conditio* no aprehende inmediatamente la relación de causalidad: su aplicación la presupone. La cuestión de saber si al suprimir una concreta conducta, el resultado no se hubiera producido, solo cabe responderla a *posteriori*, cuando ya se sabe si esa conducta ha contribuido a la producción de tal resultado. Si, por el contrario, tal cuestión no se conoce, la fórmula de la *conditio* no puede ofrecer información alguna al respecto, y cuando ya se sabe, la utilidad de dicha fórmula se reduce a la comprobación lógica, posteriormente, del nexo causal preestablecido[579].

Para otros autores el elemento básico a acentuar es el de la inmediatividad de la relación causal. Existen unas circunstancias causales más próximas y otras más distantes, y, aunque todas incidan en la producción del resultado, solamente debe tenerse en cuenta aquella causa más cercana o próxima. A esta Teoría se le ha criticado el que no es fácil ni justificable la equiparación entre causalidad inmediata y causalidad jurídica y, además, se muestra extremadamente complicado establecer límites precisos y rigurosos, por lo que, si se quiere que la misma sea eficaz, debe interpretarse con criterios poco rígidos y flexibles.

Un tercer grupo de autores señala que es la causa eficiente la que determina que una concreta acción del hombre sea considerada origen del daño. Entre las distintas causas que concurren a la producción del daño, no cabe considerar aquella que sea la más inmediata y directa del mismo, sino aquella que contribuye de modo más eficaz a la aparición del concreto perjuicio. Por tanto, para estimar, entre varias, cual sea la causa jurídica productora del daño, es preciso investigar la conducta humana más eficaz, aquella causa predominantemente eficaz en la producción del daño concreto.

A esta Teoría se le ha replicado la dificultad que supone determinar cuál sea la mayor o menor eficacia causal respecto de una causa concreta, asimismo, se le ha opuesto el que pueda establecerse la noción de causa a través de una simple diferencia cuantitativa en el grado de eficacia entre los distintos fundamentos concurrentes en la producción del daño.

---

[578]Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 577, p. 1983.

[579]Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 577, p. 1983.

Por otro lado, la Teoría de la causalidad adecuada, considera que una determinada consecuencia aparece vinculada, de manera natural, a la realización de un concreto acto, pues de su estructura derivan, sin forzamiento, unos efectos típicos. A ello, se le une el dato de la experiencia, es decir, la constatación de lo que ocurre en la realidad de la vida, según la cual, normalmente, a ciertos actos le acompañan determinadas consecuencias, por lo que se conforma una situación que es posible anticipar, en función de la ley de probabilidades. La causa adecuada supone que puede producir un efecto determinado, que es idóneo para provocarlo, pero no que necesariamente haya de dar origen al mismo. Por tanto, desde el punto de vista jurídico, sólo pueden considerarse aquellas consecuencias que, según la experiencia extraída del curso normal de los acontecimientos, sea verosímil reputar como posibles, en función de un concreto y determinado hecho. Lo que habrá de tomarse en consideración es la observación efectuada en virtud de la experiencia media de un agudo espectador para quien, en el momento de ocurrir el evento productor de la responsabilidad, fueran conocidas todas las circunstancias, y no solamente las notorias[580].

Por tanto, al autor de un hecho concreto, solamente se le podrán atribuir aquellos daños que resulten «adecuados» a la naturaleza de la actuación que da origen a la responsabilidad[581].

No obstante, se ha indicado que no es suficiente determinar que pueda apreciarse una relación de causalidad cuando el resultado aparezca como normal típico o adecuado al hecho, sino que a este dato es preciso añadir, en el terreno jurídico, la imputabilidad de la relación causal, desde un punto de vista de la responsabilidad, a los efectos de considerar responsable al autor del hecho concreto, y ello solamente podrá lograrse cuando la

---

[580]CRISTÓBAL MONTES indica que se ha objetado a tales consideraciones que traen como consecuencia una subjetivación de la causa, pues tan subjetivo es el saber de un sujeto como el de una colectividad. A ello, apunta este autor lo siguiente: «No nos parece del todo exacta esa apreciación, porque si bien es verdad que el saber de una colectividad se forma sobre la base de una serie de saberes individuales, lo cierto es que una vez constituido pierde cualquier matiz subjetivo para aparecer como un dato externo adornado con fuertes dosis de generalidad y objetividad». Cfr. op. cit en nota 243, pp. 272-274; vid. también, DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 690.

[581]LARENZ indica que se trata de una imputación objetiva de las consecuencias producidas, no de una imputación subjetiva a título de culpa. Vid. op. cit. en nota 375, p. 201; para CRISTÓBAL MONTES: «Por tanto, el factor de la culpabilidad no puede marginarse de manera absoluta a la hora de considerar el nexo causal bajo la óptica de la adecuación». Cfr. op. cit. en nota 243, p. 274.

consecuencia dañosa pueda ser considerada imputable al sujeto[582].

Por último, la prueba de la relación de causalidad corresponde, en virtud del artículo 1.214 del Código civil[583], al sujeto que ha sido dañado, y que reclama la reparación. Se admite, con carácter general, la prueba de presunciones. Y, con carácter excepcional, puede acogerse una inversión de la carga de la prueba, en los casos de responsabilidad médica y profesional, en función de lo inaccesible y hermético del ejercicio de la actividad profesional, de tal modo que, verificada la existencia de un tratamiento inadecuado, e idóneo para producir el resultado dañoso, corresponderá al profesional demostrar que fue otra la causa que lo produjo[584].

---

[582]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 275.

[583]Artículo 1.214 del Código civil. «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone».

[584]Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 577, p. 1983.

3. LA *PERPETUATIO OBLIGATIONIS*. LA TRASLACIÓN DE LOS RIESGOS AL DEUDOR

3.1. CONCEPTO

Efecto propio de la *mora debitoris* es la *perpetuatio obligationis*[585].

Se ha señalado que, en virtud de la perpetuación de la obligación, el vínculo jurídico obligatorio se torna, dentro de ciertos límites, indiferente a la influencia de determinadas circunstancias que, de otro modo, desplegarían su eficacia extintiva sobre la misma. La perpetuación no significa que el acreedor pueda perseguir el cumplimiento *in natura* de la obligación en todo momento, pues si ésta deviene sobrevenidamente imposible, aún sin que sea imputable al deudor, su ejecución es totalmente inviable, por lo que una pretensión de cumplimiento posterior a tal evento carecería totalmente de sentido, y si el acreedor reclama judicialmente el cumplimiento específico, su demanda podría ser, ciertamente, desestimada[586].

De esta suerte, la *perpetuatio* no supone que la relación obligatoria vaya a mantenerse inmodificada tras la mora, sino que lo que verdaderamente comporta es la no liberación del deudor, incluso en el supuesto de que se verifique una imposibilidad sobrevenida de la prestación a él no imputable[587].

La perpetuación entraña, por tanto, una atribución al deudor moroso de los riesgos de perecimiento de la cosa o de imposibilidad física o legal de la prestación de hacer. Este

---

[585]Vid. GRAMUNT, op. cit. en nota 35 p. 115; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 467.

[586]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI GERI, op. cit. en nota 54, p. 268; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 467.

[587]Observan NATOLI e BIGLIAZZI GERI como la *perpetuatio*, en este caso, supone hacer actual y operante, en su máxima extensión, la responsabilidad de deudor por incumplimiento. Op. cit. en nota 54, p. 268; Para DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ este planteamiento puede concebirse más claramente si se tiene en cuenta que cuando el deudor está en mora es ya un deudor incumplidor que puede todavía cumplir su obligación. «Si la prestación se torna imposible, no puede cumplir, pero no por ello se ve liberado, porque, en definitiva, no habiendo ejecutado la prestación tempestivamente, se ha colocado él solo en condición de no poderla ejecutar más. Aunque el hecho que ha producido la imposibilidad de la prestación no le sea imputable, la situación que se ha creado, con la subsiguiente falta de satisfacción del interés del acreedor, se ha debido a un hecho del deudor: que no se hubiera verificado, efectivamente, si hubiese cumplido a tiempo su obligación». Cfr. op. cit. en nota 25, pp. 467-468.

riesgo, que si el deudor no estuviese constituido en mora estaría a cargo del acreedor, se transfiere, como consecuencia de esta situación, al obligado, de tal modo que la sobrevenida imposibilidad de la prestación no le libera del vínculo obligatorio, sino que, por el contrario, le hace responsable, como incumplidor, de los daños y perjuicios que tal infracción le hubiera ocasionado al acreedor.

No se trata de una sanción[588] que impone el Ordenamiento al deudor incumplidor, sino de un reparto o distribución de los riesgos o vicisitudes a las que se expone la relación obligatoria.

Que el deudor esté constituido en mora, por tanto, significa que ha asumido, o se le han atribuido los riesgos de los fortuitos, de tal modo que, si la cosa perece o el servicio deviene imposible, se le imputarán tales eventos, aún cuando los mismos hayan sobrevenido como consecuencia de un impedimento a él no imputable.

En este sentido, se ha señalado que dicho criterio es únicamente aplicable a los incumplimientos temporales, puesto que son los únicos susceptibles de cumplimiento posterior y en donde la atribución de los riesgos cobra sentido[589].

El sistema de riesgos[590] que establece nuestro Ordenamiento Jurídico está

---

[588]Vid. MANRESA que, en este sentido, indica que: «... limitándonos aquí a consignar que tiene este párrafo el carácter de cierta penalidad civil, basada en los hechos no lícitos que le sirven de supuesto, y por los cuales imputa al deudor todos los riesgos con severidad tan fundada y justa ...». Cfr. *Comentario al artículo 1.096 del Código civil, Comentarios al código civil español, Tomo VIII, Vol. I*, Madrid, 1950, p. 104; por otro lado, BADOSA, en este sentido se expresa en los siguientes términos: «En el CC hay cuatro causas que le imputan el riesgo «negativo»; dos son legales consistentes en una sanción al deudor por su comportamiento respecto a la obligación son las del art. 1.096 III». Cfr. op. cit. en nota 253, p. 25.

[589]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 471.

[590]Se ha indicado que el concepto de riesgo puede entenderse desde dos puntos de vista diferentes. En sentido general, con el riesgo se alude a las posibles modificaciones que pudieran afectar al objeto de un derecho, sea éste real o de crédito. Dentro de esta calificación se incluyen tanto los aumentos, como las disminuciones, y la imposibilidad física o jurídica de su objeto. El Código civil hace referencia a esta acepción amplia en artículos como, entre otros, el 1.123 que utiliza las expresiones «pérdida, deterioro o mejora». En sentido estricto, el riesgo tiene un alcance negativo, pues solamente atiende a la posibilidad de disminución y a la imputabilidad del objeto. Desde esta perspectiva, se acoge la idea de *periculum*. El Código civil se refiere al riesgo en sentido estricto en los artículos 1.452 III, 1.687 I y 1.096 III. Vid. a este respecto BADOSA, op. cit. en nota 253, pp. 24 y 25; para GRAMUNT la idea de disminución de la prestación incluye los deterioros, que abarcan, asimismo, tanto el desgaste por el uso de la cosa, como la pérdida parcial o la destrucción parcial de la misma. «Respecto a la imposibilidad objetiva ya ha quedado dicho que abarca tanto la material como la jurídica, y que incluye la pérdida indefinida del objeto. En el ámbito de los derechos de crédito, los aumentos y las disminuciones, por su propio concepto, sólo pueden referirse a aquéllos en que la prestación consiste en un dar; la imposibilidad, por el contrario, incide también en las obligaciones de hacer y de no hacer». Cfr. op. cit. en nota 35, p. 117.

determinado por los artículos 1.096 III, 1.100 y 1.182 y siguientes del Código civil.

Con carácter general, el deudor se exonera de responsabilidad si acredita que su incumplimiento no le es imputable[591]. En el sistema de riesgos, esta regla también se aplica como criterio de exención ordinario, es decir, el deudor se libera de los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida o deterioro de la cosa debida o la imposibilidad física o legal de la prestación, cuando tales acontecimientos han sido debidos a un impedimento inimputable[592].

Además, se establece, en virtud del artículo 1.183 del Código civil, una presunción *iuris tantum* de imputabilidad del riesgo al deudor, si la cosa perece y se encuentra en su poder.

Con respecto a las obligaciones de hacer, no existe unanimidad en la doctrina acerca de la posible extensión de la aplicación de la presunción *iuris tantum* del artículo 1.183 a las mismas.

Se ha señalado, en este sentido, que tal presunción no se extiende al supuesto del artículo 1.184, que libera al deudor de la obligación de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible, puesto que la norma del 1.183 se refiere exclusivamente a un supuesto de hecho muy concreto, que es la imposibilidad sobrevenida de la obligación de entregar cosas específicas, cuando tal imposibilidad se produce por la pérdida de la cosa y, además, presenta una finalidad muy concreta, que supone la extinción de la obligación y la exoneración del deudor de cumplirla, sin hacer referencia especial a su deber de satisfacer los daños y perjuicios[593].

En contra de la anterior Teoría, se admite que la presunción del artículo 1.183 es de aplicación analógica al supuesto contemplado en el artículo 1.184, pues ambas hipótesis presentan una identidad de razón[594].

---

[591] Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1044.

[592] Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 459.

[593] Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 606-607; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 473.

[594] Vid. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentario al artículo 1.184 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XVI, Volumen 1°*, Madrid, 1991, p. 347; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 193.

Esta presunción se establece en función de la obligación de custodia de la prestación, en virtud de la obligación de conservar y garantizar el cumplimiento que recae sobre cualquier deudor. En el obligado, aunque todavía no tenga que cumplir la obligación, concurre el deber de conservar con diligencia la cosa debida o de preservar la posibilidad del futuro cumplimiento[595]. Esta presunción *iuris tantum* de culpabilidad establecida en la norma que comentamos se quiebra mediante la prueba del caso fortuito, es decir, a través de la acreditación de la inimputabilidad al deudor del incumplimiento.

Sin embargo, al deudor constituido en mora, se le imputa este mismo riesgo, de tal modo que responderá de la pérdida o deterioro de la cosa, o de la imposibilidad física o legal de la prestación, aunque éstas sobrevengan por una concreta causa que no pueda serle imputada. Se trata de una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba alguna en contrario para desvirtuarla[596].

Desde que el deudor se encuentra constituido en mora, se produce la atribución a éste de todos los riesgos, que imprevisiblemente pudieran acaecer durante todo el período en el que se prolongue el no cumplimiento de la prestación.

De este modo, la constitución en mora implica una excepción a la regla general de responsabilidad contractual, según la cual ningún deudor responde de las consecuencias que el incumplimiento haya podido ocasionar, siempre que acredite la inimputabilidad de tal infracción.

No obstante, hay que señalar que para el contrato de obra, los artículos 1.589 y 1.590 del Código civil establecen unas reglas particulares de distribución del riesgo.

Cuando el contratista se obliga a poner el material, es éste el que sufre el riesgo de pérdida o destrucción de la obra antes de que sea entregada al comitente[597].

Cuando se trate de una obra cuyo objeto sean bienes muebles se aplica la regla *res*

---

[595]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que además señala que: «Es de esta obligación de las que surgen las garantías conservatorias o medidas de tutela preventiva del derecho de crédito del acreedor (arts. 1.129, 1.467, 1.502, 1.785 y 1.788 del Código civil, 47 y 117 de la Ley Hipotecaria y arts. 1.397, 1.400 y 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)». Cfr. op. cit. en nota 25, p. 462.

[596]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 462.

[597]Vid. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, p. 185; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit. en nota 262, p. 469.

perit domino[598], de tal modo que, en tanto no efectúe la entrega, el contratista soporta el riesgo de pérdida o destrucción de la cosa debida, salvo que por el comitente haya habido morosidad en recibirla[599].

Cuando la obra se lleve a cabo en un bien inmueble, habría que distinguir si éste se construye en suelo propiedad del contratista o bien, en terreno del comitente. En el primer caso, se ha observado que no nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de obra, sino de compraventa y, por ello, el comitente no puede soportar el riesgo hasta que no se transmita la propiedad de la misma[600]. En la segunda hipótesis, se imponen al contratista las consecuencias de la pérdida, siempre que la obra se destruya antes de ser entregada, salvo morosidad en el *accipiens*[601].

Cuando, por el contrario, el contratista se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, el artículo 1.590 del Código civil, regula el supuesto de pérdida o destrucción de la obra, antes de ser entregada. La norma hace recaer el riesgo sobre el contratista, en tanto que señala que no tiene derecho a reclamar el precio, si la obra se destruye antes de su entrega[602]. En el supuesto de concurrencia del caso fortuito, el riesgo del trabajo o industria lo soporta el contratista, mientras que el riesgo de los materiales debe tolerarlo el dueño de la obra[603].

---

[598]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 153, pp. 199 y 210 y ss.; por otro lado, para SÁNCHEZ CALERO: «La atribución del riesgo al contratista se hace en función del principio *«casum sentit debitor»*. Cfr. op. cit. en nota 597, p. 186.

[599]Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentario al artículo 1.589 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XX, Volumen 2°*, Madrid, 1986, p. 265.

[600]Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 599, pp. 265-266.

[601]Vid. SÁNCHEZ CALERO, op. cit. en nota 597, p. 186; LUCAS FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 599, p. 267.

[602]Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit. en nota 262, p. 469.

[603]Vid. LUCAS FERNÁNDEZ que se pregunta si, en este supuesto, se comprende indistintamente la culpa del contratista y el caso fortuito o la fuerza mayor. A este respecto, indica que la doctrina española se inclina por considerar el supuesto comprensivo tan sólo del caso fortuito, pues la conducta negligente o dolosa del contratista supondrá responsabilidad para él, en virtud de los principios generales del derecho de obligaciones, ex artículo 1.101 y siguientes del Código civil. «La razón de la solución legal se encuentra en que el precio en este contrato se paga en contraprestación no al trabajo en sí mismo, sino al resultado de este trabajo. Y en tanto ese resultado no se produzca, no se puede entender cumplida la prestación del contratista, causa de la contraprestación del dueño de la obra». Cfr. *Comentario a artículo 1.590 del Código civil, Comentarios al Código civil y*

Esta regla general presenta dos concretas excepciones, cuando, en primer lugar, ha habido morosidad en recibir la obra, en cuyo caso, el contratista conserva el derecho a exigir la retribución correspondiente a su trabajo o industria; y, en segundo lugar, cuando la destrucción de la obra haya provenido de la mala calidad de los materiales suministrados, con tal de que el contratista haya advertido al comitente esta circunstancia[604].

En el contrato de servicios, con carácter general, el riesgo recae sobre quien encarga el servicio, que deberá cumplir su obligación de pagar el precio, a pesar de la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor. Se ha señalado, en este sentido, que, en tanto que el Código omite toda referencia a esta hipótesis concreta, cabe la aplicación de la regla general establecida en el artículo 1.184 del Código civil[605].

Cae señalar, por tanto, que el deudor moroso no solamente no se libera de su obligación por el acaecimiento de un evento fortuito, a él no imputable, que le impida la realización exacta de su obligación, sino que, además, asume los riesgos provenientes de concretas circunstancias inimputables. Este riesgo no se le atribuiría si hubiera ejecutado tempestivamente la prestación, toda vez que, la regla general es la exención de responsabilidad por los riesgos procedentes de concretas causas no imputables al mismo[606].

Por otro lado, se ha observado que del conjunto de normas que establecen el sistema de riesgos en nuestro Ordenamiento, caben dos posibles interpretaciones.

Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XX, Volumen 2°, Madrid, 1986, p. 271.

[604]Indica LUCAS FERNÁNDEZ que este requisito será exigible cuando la mala calidad de los materiales sea tal que los conocimientos de ordinario exigibles al contratista permita a éste conocerlos, «como ocurrirá cuando los vicios sean aparentes». Cfr. op. cit. en nota 603, p. 272; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN indican, a este respecto, que el contratista no se debe liberar de la aplicación del precepto, a menos que los vicios de los materiales sean de tal naturaleza que no basten los conocimientos de su profesión para detectarlos. «La normativa posterior al Código civil sobre las funciones de los profesionales que intervienen en la construcción hace dudar de que responda el contratista siempre y en todo caso. Si el aparejador es designado por el comitente, no hay que olvidar que entre sus funciones se encuentra la de inspeccionar los materiales a emplear... exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad». Cfr. op. cit. en nota 262, p. 469 y nota 3.

[605]Cfr. SOLÉ RESINA que, además, indica que: «Esta conclusión se muestra de acuerdo con la regla *periculum est emptioni* defendida por parte de la doctrina en sede de compraventa». Cfr. op. cit. en nota 74, p. 27 y nota 42.

[606]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que, asimismo, apunta que, en relación a la no atribución del riesgo al deudor que hubiera cumplido la obligación a su debido tiempo, que, desde un punto de vista cronológico, éste -el riesgo- no hubiera tenido lugar, «y si hubiera ocurrido antes del momento del cumplimiento ya se ha explicado que funcionaría la presunción *iuris tantum* de culpabilidad». Cfr. op. cit. en nota 25, p. 480.

Para la Teoría culpabilista, el deudor responde de la pérdida de la cosa debida, pues se presume que no ha cumplido diligentemente su obligación de custodia y conservación de la prestación. Tal presunción tiene carácter de *iuris tantum*, pues se admite prueba en contrario, que puede consistir en toda aquella que acredite la concurrencia de un caso fortuito. Incluso cabría la posibilidad de ofrecer la prueba de que la cosa hubiera igualmente perecido en poder del acreedor y, de este modo, liberarse, al considerarse en tal hipótesis, que el acreedor no habría sufrido quebranto alguno que debiera ser indemnizado.

Al deudor constituido en mora, en tanto que no cumplió su obligación a tiempo, se le traspasan todos los riesgos y, de esta manera, el caso fortuito le es imputable. Se considera, de este modo, que la constitución en mora es una sanción, o supone un estado de responsabilidad agravada para el deudor. El deudor moroso asume, por ello, los riesgos de los casos fortuitos o de la imposibilidad de la prestación, pues éstos le son imputables, y no cabe prueba alguna en contrario para exonerarse de su responsabilidad[607].

Por otro lado, para los partidarios de las Teorías objetivistas, el deudor de una obligación no vencida, o no exigida, responde de la pérdida de la cosa si se encuentra en su poder y a consecuencia de la obligación de conservación y garantía del cumplimiento que recae sobre él. Frente a tal presunción, se admite, con carácter general, la prueba, en contrario, del acaecimiento de un caso fortuito o de una imposibilidad sobrevenida inimputable.

Sin embargo, se considera que la constitución en mora del deudor no es una sanción ante el incumplimiento, sino que nos encontramos ante un sistema de distribución de los riesgos, de tal modo que, si el deudor acredita que el evento dañoso hubiera tenido igual incidencia en el acervo del acreedor, en caso de haberse cumplido a tiempo la obligación, ésta podría considerarse extinguida y, en consecuencia, el deudor liberado de toda responsabilidad.

Para los partidarios de esta doctrina, nos encontramos frente a normas que establecen objetivamente los criterios de reparto de los riesgos, además, se estima que el legislador no sanciona conductas, sino que compensa los efectos de las mismas y, asimismo,

---

[607]Vid. las explicaciones de estas doctrinas de corte subjetivista en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 477.

no se acepta que, en una concreta relación obligatoria, se admita la posibilidad de un enriquecimiento injusto de alguna de las partes de la misma[608].

Por último, se ha indicado que la constitución en mora se constituye en fundamento de la atribución de los riesgos al deudor incumplidor, por lo que no es posible, en este sentido, considerarla como la causa de la responsabilidad por caso fortuito. La constitución en mora supone que el deudor ha asumido los riesgos de los fortuitos, lo que tiene como consecuencia que, tras la misma, deberá responder de la pérdida fortuita de la cosa debida o de la imposibilidad física o legal de la prestación de hacer, también sobrevenidas por una causa que no le sea imputable[609].

En esta línea, se ha señalado que, en virtud de la *mora solvendi,* se le imputa al deudor el riesgo producido *post moram*. Cabe, en esta hipótesis, deducir del artículo 1.096 III del Código civil que la mora es el momento *a quo*, y que, por tanto, el papel de la misma es puramente cronológico y no causal u ocasional, lo cual tiene como consecuencia la no aplicación de lo establecido en el último inciso del segundo párrafo del artículo 1.896[610] del Código civil[611].

En este sentido, por tanto, se ha señalado que se opta en nuestro Ordenamiento, por un criterio objetivo de distribución del riesgo, determinado por el factor temporal. El riesgo existe siempre como factor latente y evento potencialmente producible y, por ello, debe determinarse quien debe soportarlo, con independencia de criterios de responsabilidad. De este modo, cuando la imposibilidad se produce *ante moram*, el riesgo lo soporta el acreedor, mientras que si ésta surge *post moram*, el riesgo será de cuenta del deudor[612].

---

[608]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 478-479.

[609]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 471.

[610]Artículo 1.896 del Código civil. «El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida lo produjere.

Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó».

[611]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 253, p. 25; en contra, ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 202.

[612]Cfr. GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 120.

3.2. EL ARTÍCULO 1.096 III DEL CÓDIGO CIVIL

El párrafo tercero del artículo 1.096 del Código civil determina, para las obligaciones de dar, el efecto de la *perpetuatio obligationis* cuando el obligado se constituye en mora, al especificar que «serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega».

Esta norma, regula el supuesto de la imputación de los riesgos al deudor por la pérdida o deterioro de la cosa debida, provocada por un acaecimiento a él no imputable[613].

Imputación de riesgos que, en abstracto, supone determinar el alcance, en los sujetos de la obligación, de los eventos, positivos o negativos, que pudieran de algún modo, afectar al cumplimiento de la misma[614].

Se trata, por tanto, de delimitar, por un lado, sobre quién recae el riesgo de la imposibilidad de la ejecución de la conducta debida[615]. Y, por otro, de resolver cuál es el medio técnico jurídico a través del cual se asume el riesgo por alguna de las partes[616].

El párrafo tercero del artículo 1.096 implica una regla de distribución de los riesgos, cuyo principio es el incumplimiento o la contravención al tenor de la obligación, y no la sanción al deudor por su comportamiento respecto a la prestación a su cargo[617].

La citada norma no determina criterio alguno de desaprobación o de reproche de la conducta de los sujetos de la obligación. Y es en este sentido, en el que se ha observado que no existe un nexo de causalidad entre el daño producido y el comportamiento del deudor,

---

[613]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 468; BADOSA, op. cit. en nota 253, p. 25; MARTÍN PÉREZ, op. cit en nota 244, pp. 286 y ss.; GRAMUNT, op. cit. en nota 35, pp. 117 y ss.

[614]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 253, p. 25.

[615]Vid. GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 117.

[616]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 253, p. 25; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit en nota 25, p. 468.

[617]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 469; en contra se pronuncia BADOSA, que considera que las dos causas legales de atribución de los riesgos, mora y compromiso de entrega de una misma cosa a dos o más personas diversas, consisten en una sanción que se le impone al deudor por su comportamiento. Vid. op. cit. en nota 253, p. 25; vid. también ALBALADEJO, pero con otros argumentos: «Mas, al cargar sobre aquél la responsabilidad en tal hipótesis, no se hace con carácter de sanción, es decir, porque la destrucción haya tenido lugar después de constituirse en mora (*post moram*), sino porque se piensa que tuvo lugar a consecuencia de la mora (*propter moram*)». Cfr. op. cit. en nota 83, p. 372.

ni siquiera entre el daño y la mora[618].

Nos encontramos ante una norma de distribución de los riesgos, es decir, de concretar sobre quien recae el riesgo de la imposibilidad física o legal de la prestación de hacer o del perecimiento de la cosa debida, cuando éstas han sobrevenido fortuitamente[619].

Por tanto, cuando el deudor está constituido en mora asume los riesgos fortuitos o inimputables que sobrevenidamente impidan el cumplimiento de la prestación. En este caso, la mora se considera el fundamento de la atribución de tales riesgos al obligado[620].

Estar constituido en mora significa, única y exclusivamente, que el deudor ha asumido, o se le han atribuido los riesgos fortuitos y, en consecuencia, si la cosa perece de modo imprevisto, o el servicio deviene imposible, ha de serle imputada tal imposibilidad, porque le ha sido atribuida[621].

De este modo, la *perpetuatio obligationis* se constituye, precisamente, en el instrumento del que se sirve el artículo 1.096 III para imputar el riesgo al deudor constituido en mora[622].

---

[618]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 470; en otro sentido MARTÍN PÉREZ indica que: «En el sentido de que no se trata de responsabilidad del deudor por los daños -de los que no es culpable-, sino de la asunción de los riesgos ante el caso fortuito. Normalmente se exonera de ellos al deudor, pero de este principio (representado por el § 275 en el Código civil alemán y por el 1.182 en el nuestro) se desvía el legislador cuando el deudor no lo merece por su conducta. Lo cual supone, evidentemente, una *valoración* de ésta, pero no para establecer una relación de causalidad culpable con los daños, sino para calificar -objetivamente- el comportamiento del deudor. Y parece que esta perspectiva es la que nos puede explicar que el Código reúna en un mismo supuesto y disponga los mismo efectos, en el caso del deudor moroso y aquel otro del que se obliga a entregar una misma cosa a dos o más personas. En este último no puede reconocerse aún culpa en un incumplimiento, sino, meramente, conducta que no es correcta ni honesta». Cfr. op. cit. en nota 244, pp. 290-291.

[619]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI señalan, a este propósito, que los efectos de la mora se polarizan en torno al riesgo, en el sentido de impedir la normal función liberatoria de la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor. Vid. op. cit. en nota 54, p. 266; vid. igualmente a MAGAZZÚ, *Mora del debitore, Enciclopedia del Diritto, T. XXVI*, Milano, 1984, p. 945.

[620]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que, además, apunta que: «pero, en ningún caso, como ha entendido parte de la doctrina, la causa de la responsabilidad por el caso fortuito, de tal modo que sería una *condicio sine qua non* de la misma». Cfr. op. cit. en nota 25, p. 471.

[621]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 54, p. 270; GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 120.

[622]Vid. BADOSA que observa como: «este instrumento no lo cita el propio artículo pero sí lo hacen sendas remisiones de otros artículos; la del art. 1.183 que subraya su carácter excepcional («y sin perjuicio de...») y la del art. 1.452 I; ambos artículos coinciden en vincular el art. 1.096 (se sobreentiende que sólo su párrafo III) con la imposibilidad de la prestación y su efecto excepcional: la *perpetuatio obligationis*. Evidentemente, ello sólo es factible si los «casos fortuitos» a que alude el art. 1.096 III producen la pérdida total de la cosa y no en caso de deterioro o pérdida parcial. En estos últimos la solución sigue hallándose en el seno de los arts. 1.182 y ss.,

Aunque esta norma se refiera exclusivamente a las obligaciones de dar, la doctrina ha admitido el efecto *post moram* de la *perpetuatio* en las obligaciones de hacer[623].

Cabe, por tanto, señalarse que en las obligaciones de hacer el deudor constituido en mora asume los riesgos de la imposibilidad física o legal de la prestación que, sobrevenida y fortuitamente, haya malogrado el cumplimiento de la obligación.

Cuando el deudor de un *facere* está en mora, es un deudor incumplidor que puede todavía ejecutar la prestación, pero si ésta deviene imposible, legal o físicamente, aunque sea como consecuencia de un acontecimiento que no le pueda ser imputado, no por ello se ve liberado[624], su obligación se perpetúa, y ha de satisfacer su estimación[625].

Se ha observado, en este sentido, que la *perpetuatio* se produce mediante un cambio del objeto debido, que se «reemplaza» por aquello que mejor puede «representarlo», es decir, por su valor en dinero[626].

En las obligaciones de hacer, la sustitución del servicio por su valor en dinero, es admitida en nuestro Código civil y, como ejemplos, cabe citar el párrafo segundo del artículo 1.135, que se refiere al valor «del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible»; el último párrafo del artículo 1.136, que señala que las «mismas reglas se aplicarán a las obligaciones de hacer o de no hacer, en el caso de que algunas o todas las prestaciones resultaren imposibles»; y, por último, el segundo párrafo del artículo 1.147, en el que el término «precio» alude tanto al perecimiento de la cosa como a la imposibilidad de la prestación[627].

---

concretamente en la aplicación analógica del art. 1.185: si la pérdida total de la cosa es «suplida» por su «precio» en dinero, la pérdida parcial o deterioro serán «complementados» por el valor de lo perdido o deteriorado». Cfr. op. cit. en nota 253, p. 26.

[623]Vid. BADOSA, *Comentario al artículo 1.184 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 260; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit. en nota 262, p. 264; GRAMUNT, op. cit. en nota 35, pp. 119-120.

[624]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 471.

[625]Cfr. GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 118; BADOSA, *Comentario al artículo 1.185 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 262.

[626]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 625, p. 262.

[627]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 625, p. 262.

Sin embargo, esta mutación del objeto debido por su valor económico tiene una entidad desigual según se refiera a obligaciones de dar o de hacer.

En las obligaciones de dar, solamente cambia su objeto, la obligación permanece, en tanto que su naturaleza de obligación de dar se mantiene intacta. En este caso, la obligación consistirá en dar una cantidad de dinero en lugar de su objeto originario.

Por el contrario, en las obligaciones de hacer, la *perpetuatio* conlleva, además, una modificación de su naturaleza, pues el *facere* debido cambia y se convierte en dar una cuantía pecuniaria.

En ambos supuestos, obligaciones de dar y de hacer, no debe entenderse que surge una segunda obligación que sustituye a la primera extinguida, sino que es la misma obligación que continúa[628].

3.3. LA PRUEBA DE QUE EL OBJETO DE LA PRESTACIÓN HUBIERA PERECIDO DEL MISMO MODO EN PODER DEL ACREEDOR

La cuestión relativa a si cabe o no admitir que el deudor moroso pueda aportar, para eximirse de responsabilidad, la prueba de que el objeto de la prestación se hubiera igualmente perdido en poder del acreedor, de haberse cumplido tempestivamente la obligación, ha sido ampliamente debatida en nuestra doctrina, que ha centralizado la discusión únicamente a propósito de las obligaciones de dar.

En los Ordenamientos Jurídicos cercanos al nuestro, esta materia se encuentra especialmente regulada y articulada en sus cuerpos legales correspondientes.

En el *Codice civile* italiano de 1942, señala su artículo 1.221 que si después de la constitución en mora, la prestación ha devenido sobrevenidamente imposible, por una causa no imputable al deudor, éste responde también, salvo que pruebe que el objeto de la

---

[628]En este sentido, indica BADOSA lo siguiente: «Esto lo deja claro el contexto de los arts. 1.182 y ss. que oscila únicamente entre la extinción o la subsistencia de la obligación sin admitir como tercera posibilidad, la de «substituir» la obligación extinguida por otra nueva. Con esta precisión, la *perpetuatio obligationis* se contrapone a la novación y determina que, dado que la obligación permanece, subsiste en toda su integridad su régimen jurídico: mancomunidad o solidaridad (ex art. 1.147 II «todos serán responsables para con el acreedor por el precio») y las garantías; solamente un cambio será imprescindible por la naturaleza del nuevo objeto: la obligación se convertirá en divisible». Cfr. op. cit. en nota 625, pp. 262-263.

prestación se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor[629].

El artículo 1.302 del *Code civil* francés dispone que cuando el deudor está en mora, éste puede exonerarse si acredita que la cosa hubiera igualmente perecido en poder del acreedor si aquélla se hubiera entregado[630].

El Código suizo de las obligaciones dispone en su artículo 103.2°, que la responsabilidad del deudor constituido en mora cesa si prueba que el caso fortuito habría afectado a la cosa debida, en perjuicio del acreedor, del mismo modo que si el cumplimiento hubiera tenido lugar a tiempo[631].

El B.G.B. alemán precisa, en su § 287.2°, que el deudor es también responsable de la imposibilidad de la prestación sobrevenida por caso fortuito acaecido durante la mora, a no ser que el daño también hubiese tenido lugar en caso de que la prestación hubiese sido oportunamente cumplida[632].

El artículo 807.2° del Código civil portugués decreta que, en el supuesto del deudor constituido en mora, queda a salvo la posibilidad de probar que el acreedor habría sufrido igualmente los daños, si la obligación hubiese sido cumplida a tiempo[633].

Sin embargo, en nuestro Ordenamiento civil no existe regulación expresa en esta materia. No obstante, y respecto al pago de lo indebido, dispone el artículo 1.896.2° que el deudor de mala fe que recibe un pago indebido, puede exonerarse de la responsabilidad por caso fortuito si acredita que éste «hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó».

La doctrina española se encuentra dividida acerca de la posibilidad de admitir o no esta excepción, la prueba de que el fortuito hubiera afectado del mismo modo al acreedor, en el supuesto de que la prestación se hubiera ejecutado tempestivamente, a la responsabilidad del deudor moroso.

---

[629]Vid. por todos GALGANO, op. cit. en nota 12, p. 74.

[630]Vid. por todos WEILL et TERRÉ, op. cit. en nota 168, p. 476.

[631]Vid. por todos ENGEL, *Traité des obligations en Droit suisse*, Neuchatel, 1973, p. 467.

[632]Vid. LARENZ, op. cit. en nota 375, p. 351; MEDICUS, op. cit. en nota 368, p. 189.

[633]Vid. ALMEIDA COSTA, *Noçoes de Direito civil*, Coimbra, 1991, p. 297; NETO, *Código civil anotado*, Lisboa, 1995, p. 564.

Para las doctrinas de corte subjetivistas, la constitución en mora del deudor supone una sanción para el mismo por su comportamiento, lo cual implica una situación de especial agravación de la responsabilidad[634], que no admite, en modo alguno, excepciones a tal penalidad, puesto que de lo contrario, tal instituto carecería de validez. La constitución en mora genera el efecto de la *perpetuatio obligationis* que implica la continuación del vínculo jurídico obligatorio, que, de esta forma, se hace insensible a cualquier evento que, de otra manera, provocaría la extinción del mismo[635].

Igualmente, se ha señalado que si la culpa, que se exige para la agravación de la responsabilidad del deudor, debe referirse exclusivamente al retraso en el cumplimiento y no necesariamente al daño causado, parece que nos encontramos ante una hipótesis de responsabilidad objetiva, de tal modo que bastaría que se dieran los elementos propios de ella para que se produjera automáticamente tal efecto, que consiste en que el deudor moroso responde también de los casos fortuitos, y sin que este resultado pudiera ser eludido en virtud de «aseveraciones intempestivas o demostraciones improcedentes, en cuanto no previstas por la ley, para excluir la sobrecarga de responsabilidad»[636].

Para otros autores, es inviable, por no considerarla operativa, admitir la excepción que contempla el artículo 1.896 II dentro del ámbito de la *mora solvendi*[637].

En esta línea, se ha observado que no puede sostenerse que exista una conexión ocasional o causal entre mora y caso fortuito, como sucede con el artículo 1.302 del *Code* francés. El artículo 1.096 III de nuestro Código civil no limita la imputación del riesgo a la hipótesis de que la cosa habría igualmente perecido en poder del acreedor, sino que únicamente se inclina por la mora como criterio cronológico de traspaso del riesgo -*post moram*-. La influencia de la imputación de riesgos -artículo 1.096 III- sobre la materia de la pérdida de la cosa debida -artículo 1.182- es el motivo por el que este último artículo

---

[634]Cfr. MANRESA, op. cit. en nota 83, p. 130.

[635]Vid. SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica, Tomo II. Derecho de obligaciones*, Madrid, 1973, p. 542; vid. también CASTÁN, op. cit. en nota 566, pp. 215-216.

[636]Vid. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, op. cit. en nota 51, p. 102.

[637]Para GRAMUNT la inviabilidad es una consecuencia de la particular regulación que se hace en el Código civil, «puesto que nada impediría su efectividad en caso de haberse formulado en el modo que lo hacen los arts. 1.302 C.c. francés o 1.221 C.c. italiano». Cfr. op. cit. en nota 35, p. 125.

contempla la pérdida *post moram*, sin tener en cuenta la excepción del artículo 1.896 II, en vez de considerar la pérdida *propter moram*[638].

En materia de *perpetuatio*, por tanto, sería intrascendente que el artículo 1.182 del Código se condujera en virtud de un criterio ocasional, puesto que al ser más extenso el del artículo 1.096 III, el primero siempre quedaría asimilado por este último[639]. Al determinarse por el Código civil un régimen cronológico para la imputación del riesgo, con un punto de referencia en la mora, la imposibilidad subsecuente a la misma no puede regirse por otro criterio que no sea el igualmente temporal y, por ello, la obligación se perpetúa por la pérdida *post moram* del objeto, no por la pérdida *propter moram*, por lo que la eventual excepción contemplada en el artículo 1.896 II, no tendría nunca eficacia respecto del artículo 1.182[640].

Por el contrario, otros autores son partidarios de admitir la señalada excepción a la responsabilidad por caso fortuito del deudor moroso, en tanto que entienden que la asunción por éste de la responsabilidad por los fortuitos no tiene un carácter de sanción. No se le atribuye tal responsabilidad por considerar que la pérdida o destrucción de la cosa haya tenido lugar después de haberse constituido en mora -*post moram*-, sino porque ésta tuvo lugar precisamente como consecuencia de la situación de mora -*propter moram*-. De tal modo que se presume que la cosa que se ha destruido en poder del deudor, aunque sin su culpa, no lo habría hecho en poder del acreedor. Por ello, si el obligado prueba que la cosa igualmente hubiera perecido en poder del acreedor, de haber cumplido a tiempo, éste se eximiría de tal responsabilidad, puesto que esta prueba acredita que la cosa no se destruyó

---

[638]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 153, p. 934.

[639]Señala BADOSA, en este sentido, que: «La justificación de esta identidad de regulaciones de los arts. 1096,3 y 1182 en cuanto a la *mora solvendi*, es evitar que una misma situación, la pérdida *post moram*, sea objeto de regulaciones diferentes, de las cuales una, la más restrictiva, estaría condenada a no aplicarse nunca. En efecto, si la pérdida *post moram* se regula como tal (es decir, prescindiendo de la excepción del art. 1896,2) en el artículo 1096,3 y se regulara como *propter moram* (o sea, admitiendo la excepción del art. 1896,2) en el art. 1182, tendríamos que esta última sería superflua. La razón es evidente, la primera regulación es más extensa que la segunda y, por tanto, la absorbería siempre». Cfr. op. cit. en nota 153, p. 934; vid. igualmente, GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 128.

[640]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 153, p. 934 y en op cit. en nota 253, p. 25; asimismo vid. GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 128.

propter moram[641].

Los argumentos que se esgrimen a favor de tal postura son los siguientes: en primer lugar, el artículo 1.105 acoge un criterio restrictivo de la responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor[642]. Y, en segundo lugar, el artículo 1.896 II exime de responsabilidad por caso fortuito al deudor de mala fe, cuando aquél hubiera podido afectar del mismo modo a la cosa estando en poder del acreedor. Sería absurdo, en este sentido, considerar que únicamente, en virtud de la norma citada, se eximiera de responsabilidad al deudor en el supuesto concreto que contempla, lo cual sería lo mismo que admitir que, solamente, puede exonerarse de responsabilidad por caso fortuito el deudor doloso pero no el culposo y, parece ser que, por regla general, este último, en principio, incurriría en mora con mayor frecuencia que aquél. Por tanto, se concluye que la disposición del artículo 1.896 II del Código es aplicación de una regla de carácter general, acogida por nuestro Ordenamiento, aunque no formulada explícitamente[643].

Asimismo, se señala, en esta misma dirección, que el deudor que incurre en mora se encuentra en una situación jurídica reprochable, pero de ninguna manera de peor condición que la que contrae quién de mala fe recibe algo que sabe que no le es debido. Por el contrario, es éste último quién se encuentra en una situación de más difícil justificación, pues, es mucho más grave aceptar conscientemente aquello que a uno no le pertenece, que retrasar a sabiendas lo que se adeuda[644].

A los anteriores argumentos, se les ha criticado el que los paliativos que suponen la aplicación del artículo 1.896 II a los problemas de interpretación del artículo 1.096.3°, recuerdan a la benignidad de la solución posclásica, y no encajan de modo exacto con la

---

[641]Cfr. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 202.

[642]Vid. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 202; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990, p. 97; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *en ENNECCERUS*, op. cit. en nota 368, p. 280.

[643]Cfr. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 202; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, op. cit. en nota 642, p. 97; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español, Tomo III, Vol. I*, Barcelona, 1966, p. 177; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 183; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 150, p. 219 y nota 240; PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1058 y nota 94.

[644]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 196; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 183.

claridad de la letra de la ley y con las consecuencias inevitables de la agravación de la responsabilidad por el hecho mismo de la mora[645].

En la misma línea, se considera que el mayor inconveniente que plantea la aplicación analógica del precepto del artículo 1.896 II a la situación de *mora solvendi*, supone que éste se refiere al cobro de lo indebido por un deudor de mala fe y, por tanto, no parece que haya una identidad de razón entre el supuesto contemplado en esta norma y el de la mora del deudor[646].

Por otro lado, se estima que el significado de esta excepción de la responsabilidad por los fortuitos en el deudor moroso, se halla en que se presume la relación causal entre el retraso imputable en el cumplimiento de la obligación y la imposibilidad sobrevenida ulteriormente. En este momento, el deudor deberá probar que los daños causados por la imposibilidad de la prestación habrían tenido lugar también si el cumplimiento se hubiera verificado a tiempo[647].

Para otros autores, sin embargo, deben distinguirse los supuestos en los que el evento hipotéticamente lesivo es anterior al suceso efectivamente consumado, de aquellos otros en los que tal acontecimiento es posterior. En la primera hipótesis, cuando el daño surge efectivamente como consecuencia del hecho ilícito, pero, incluso sin este acto, aquél se hubiera producido como resultado de otros incidentes, se entiende que la responsabilidad

---

[645]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 639; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 469.

[646]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que, además, observa que los elementos que conformarían el supuesto de hecho para que se diera esta situación de analogía serían los siguientes: 1°. Existencia de una situación jurídica de mora en el deudor. Para la autora el deudor responde de la pérdida de la cosa debida no porque haya ocurrido después de la mora, sino porque con la mora ha asumido su imputabilidad. 2° Pérdida posterior a la mora, por caso fortuito de la cosa cierta y determinada que debía entregar el deudor moroso. La autora habla de caso fortuito en sentido estricto, lo cual supone la ausencia de elemento subjetivo alguno y, por ello, sin nexo de causalidad entre el deudor y la consecuencia efectivamente producida. 3°. Acaecimiento de un caso fortuito, independiente de que sea anterior, coetáneo o posterior al fortuito que efectivamente destruyó la cosa que se encontraba en poder del deudor. Cfr. op. cit. en nota 25, pp. 486-488.

[647]Cfr. LARENZ, que también indica como la doctrina dominante entiende que toda relación causal, aunque no sea «adecuada», entre el retraso y la imposibilidad de la prestación derivada del mismo, es suficiente para fundamentar una responsabilidad agravada por mora. «Según esta deducción, el deudor respondería también cuando, p. ej., la mercancía enviada con retraso perece después a causa de un accidente ferroviario -aunque el riesgo de un daño semejante no se ve generalmente aumentado por el retraso del envío. Con razón la doctrina dominante ve precisamente en el § 287, inc. 2, no obstante su texto literal, no una disposición sobre responsabilidad del deudor -que difícilmente podría ser extendida hasta tal extremo-, sino sobre la asunción del riesgo». Cfr. op. cit. en nota 375, p. 352; Vid. también MEDICUS, op. cit. en nota 368, p. 189.

del deudor no es manifiesta pues, en principio, falta el requisito del nexo de causalidad[648]. Cuando, por otro lado, el evento hipotéticamente perjudicial sobreviene después del que realmente causó el daño, la responsabilidad del deudor no desaparece. En este último caso, el deudor no se libera por aquellos imprevistos que hubieran podido originarse con posterioridad a aquél que efectivamente provocó el menoscabo[649].

Finalmente, se ha observado que no es necesario polemizar excesivamente sobre esta materia. En el supuesto del deudor moroso, la relación obligatoria no se perpetúa, sino que éste no se libera de la responsabilidad que recae sobre él en virtud de los artículos 1.105 y 1.182, lo cual supone que asumirá la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que el incumplimiento definitivo de la prestación inimputable haya podido ocasionar al acreedor. Si la prestación deviene imposible, ya no podrá ejecutarla, pero no por esto se libera, pues, en definitiva, al no haber cumplido tempestivamente, el deudor se ha puesto por sí solo en condición de no poderlo ya realizar[650].

De este modo, como la presunción que se encuentra en la base de la *perpetuatio obligationis,* comporta el que la imposibilidad definitiva de la prestación no hubiera sobrevenido, si el deudor hubiese cumplido a tiempo, se debe admitir la prueba de que igualmente la misma se hubiera imposibilitado si se hubiera ejecutado en su momento oportuno. En este sentido, se entiende que el acreedor no habría sufrido perjuicio alguno derivado de tal incumplimiento definitivo, pues, igualmente, se habría visto privado de la cosa o del servicio que, en su caso habrían formado ya parte de su propio patrimonio. Ello no es obstáculo para reconocer que, en este supuesto, el deudor deba indemnizar por los daños ocasionados por el incumplimiento temporal, aunque si se acepta la prueba liberatoria, no por el definitivo.

---

[648]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 493-494.

[649]Señala, a este respecto DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ lo siguiente, a propósito de las teorías de VON THUR: «Critica muy agudamente PANTALEÓN el «maniqueísmo» del maestro al ejemplificar su planteamiento mediante la figura de un deudor moroso que cuida negligentemente la cosa objeto de la prestación y, a consecuencia de ello, ésta se pierde. «El hecho generador de responsabilidad -aclara el autor- no es la conducta constitutiva de mora («la no-entrega-tempestiva» cuya eliminación mental consiste en la «entrega-tempestiva», que habría permitido la eficacia real del fortuito incendio), sino la constitutiva de negligencia posterior («dejar -la-cosa-incustodiada»). No se responde en ese caso según el 287.2 del BGB, sino según el 287.1, en relación con el 276 y 280.I de dicho Código (es decir, respondería por culpa)». Cfr. op. cit. en nota 25, p. 495.

[650]Vid. NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 54, p. 269.

Por tanto, en este caso, es indiferente el momento al que haga referencia el evento hipotéticamente productor del daño, pues el sentido de tal prueba liberatoria es el de determinar que el acreedor habría sufrido el mismo perjuicio, como consecuencia de la exclusión del objeto que ya formaba parte de su patrimonio. Al haber ya afectado a la cosa tal evento efectivamente productor del daño, ya no se trata de un supuesto que deba ir referido al tiempo, sino al daño resarcible, como efecto económico negativo[651].

Por último, y de otro modo, se ha señalado que no hay razones suficientes para conservar la regla de que el deudor moroso responde de la pérdida o destrucción de la cosa debida ocurrida durante la mora, cuando tales eventos no sean objetivamente imputables a la misma, es decir, cuando no sean, en los términos del artículo 1.107 del Código civil, consecuencia necesaria de ella[652].

En este sentido, se indica que cuando la prestación deviene imposible en situación de mora del deudor, son posibles las siguientes hipótesis: 1. Que el suceso inmediatamente causante de la imposibilidad pueda serle subjetivamente imputado al deudor. En este caso, responderá del daño ocasionado por la imposibilidad según las reglas generales, es decir, como si no hubiese estado constituido en mora; 2. Que el suceso directamente causante de la imposibilidad sea un caso fortuito, pero pueda serle objetivamente imputado al no cumplimiento a tiempo del deudor. En este supuesto, el deudor responderá del daño resultante de la imposibilidad, como de cualquier otro daño objetivamente imputable a la mora, y según las reglas generales de los artículos 1.101 y 1.107 del Código; 3. Que el suceso inmediatamente causante de la imposibilidad sea un caso fortuito, pero no pueda ser considerado como objetivamente imputable a la situación mora. Aquí el deudor únicamente responderá del daño resultante de la imposibilidad, si una norma especial lo dispone de ese modo. En esta última hipótesis, la responsabilidad del deudor por una imposibilidad

---

[651]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 496-497.

[652]Cfr. PANTALEÓN que, además, indica que no cabe que el deudor moroso responda de los menoscabos ocasionados por un fortuito que objetivamente no sea imputable a la mora, «por más que la mora haya sido condición *sine qua non* de la pérdida o destrucción, ya que ésta no se hubiera producido del mismo modo en los mismos lugar y tiempo (por el mismo caso fortuito) de haber cumplido el deudor tempestivamente. Creo, por tanto, que el último párrafo del artículo 1.096 y el inciso final del artículo 1.182 CC no merecen ser conservados. Y que es un claro acierto de Derecho uniforme sobre compraventa internacional y de los Principios de UNIDROIT y del Derecho Contractual Europeo no contener ninguna norma así: que sería superflua, o reflejaría ideas punitivas ajenas a la función exclusivamente resarcitoria de la responsabilidad contractual». Cfr. op. cit. en nota 173, pp. 1740-1741.

objetivamente inimputable puede regularse de tres modos distintos: en primer lugar, que se señale que el deudor moroso responderá en todo caso; en segundo lugar, que se disponga que el deudor moroso responderá, salvo que el mismo caso fortuito hubiera afectado del mismo modo al bien objeto de la prestación en el ámbito del acreedor, de haberse cumplido a tiempo la obligación; y en tercer lugar, que se establezca que el deudor moroso responderá siempre, salvo que el bien objeto de la prestación se hubiese perdido o destruido en poder del acreedor, por el efecto del mismo caso fortuito, o de otro suceso que no hubiese dado lugar a responsabilidad de un tercero, de haber cumplido el deudor tempestivamente la obligación[653].

Por otro lado, las conclusiones extraídas por la doctrina en el seno de las obligaciones de dar, no son del todo extrapolables a las obligaciones de hacer.

En esta materia, no debe pretenderse la asignación de reglas de carácter general, aplicables a todo tipo de obligaciones de hacer, sobre todo si tenemos en cuenta la gran amplitud de variedades de las mismas, así como las diferencias existentes entre unas y otras.

Conviene, en este punto, distinguir, entre obligaciones de puro hacer y obligaciones de hacer relativas a cosas[654]. En las primeras, su objeto es una actividad que no tiene incidencia alguna sobre cosas, la realización de la prestación se agota en una conducta alejada total e independientemente de cualquier cosa o ente objetivo[655]. En las segundas, la

---

[653]Cfr. PANTALEÓN que, asimismo, señala, en relación a estas opciones lo siguiente: «La primera de estas tres opciones -responsabilidad «sin relación de causalidad», si de relación causal cupiera hablar con propiedad respecto de las omisiones- sólo la prevén algunos ordenamientos para la obligación de restitución nacida de delito (cfr. arts. 1302.IV CC francés, 1221.II CC italiano y, más discutible, 1.185 CC español). La segunda -sólo se responde si la mora es *condicio sine qua non* del fortuito causante de la imposibilidad -es la que en nuestro Código prevén los artículos 1.096.III, 1.182 y, a *maiore ad minus*, 1.896.II. Y la tercera, que conlleva dar relevancia exoneradora a las «causas hipotéticas de daño», es la acogida, por ejemplo, en el último inciso del § 287 BGB; siendo opinión absolutamente dominante que no exonerarán aquellas causas hipotéticas que habrían provocado el daño en el ámbito del acreedor que hubiese recibido puntualmente el bien objeto de la prestación después de la efectiva pérdida o destrucción del mismo en el ámbito del deudor». Cfr. op. cit. en nota 173, pp. 1740-1741, nota 71.

[654]Vid. FERRONI, op. cit. en nota 290, p. 131; ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969, pp. 92 y ss.; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, pp. 476 y ss.

[655]Tal es el caso de obligaciones consistentes en dar un recital de canto, o un concierto por un instrumentista, o la realización de una encuesta. Vid. en este sentido ZARRELLI, op. cit. en nota 654, p. 94; FERRONI, op. cit. en nota 290, pp. 157 y ss.; para MORENO QUESADA en este tipo de prestaciones, la actividad debida no produce una modificación del mundo exterior sino mediante la recepción por otro sujetos de la actividad misma. Vid. op. cit. en nota 152, p. 477.

conducta del deudor hace referencia a una cosa o ente material, aunque en éstas, las cosas permanecen en un plano secundario con respecto al comportamiento que constituye el objeto de la obligación. En estos supuestos, en determinados casos, la conducta del deudor se inclina hacia la producción de una cosa, de tal modo que ésta constituye el resultado de la prestación[656] y, en otros, la conducta del deudor no tiene por objeto la producción de una cosa, aún siendo ésta el punto de referencia objetivo de tal actividad, esto ocurre cuando la cosa preexiste a la relación y no constituye el resultado de la prestación[657].

Para aquellas prestaciones de hacer que se refieren a cosas, podrían admitirse las mismas conclusiones a las que ha llegado la doctrina a propósito de las obligaciones de dar. Si se admite la prueba liberatoria en el caso del deudor constituido en mora, éste tendría que probar que el fortuito igualmente habría afectado al acreedor si la prestación se hubiese cumplido de modo tempestivo.

En el supuesto, por ejemplo, de que el deudor tuviese la obligación de reparar un automóvil, si éste no cumplió su obligación a tiempo, y fue constituido en mora por el propietario-acreedor, cabría admitir que, si el vehículo se destruye fortuitamente en su taller, éste pudiera acreditar que la inundación que sobrevino, en un momento posterior a su constitución en mora, del mismo modo hubiera producido la pérdida del vehículo, pues su propietario lo estacionaba siempre en un garaje que fue totalmente anegado como consecuencia de tal evento catastrófico.

En la obligación consistente en la construcción de un edificio, si se admite la prueba exoneratoria, el deudor en mora podría acreditar que la destrucción del inmueble, como consecuencia de una grave tormenta, con considerable aparato eléctrico, igualmente hubiera destruido el inmueble si la obra hubiera sido concluida a tiempo, y estando la misma en poder del acreedor.

---

[656] Por ejemplo, la construcción de un edificio. Vid. ZARRELLI, op. cit. en nota 654, p. 92; FERRONI, op. cit. en nota 290, pp. 98 y ss.

[657] En este sentido indica ZARRELLI que tal es el caso de las prestaciones de transportar o de custodiar una cosa. La cosa que debe ser trasportada o custodiada existe independientemente de la actividad del deudor que tiende a producir un hecho consistente en un modo de ser o estar de la cosa. Estas prestaciones no tienen por objeto una cosa, sino una utilidad que se refiere a la misma cosa. «Objeto de la prestación de transportar es el estar la cosa en un determinado lugar, objeto de la prestación de custodiar es la conservación de la cosa en el mismo estado y lugar». Cfr. op. cit. en nota 654, pp. 92-93; vid. también, FERRONI, op. cit. en nota 290, pp. 101 y ss.

En la obligación consistente en la reparación de unas tuberías de fontanería de una determinada vivienda, si se admitiera la prueba liberatoria para el deudor constituido en mora, éste podría acreditar que la inundación que sobrevino en la señalada morada, tras unas lluvias torrenciales, se hubiera producido del mismo modo, de haber cumplido tempestivamente su obligación.

En la obligación consistente en la plantación de una cosecha de trigo, si se admite la prueba exoneratoria para el deudor incurso en mora, si las semillas se destruyen fortuitamente, en un momento posterior a su constitución en mora, en los almacenes en los que se depositaban las mismas (incendio, inundación, plagas), el obligado podría acreditar que el granizo que asoló la comarca, tanto la finca en donde debía proceder a plantar las semillas que se destruyeron en el almacén como las fincas colindantes, hubiera igualmente destruido la cosecha de haberse cumplido tempestivamente la obligación.

Si embargo, en las prestaciones de puro hacer, las soluciones a este respecto no son tan claras. En este sentido, se ha señalado que, en relación a los servicios, éstos quedan consumados una vez cumplida la prestación, de modo que no pueden verse perjudicados por una imposibilidad que recaiga sobre su autor con posterioridad a su realización. La mora *solvendi*, por ello, debe ser considerada siempre como «ocasión» de la imposibilidad sobrevenida del servicio, ya que de haberse realizado en su momento, la causa determinante de tal imposibilidad posterior, no la habría afectado[658].

Por tanto, en estos casos, el deudor no podría disponer de tal prueba liberatoria, en tanto que se infiere que si éste hubiera cumplido a tiempo, el fortuito no habría afectado al servicio del mismo modo estando ya en poder del acreedor.

No obstante, cabría admitir tal prueba liberatoria para el deudor moroso, en determinadas prestaciones de puro hacer. En este caso, podría acogerse la fórmula utilizada por el artículo 807.2° del Código civil portugués, que admite la prueba liberatoria en el supuesto de que el deudor acredite que el acreedor habría sufrido igualmente los daños de haberse cumplido a tiempo la prestación.

En la obligación consistente, por ejemplo, en la representación de una obra de teatro, durante un cierto tiempo, si el deudor se encuentra constituido en mora, pudiera suceder que

---

[658]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 623, p. 260; vid. también, PADILLA, op. cit. en nota 1, pp. 537-538.

al día siguiente de tal situación, un incendio fortuito destruyera el teatro donde debía cumplirse la obligación, e hiciera imposible su cumplimiento posterior. En esta hipótesis, si se admite la prueba liberatoria, el deudor podría acreditar que el fortuito habría igualmente afectado al acreedor de haberse cumplido tempestivamente la prestación.

En cualquier caso, no debe desatenderse el criterio anteriormente señalado, en virtud del cual, en los servicios, una vez cumplidos, la causa determinante de una imposibilidad posterior no hubiera incidido sobre los mismos.

Por ello, se concluye que, en las obligaciones de puro hacer, es necesario un estudio individual de cada hipótesis, ya que cabría admitir supuestos en los que tal imposibilidad no podría afectar a la prestación, si ésta se hubiera cumplido a tiempo y otros en los que sí podría acogerse.

De este modo, se hace necesario un estudio caso por caso de cada asunto planteado, y analizar todos y cada uno de los elementos que puedan incidir en el cumplimiento de la relación obligatoria, tales como los sujetos de la misma, la naturaleza de la prestación y las circunstancias de tiempo y lugar, así como toda posible causa que pueda, en cierta medida, afectar al mismo, para determinar si, en un supuesto concreto, es posible aceptar que el caso fortuito habría igualmente afectado al acreedor, si la prestación se hubiera ejecutado tempestivamente, o por el contrario, determinar que, cuando la obligación se hubiera cumplido a tiempo, el fortuito no le habría perjudicado y, por lo tanto, deba el deudor responder también de la imposibilidad física o legal de la prestación, a él no imputable, sobrevenida tras su constitución en mora.

4. LA IMPOSIBILIDAD FÍSICA O JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN DE HACER. EL ARTÍCULO 1.184 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.184 del Código civil[659] se ocupa de la liberación del deudor en las obligaciones de hacer, cuando su cumplimiento deviene física o legalmente imposible.

En virtud de esta norma, el deudor queda exento de responsabilidad cuando la prestación sobreviene legal o físicamente imposible, de modo definitivo, siempre y cuando esta imposibilidad no le pueda ser imputada y, en todo caso, antes de ser constituido en mora.

A tal conclusión permite llegar la inclusión en este precepto del adverbio «también», que debe ser interpretado en el sentido de que expresa la conexión entre el artículo 1.184 con lo preceptuado en el artículo 1.182[660].

Por tanto, en las obligaciones de hacer el deudor se libera de la responsabilidad por incumplimiento, si éste ha sido motivado por una imposibilidad, física o legal, de la prestación que no le pueda ser imputada y, siempre que ésta acaezca antes de que haya sido constituido en mora.

A esta misma conclusión llega nuestro Tribunal Supremo, pero mediante la utilización del factor culpa, según la dicción literal del artículo 1.182, como criterio subjetivo de imputación. De este modo, señala que la imposibilidad de la prestación, para liberar al deudor, ha de ser sin culpa y anterior a la mora[661].

---

[659]Artículo 1.184 del Código civil. «También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible».

[660]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 623, p. 259; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 193; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit. en nota 262, p. 266; PASCUAL ESTEVILL, LUIS, *Derecho de daños, Tomo I*, Barcelona, 1995, p. 544; BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 68.

[661]Vid. a este respecto la Sentencia de 23 de febrero de 1994 (R.J.A. núm. 683), cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: La entidad Transmet, S.A. formuló demanda de menor cuantía contra don Santiago C.T. sobre resolución de contrato de compraventa celebrado entre las partes. El objeto de la compraventa consistía en la construcción de una parte de una nave industrial, la cual se proponía edificar la vendedora Transmet, S.A., y que, solicitada la preceptiva licencia municipal, le fue denegada. El Tribunal Supremo considera que tal denegación de la licencia de construcción constituye un supuesto de imposibilidad de la prestación y sin que quepa imputar a la entidad demandante una actuación culposa excluyente de su liberación obligacional, «sino que la dificultad presentada por la denegación fue de tal entidad que resulta suficiente para determinar una imposibilidad determinante de la aplicación del artículo 1184». En este sentido declara que: «... pero es que, además, un cierto grado de previsibilidad de que podían sobrevenir circunstancias que hicieran imposible la prestación no debe

Por otro lado, es de destacar que, en relación a los dos preceptos anteriores, el artículo 1.184 alude a la «liberación» del deudor, mientras que el otro, artículo 1.182, se refiere a la «extinción» de la obligación.

Ello no obstante, se ha observado que el término «liberación del deudor» debe entenderse que tiene el valor de sinonimia con la expresión «extinción de la obligación»[662]. Esto se evidencia en las obligaciones de hacer en virtud de la singular conexión entre el *facere* y la persona del deudor que, como regla general, se le considera el autor de la conducta debida -*ex* artículo 1.098-, de esta manera, se estima que la imposibilidad del *facere* determina que el deudor no deba actuar y, en definitiva, se libere[663].

Asimismo, se ha señalado, además, que el artículo 1.184 expresa algo que es todavía más específico de esta concreta causa de extinción de la obligación de hacer, y es que el deudor se libera del vínculo obligatorio con independencia de cualquier actuación suya o ajena, a diferencia de lo que ocurre en el pago[664].

Se indica también, que este precepto implica una explícita formulación del efecto

---

excluir la operatividad de lo dispuesto en el artículo 1184, sino que lo esencial es que realmente se produzca la imposibilidad objetivamente sin culpa del deudor y que no haya incurrido éste en morosidad»; y la Sentencia de este mismo Tribunal de 2 de octubre de 1984 (R.J.A. núm. 4752), cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: se celebró entre las partes un contrato por el que el actor entregó al demandado una porción de terreno de su propiedad y éste, a su vez, se comprometió, como contraprestación a tal entrega, a construir en dicho terreno cinco casas y transmitir al cedente del terreno en las casas ya edificadas y antes del día treinta y uno de diciembre de 1974, en la primera una lonja y una vivienda, en la segunda una vivienda, en la tercera dos viviendas, en la cuarta una vivienda y en la quinta dos viviendas, cumpliendo el actor su obligación de entrega del terreno y el demandado, por su parte, la suya respecto a la construcción de las tres primeras casas y transmisión al demandante de la lonja y cuatro viviendas a que la convención respecto a las mencionadas casas se refería, pero no así por lo que afectaba a las casas cuarta y quinta ya que al solicitar la oportuna y necesaria licencia de obra para edificar sobre el terreno restante en el que las mencionadas casas habían de radicarse le fue denegada por el Ayuntamiento. Este Tribunal, en términos de fuerza mayor, se expresa de la siguiente manera: «Que en la parca regulación de nuestro Código civil en relación a la fuerza mayor resalta la normativa contenida en su artículo mil ciento cinco, precepto que respecto a aquella fuerza mayor impeditiva del cumplimiento de las obligaciones contractuales hay que completar con lo dispuesto en los artículos mil ciento ochenta y dos y mil ciento ochenta y cuatro del propio cuerpo legal en cuanto matizan que la fuerza mayor ha de hacer imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impedir el nacimiento de la que pueda sobrevenir y que para producir la extinción de la obligación atribuible al deudor es necesario que el evento constitutivo de la fuerza mayor se produzca con antelación al momento en que dicho deudor se hubiese constituido en mora...».

[662]Vid. ROCA JUAN, *Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1.186 del Código civil), Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro, Tomo II*, Madrid, 1976, p. 525.

[663]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 623, p. 259; vid. también, BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 68.

[664]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 623, p. 259.

liberatorio, resultado de la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación, no imputable al deudor.

La liberación del obligado es el efecto de la extinción de la prestación por imposibilidad del *facere*, lo cual resulta de la utilización de un concepto generalizador de imposibilidad como causa extintiva de las obligaciones, y es diferente de la liberación del deudor como consecuencia de su sustracción a la responsabilidad subsiguiente a la no ejecución tempestiva, en el caso de que el acreedor conserve su interés en un cumplimiento tardío, lo cual supone, por un lado, que el deudor deberá ejecutar la prestación cuando la imposibilidad física o legal desaparezca y, por otro, que la obligación aún no se ha extinguido, aunque el obligado se haya liberado de las consecuencias del no cumplimiento a tiempo de la obligación[665].

En relación a la generalización del concepto de imposibilidad de la prestación, como causa extintiva de las obligaciones, se ha advertido que ésta ha sido descrita a través de dos posiciones diferentes. La primera, a través de los requisitos del objeto de la obligación, éste ha de ser posible y, en este sentido, la posibilidad del mismo ha de estar referida, no al momento de perfección del contrato, sino al del cumplimiento de la obligación, de tal modo que se considera como una *conditio iuris* de la misma[666]. Y, la segunda, supone que en otras ocasiones, se la ha definido como una extensión doctrinal del concepto de pérdida de la cosa debida, una exportación de tal noción a las obligaciones de hacer, de modo que la idea de la imposibilidad de la prestación asimila a la de pérdida de la cosa debida[667].

Por otro lado, el artículo 1.184 se refiere a los supuestos en los que la prestación resulta legal o físicamente imposible.

Con respecto a la imposibilidad física de la prestación de hacer, se ha precisado que en el artículo 1.184, en tanto que la conducta de «hacer» y el servicio que constituye su

---

[665]Vid. ROCA JUAN, op. cit. en nota 662, p. 525.

[666]Vid. OSTI, op. cit. en nota 196, p. 221; ROCA JUAN, op. cit. en nota 662, p. 526.

[667]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 650; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 369; no obstante, observa ROCA JUAN que: «Sin embargo, aun siendo así, habrá que admitir que el concepto «imposibilidad» no absorbe por completo el de «pérdida de la cosa», porque a éste le asigna el art. 1.186 un efecto peculiar y «post-extintivo»: La atribución al acreedor de las acciones que, «por razón» de ella, tuviere el deudor contra terceros». Cfr. op. cit. en nota 662, p. 526.

«objeto» se encuentran íntimamente vinculados, la referencia a la «imposibilidad de la prestación» equivale directamente a la imposibilidad del servicio[668]. Esta imposibilidad surge cuando la prestación no puede obtenerse de acuerdo con las leyes de la naturaleza[669]. En este sentido, la imposibilidad recaería sobre la propia prestación, de tal modo que no cabría la ejecución material de la misma[670].

Se manifiesta la imposibilidad física, por ejemplo, en las obligaciones de dar, cuando el caballo de carreras adeudado ha muerto, o la cosa que ha de entregarse se extingue.

En las de hacer, hay imposibilidad física cuando, por ejemplo, la cosa que debía repararse se encuentra de tal modo destruida que no cabe su recomposición, o cuando, del mismo modo, se ha prometido la producción de un móvil perpetuo[671].

La incursión sobrevenida de la imposibilidad sobre la propia prestación, tiene como consecuencia el que la conducta no pueda ser realizada por ningún posible deudor. En este caso, la ejecución del comportamiento debido se caracteriza por su impracticabilidad, con independencia de quien sea su hipotético autor. De este modo, la imposibilidad física asume un carácter absoluto, pues supone que el cumplimiento es inalcanzable para cualquier persona, no solamente para el obligado[672].

La imposibilidad física de la obligación de hacer puede incidir bien en el objeto de la prestación -artículos 1.135 II, 1.136 final, 1.147 I y 1.184 del Código civil-, o en la propia conducta del deudor[673].

---

[668]Cfr. BADOSA, op. cit. en nota 623, p. 260.

[669]Vid. MEDICUS, op. cit. en nota 368, p. 175; HEDEMANN, op. cit. en nota 115, p. 168.

[670]Vid. GRAMUNT, op. cit. en nota 35, p. 111.

[671]Vid. MEDICUS, op. cit. en nota 368, p. 175.

[672]Para GRAMUNT cuando la imposibilidad recae sobre la prestación supone que la misma tiene un carácter objetivo. Sin embargo, señala que sobre este punto la doctrina no es pacífica. No obstante, para la autora, la naturaleza objetiva de tal imposibilidad implica que la prestación ha de ser imposible para cualquier hipotético autor. Vid. op. cit. en nota 35, p. 111.

[673]En relación a la imposibilidad que recae sobre la conducta del deudor, GRAMUNT indica lo siguiente: «se considerará jurídicamente imposible en sentido objetivo la conducta en las obligaciones de hacer cuando el servicio sea personalísimo, a pesar de que materialmente sea imposible subjetivamente (arts. 1.161, 1595 1 y 3)». Cfr. op. cit. en nota 35, p. 112; vid. también JORDANO FRAGA, *Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español*, Anuario de Derecho Civil, 1985, p. 331; OSTI, op. cit. en nota 196, pp. 218 y ss.; Asimismo, como supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación de hacer, se ha hecho

Por otro lado, la doctrina suele hacer también referencia a aquellos supuestos en los que el deudor se ve impedido de ejecutar la prestación como consecuencia de una imposibilidad subjetiva, o concerniente únicamente a la persona del sujeto obligado.

La doctrina no es pacífica en torno a la posible admisión de la imposibilidad subjetiva, como causa de exoneración del deudor incumplidor.

Se ha indicado que la distinción entre imposibilidad objetiva y subjetiva descansa sobre la posible extensión del impedimento, de tal manera que existe imposibilidad objetiva si la prestación no es susceptible de ser ejecutada por nadie, mientras que existe imposibilidad subjetiva si la prestación no puede ser realizada únicamente por el deudor, pero sí puede ser cumplida por cualquier otra persona.

Para algunos autores, únicamente cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación reúna los caracteres de objetividad y absolutidad, puede ser considerada idónea para generar el efecto extintivo de la obligación. En este sentido, la imposibilidad es objetiva cuando está constituida por un impedimento inherente a la intrínseca entidad del contenido de la prestación. Un impedimento que se oponga a la ejecución de la prestación en sí y por sí considerada, abstracción hecha de cualquier elemento extrínseco a la misma y, en especial, en cuanto se trate de condiciones particulares del sujeto obligado. De otro modo, la imposibilidad será absoluta cuando esté constituida por un impedimento que no pueda ser vencido, en modo alguno, por la fuerza humana y, en este plano, se distingue de la imposibilidad relativa, en el sentido de que esta última está constituida por un impedimento que no puede ser vencido sino con una intensidad de esfuerzo, de sacrificio, de diligencia superior a un cierto grado considerado como típico, como normal, como medio, o como apropiado a la particular obligación de que se trate[674].

De esta manera, cuando la prestación deviene imposible, de modo objetivo y absoluto al mismo tiempo, por efecto de un evento no imputable al deudor, la obligación se

---

referencia a las hipótesis en las que se produce un perecimiento de la cosa sobre la que debía de realizarse la conducta o el servicio del deudor. En este caso, extinguida la cosa, se extingue, del mismo modo, la prestación de hacer y el deudor se liberará o no de la responsabilidad por el incumplimiento, según la pérdida le pueda ser o no imputada. Vid. MANRESA, *Comentario al artículo 1.184 del Código civil, Comentarios al Código civil español, Tomo VIII*, Madrid, 1950, p. 664; GONZÁLEZ PORRAS, op. cit. en nota 594, p. 344.

[674]Cfr. OSTI, op. cit. en nota 196, pp. 217 y ss. y esp. 220.

extingue por necesidad lógica.

Para los autores que siguen el anterior criterio[675], no puede ser tomada en consideración, a efectos liberatorios, la imposibilidad subjetiva de la prestación que dependa de condiciones particulares del deudor, de un impedimento originado en su persona o en la esfera de su economía individual, sin que necesariamente se encuentre vinculado al contenido intrínseco de la prestación.

Sin embargo, cabe la posibilidad de considerar como hipótesis de imposibilidad objetiva a aquélla determinada por un impedimento asociado a la persona o a la economía del deudor, cuando incida sobre la prestación considerada en sí y por sí, en su sustancia y en sus presupuestos objetivos.

En este sentido, se señala que no siempre las condiciones particulares del sujeto obligado deben valorarse como factores extrínsecos al contenido de la prestación, como por ejemplo, en aquellas hipótesis en las que la prestación tenga por objeto un *facere* infungible. En estas últimas, solamente se podrá afirmar que la prestación ha devenido objetivamente imposible cuando por enfermedad física o mental, o bien por un impedimento personal, el deudor no pudiera desarrollar la actividad a la que estuviera obligado. Del mismo modo, también se consideran relevantes, a los fines de la imposibilidad objetiva, los impedimentos personales del deudor, cuando estos eventos impidan sus determinaciones, sus actos o disposiciones, en la medida en que toda prestación exige, para su cumplimiento, una determinación y una acción de la voluntad del mismo, es decir, debe considerarse objetivo todo impedimento que afecte a tal actividad, pues impide la prestación misma, siempre que, además de imposibilitarle actuar por sí mismo, le obstaculicen también intervenir por medio de otro[676].

Esta manera de concebir la imposibilidad liberatoria ha sido ampliamente recibida

---

[675] Vid. entre otros, TRABUCCHI, op. cit. en nota 474, pp. 520-521; BRANCA, op. cit. en nota 474, p. 300; SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, París, 1925, p. 21; PLANIOL et RIPERT, op. cit. en nota 383, pp. 168 y ss. y 727.

[676] Cfr. OSTI, que, además, observa que: «pero no habría razón para considerar devenida objetivamente imposible, por ejemplo, la prestación del escultor que no pudiera realizar la estatua prometida porque, alcanzado por una crisis económica, no estuviese en condiciones de procurarse el mármol necesario, o que no pudiese acabarla en el término perentoriamente señalado porque su proveedor de mármol se lo hubiese suministrado con retraso». Cfr. op. cit. en nota 196, pp. 219-220.

en la doctrina, y en Italia influyó notablemente en la normativa del Código civil de 1.942, en sus artículos 1.218 y 1.256, así como se revela del texto de la *Relazione* al libro de las obligaciones del *Codice civile* señalado[677].

En esta misma dirección, otros autores han observado que el *Codice* establece determinadas hipótesis en las que la imposibilidad subjetiva viene a equipararse, en los efectos liberatorios, a la objetiva. En este sentido, se observa que, precisamente, al contemplar la Ley estos casos especiales de imposibilidad subjetiva, y equipararlos, en los efectos liberatorios, con los de imposibilidad objetiva, supone que en los demás supuestos, en los que el incumplimiento de la obligación se derive de una imposibilidad subjetiva del deudor, éste no se ve liberado de responsabilidad y, por tanto, queda en pie la imputabilidad de su incumplimiento[678].

Para otros autores, sin embargo, la imposibilidad de la prestación que libera al deudor debe tener carácter objetivo, es decir, imposibilidad de la prestación en sí y por sí considerada, derivada de impedimentos que hacen a la obligación irrealizable para cualquier

---

[677] *Relazione*, cit., n. 37: «Ahora el artículo 1.218, lógicamente conectado al artículo 1.256 que disciplina la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación, subordinando la exoneración de la responsabilidad a la condición de que el incumplimiento o el retardo hayan sido determinados por imposibilidad de la prestación, ha querido poner en evidencia que debe tratarse de imposibilidad de la prestación en sí y por sí considerada. De modo que no puede ser tenida en cuenta a los efectos liberatorios la imposibilidad de cumplir la obligación, originada en causas inherentes a la persona del deudor o a su economía que no estén conectadas objetivamente a la prestación debida; mientras de otra parte también los impedimentos que se verifiquen en la persona o en la economía del deudor deberán tener relevancia cuando incidan sobre la prestación considerada en sí y por sí, en su sustancia y en sus presupuestos objetivos». Vid. JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 150, p. 155; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 243, p. 30; asimismo, véase DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 651; PASCUAL ESTEVILL, op. cit. en nota 660, p. 544; GRAMUNT, op. cit. en nota 35, pp. 111-112; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit. en nota 262, p. 266.

[678] Vid. BETTI, que indica que la Ley establece una distinción entre la imposibilidad subjetiva y la objetiva: «En efecto, si la ley no reconociese la citada distinción, ¿a qué fin iba a establecer el art. 1.218 la irresponsabilidad del deudor por incumplimiento únicamente en el caso de que sea debido a una imposibilidad de la prestación derivada de una causa que a él no sea imputable? Evidentemente la ley presupone, también, el caso de que el incumplimiento pueda ser consecuencia de una imposibilidad referible a las condiciones particulares del obligado, en virtud de un impedimento que surge en su persona o en la esfera interna de su economía individual: imposibilidad a la que, en el caso de determinar un incumplimiento, irá unida una responsabilidad del deudor. Pero esto no es suficiente: cuando la ley, en el artículo 1.478 Cc. establece que el vendedor de una cosa ajena debe procurarse la propiedad de la cosa misma, no hace otra cosa que prever un caso de imposibilidad subjetiva, y aunque admitamos que el criterio aquí adoptado por la ley no sea extensible, como parece entender el propio BARASSI, en los contratos que atribuyen un simple goce de cosa ajena, siempre queda el hecho de que la ley ha previsto, específicamente, otro caso de imposibilidad subjetiva. Verdad es que la ley tiene también en cuenta los casos en que la imposibilidad subjetiva viene a equipararse, en los efectos liberatorios, a la objetiva; así p. ej., la ley establece (art. 1.257 Cc) que en caso de pérdida de la cosa determinada debida, el deudor queda liberado cuando no pueda encontrarse y aunque no pueda probarse el percibimiento de la cosa». Cfr. op. cit. en nota 482, pp. 50-51.

posible deudor, no solamente para el concreto obligado en la relación obligatoria de que se trate.

Pero, aunque la imposibilidad deba considerarse objetiva, ésta no tiene por qué ser absoluta para que genere los efectos liberatorios en el incumplidor, es decir, no debe ser entendida en el sentido natural, material de la expresión, como un impedimento a la ejecución de la prestación que no pueda ser vencido por la fuerza humana en modo alguno, sino que, por el contrario, debe ser entendida en un sentido económico, o sea, en función de la relación existente entre los medios y los fines. De este modo, la prestación es imposible cuando el impedimento a su ejecución no pueda ser vencido mediante el empeño, el esmero exigible al deudor en aquella especie concreta de obligación, pues la imposibilidad que produce efectos liberatorios es aquella relativa a la concreta obligación, dentro de la que la prestación sobre la que recae es deducida[679].

Otro sector de la doctrina, aplica el criterio de la imposibilidad objetiva de la prestación en las obligaciones de hacer, y señala, respecto a la distinción entre obligaciones de hacer de medios y de resultado, que la imposibilidad, obviamente, comienza allí donde cesa o termina la posibilidad de cumplir.

Para estos civilistas, en las obligaciones de mero comportamiento, el juicio acerca de la posibilidad o no del cumplimiento, debe referirse al comportamiento como tal, no ya al objeto final al cual éste tiende[680]. De este modo, la imposibilidad sobrevenida del objeto se tomará en consideración solamente en cuanto determine la imposibilidad o, al menos, la inutilidad de la actividad de esfuerzo impuesta al deudor. Asimismo, se indica que el principio de la imposibilidad objetiva, como límite de la responsabilidad del deudor incumplidor, no es incompatible con el contenido característico de las obligaciones de medios o de diligencia.

En las obligaciones de resultado, por contra, excepto en las hipótesis de

---

[679]Cfr. GALGANO, op. cit. en nota 12, pp. 53-54; ALPA, *Rischio contrattuale*, Contratto e Impresa, 1986, p. 619 y ss.

[680]Vid. BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 69.

inexigibilidad de la prestación[681], la imposibilidad del comportamiento-medio[682] se resuelve en imposibilidad objetiva del cumplimiento solamente si se trata de obligaciones de hacer infungibles, o bien, si el deudor se halla en la imposibilidad de hacerse sustituir por un representante.

De otro lado, en las obligaciones de medios o de diligencia, la imposibilidad objetiva de la prestación deriva no sólo de la imposibilidad del objeto final, al no concebirse un esfuerzo dirigido a la realización de un resultado imposible, sino también y, esencialmente, por afectar a la actividad del deudor en sí misma considerada, precisamente porque el resultado propiamente debido no coincide, en estas hipótesis, con el objeto económico de la obligación, sino que consiste en el mismo comportamiento obligatorio cualificado por un

---

[681]Para MENGONI el concepto de inexigibilidad de la prestación es una subespecie del de la imposibilidad. Esta figura, para este autor, no se agota en las hipótesis de sobrevenida ilicitud del objeto de la prestación, sino que comprende también los supuestos en los que la actividad dirigida a procurar el bien debido requiere del deudor un sacrificio personal o patrimonial referido al contenido del contrato o bien al tipo de la relación obligatoria de que se trate. «La cantante que no se presenta al teatro a la hora establecida, porque poco antes se le ha muerto un hijo, está ciertamente exonerada de responsabilidad. Pero un luto, aunque grave, no es una circunstancia tal que, si hubiese preexistido al contrato, habría impedido a la cantante obligarse válidamente a ejecutar una prestación artística, aunque estuviese a una brevísima distancia de tiempo. El industrial puede válidamente obligarse a producir un *opus*, no obstante se encuentre en curso, en el momento de la conclusión del contrato, una huelga de sus trabajadores: él responderá del eventual retardo en la entrega. Pero si la huelga se ha proclamado posteriormente al contrato, por causa no imputable al empresario, la responsabilidad le será excluida aunque estuviese disponible otra mano de obra, si se demuestra que el empleo de ésa habría supuesto el peligro de graves represalias de los huelguistas contra los «esquiroles» o la maquinaria de la industria». Cfr. op. cit. en nota 149, pp. 280-286; JORDANO FRAGA en este sentido observa lo siguiente: «El otro gran campo de relevancia de la buena fe, es el ofrecido por la importancia que el juicio de buena fe tiene a efectos de la liberación del deudor. A través de este juicio se produce un ensanchamiento del hecho liberatorio, en tanto que junto a la imposibilidad estricta de la prestación, vienen en consideración todos aquellos supuestos en que, con arreglo a una valoración de buena fe de las circunstancias del contrato, el esfuerzo requerido al deudor para cumplir sobrepasaría el límite de lo exigible, de forma que la exigencia por el acreedor del cumplimiento en estos casos se califica como desleal, incorrecta o abusiva [...] La buena fe no constituye en sí misma un criterio de liberación (lo que no es consentido por los arts. 1.105 y 1.182-4 del C.c.), sino que indirectamente, a través de la determinación del contenido de la prestación, determina la amplitud del hecho liberatorio que es (uno de sus elementos) la imposibilidad sobrevenida de la prestación, que se mide con los mismos criterios con los que se mide la propia prestación». Cfr. op. cit. en nota 150, pp. 145 y ss.; en contra se manifiesta PANTALEÓN que se pronuncia en los siguientes términos: «Quien condicione la irresponsabilidad del deudor a la imposibilidad de la prestación, se verá abocado, para evitar soluciones absurdas, a «ampliar el concepto de imposibilidad según la buena fe», o más sinceramente, a deformar el concepto de imposibilidad hasta hacerlo irreconocible. [...] Tan indudable me parece que no tiene que responder del daño causado a su acreedor el obligado a prestar un determinado servicio que incumple por tener que atender a su hijo moribundo, como que, en tal caso, la prestación del servicio sigue siendo objetivamente posible. Podríamos considerar desalmado al deudor y padre que, en una hipótesis así, prefiere cumplir a atender a su hijo; pero nadie dudaría de que su conducta es verdadero cumplimiento, y no pago de lo indebido. Y de no tratarse de un servicio personalísimo, el acreedor tendrá derecho a exigir de inmediato la ejecución del mismo a costa del deudor que opta por atender a su hijo (art. 1098.I CC.)». Cfr. op. cit. en nota 174, p. 1044 y nota 58.

[682]Por ejemplo, una enfermedad del deudor, o una llamada al servicio militar. Vid., por otro lado, BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 69.

cierto grado de conveniencia respecto a aquella finalidad.

El principio en virtud del cual se excluye la responsabilidad por incumplimiento solamente por la concurrencia de una imposibilidad objetiva del cumplimiento, sobrevenida por una causa no imputable al deudor, se aplica tanto a las obligaciones de resultado como a las de medios, pero la peculiaridad de estas últimas supone que la imposibilidad de la prestación puede estar determinada también por la imposibilidad del comportamiento que constituye propiamente su objeto[683].

Por otro lado, respecto a las obligaciones de hacer infungibles, concretamente en lo relativo a las prestaciones artísticas, la Corte de Apelación de Bolonia, en su Sentencia de 30 de septiembre de 1953[684], resuelve una caso significativo, en el que un famoso pianista se negó a ejecutar un concierto en la fecha señalada para ello, en tanto que argumentaba que una dolorosa e incómoda afección en los dedos de ambas manos le impedía cumplir su obligación. En este supuesto, el Tribunal condenó al artista en tanto que consideró que no había concurrido, en la hipótesis concreta, el carácter absoluto en el impedimento aducido

---

[683]Vid. MENGONI que, además, no se muestra de acuerdo con la teoría de OSTI, en el sentido de que este último manifiesta que en las obligaciones de mero comportamiento incumplimiento y culpa coinciden. Para MENGONI estas afirmaciones son erróneas y podrían dar a entender que el criterio de la diligencia sea suficiente para fijar definitivamente el hecho del incumplimiento a los fines de la obligación de resarcir los daños. Para este jurista, por tanto, es necesario tener en cuenta, además, la concreta posibilidad de ejecutar la prestación obligatoria. Podría darse el caso que el comportamiento concreto del deudor no se corresponda con todos los requisitos del comportamiento debido, porque sin su culpa, el exacto cumplimiento ha devenido imposible. En tales hipótesis, no hay negligencia, sino caso fortuito, lo que demuestra que en el ámbito de estas obligaciones, la ausencia de culpa no implica necesariamente el cumplimiento. Vid. op. cit. en nota 149, pp. 309 y ss.; por otro lado, para YZQUIERDO TOLSADA la imposibilidad sobrevenida de la prestación, en sentido técnico, es únicamente aplicable a las obligaciones de resultado. «Es en ellas donde la irresponsabilidad por incumplimiento coincide con la imposibilidad objetiva y absoluta: hay incumplimiento, pero incumplimiento no imputable al deudor, por resultar imposible la prestación (el resultado final) debido a la *sopravvenienza* del caso fortuito. Pero si se desea referir el concepto imposibilidad sobrevenida a las obligaciones de actividad, nunca se podrá hacer para aludir a una *imposibilidad de cumplimiento* -pues se cumple con el actuar diligente-, sino a la *imposibilidad de satisfacción del interés final* del acreedor: por más esfuerzos y desvelos que haya desplegado el deudor para alcanzar la finalidad pretendida, ello no ha sido posible. No ha existido imposibilidad en la prestación -ésta no sólo ha resultado *posible*, sino, de hecho, *cumplida*-, sino imposibilidad en una satisfacción final que nunca había sido exigible». Cfr. op. cit. en nota 152, p. 289; en contra de esta última tesis se pronuncia JORDANO FRAGA que indica que YZQUIERDO confunde los planos del cumplimiento y el del juicio de responsabilidad. Para este autor, las obligaciones de medios se cumplen cuando se realiza la conducta diligente debida, y su incumplimiento puede estar motivado por un obstáculo para desplegar tal conducta, en este último caso, habrá que analizar la imputabilidad o no al deudor de la causa que le ha impedido desarrollar la conducta diligente debida. Vid. op. cit. en nota 149, pp. 52-54 y nota 55.

[684]Comentada por MAJELLO, *Sulla responsabilità per inadempimento di una prestazione infungibile*, Rivista del Diritto Commerciale, 1955, pp. 21 y ss.; y por SANTORO, op. cit. en nota 158, pp. 511 y ss.; vid. también BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 69.

por el deudor[685].

El Tribunal de Apelación no descarta que la enfermedad de un concertista profesional, que consista en la misma dolencia en los dedos de las manos que padecía el concreto deudor, cuando se presenten de forma grave, aunque no impida la libertad de movimiento de las manos, ni transforme la ejecución de la prestación en algo totalmente doloroso, pueda considerarse una verdadera y propia imposibilidad física absoluta y que, aun conectada íntimamente a su actividad, y no determinada por una causa a él extraña, hace impracticable la prestación misma por efecto de la fuerza mayor, en cuanto a la concurrencia de un evento del cual el pianista no puede sustraerse, ni siquiera mediante la aplicación de concretas curas, que, además, no depende ni de dolo ni de culpa.

Sin embargo, en el caso concreto, la circunstancia de que el músico, varios días después, y en las inmodificadas condiciones físicas que le habían impedido ejecutar la prestación, hubiera interpretado, a favor de otras personas, un concierto igualmente dificultoso y comprometedor, evidencia la falta de razón del apelante-deudor, y contradice sus alegaciones, en el sentido de que un serio y grave impedimento le imposibilitó el cumplimiento de la prestación a la que estaba obligado[686].

En este sentido, señala la Corte de Apelación que en las relaciones obligatorias que tienen por objeto una prestación artística, no está tutelado el interés del deudor a conducirse según su normal estándar de ejecución. Por ello, una simple indisposición, que impida al obligado exhibirse en perfección de «forma», no puede considerarse causa de imposibilidad objetiva y absoluta, tal resultado, en este caso concreto, está constituido por un recital,

---

[685]Los hechos probados señalaron que el pianista-deudor, se negó a ejecutar el recital al que se había comprometido la noche del 9 de mayo de 1948, alegando padecer uñeros en los dedos de ambas manos, de tal forma que le impedían llevar a cabo el concierto al que se había obligado. Según informe médico obrante en Autos, el concertista únicamente sufría de tal afección en los dedos índice, medio y anular de la mano derecha. Por otro lado, el intérprete participó, varios días más tarde, el 11 de mayo, en un recital en el Ayuntamiento de la misma ciudad, en el que interpretó un concierto de similares características, en orden a su dificultad, y ejecutó numerosas repeticiones a instancias del público asistente al acto.

[686]MAJELLO critica esta argumentación y señala que puesto que la enfermedad del deudor constituye una particular hipótesis de imposibilidad absoluta, el esfuerzo, el sacrificio heroico del deudor en relación a un solo acreedor es una actividad libre que hace posible la prestación respecto de esa concreta relación obligatoria, pero no también respecto a todas las demás prestaciones no sujetas a coacción jurídica, ya que éstas devienen imposibles. Vid. op. cit. en nota 684, p. 24; vid. también SANTORO, op. cit. en nota 158, pp. 510-515.

prescindiendo de la mayor o menor perfección del mismo[687].

De otro modo, se ha observado, en este orden de ideas, que para valorar los aspectos que la imposibilidad de la obligación de hacer pueda asumir, es preciso distinguir entre obligaciones infungibles y fungibles. En el primer caso, las hipótesis más seguras de imposibilidad son aquellas en las que el obstáculo sobrevenido excluye, temporal o definitivamente, al deudor, que estaba obligado a desarrollar una actividad técnica o artística, de aquellas particulares facultades físicas o intelectuales necesarias para el desarrollo de aquella actividad, como, por ejemplo, la hipótesis de un pianista que, en un desafortunado imprevisto, pierde una mano. Para las obligaciones de hacer fungibles, los supuestos de imposibilidad son menos frecuentes y numerosos, en cuanto el deudor podrá auxiliarse de un sustituto o de un representante, tanto en aquellos casos en los que intervengan aspectos de confianza personal en el deudor, como en aquellos otros en los que tal confianza se encuentre excluida, puesto que si el acreedor tiene interés en la prestación, autorizará la sustitución. En estas obligaciones, no obstante, cabe la posibilidad de que sobrevenga la imposibilidad cuando el obstáculo no se refiera a la persona del deudor, sino a la prestación misma, o a la cosa sobre la que la prestación de hacer deba recaer[688].

Frente a las anteriores doctrinas que sostienen el carácter objetivo y absoluto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, se ha sustentado que, aunque se admita la distinción entre imposibilidad objetiva y subjetiva, sobre la base del artículo 1.346 del *Codice civile* italiano[689], no cabe aceptar una diferencia de tratamiento jurídico-práctico respecto de las consecuencias derivadas eventualmente de ambos tipos de imposibilidad. De este modo, la distinción entre subjetiva y objetiva es extraña a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, en tanto que ésta, aunque solamente sea subjetiva del deudor, incide, siempre que se trate de una verdadera imposibilidad, y no de una simple impotencia, sobre

---

[687]Vid. SANTORO que asimismo cita la sentencia de la Corte de Apelación de Milán de 14 de mayo de 1968, en la que se indica que el artista lírico que no ejecuta la prestación por alegada enfermedad, debe probar, para exonerarse del resarcimiento del daño acarreado al empresario, que el incumplimiento ha sido determinado por una imposibilidad absoluta de la prestación, y no ya por una simple dificultad del cumplimiento.Vid. op. cit. en nota 158, pp. 515 y ss.

[688]Vid. MOSCO, op. cit. en nota 474, p. 429; vid. también, BARAONA, op. cit. en nota 53, p.69.

[689]Artículo 1.346 del *Codice civile* italiano. «El objeto del contrato debe ser posible lícito y determinado o determinable».

la obligación y, excluye, de esta manera, la responsabilidad del deudor al extinguir la relación obligatoria[690].

En nuestra doctrina, son varios los autores que se han pronunciado al respecto y admiten que un impedimento sobrevenido, de naturaleza subjetiva, no imputable al deudor, pueda exonerarle de su responsabilidad por incumplimiento.

Se ha señalado, en primer lugar, que la diferencia entre imposibilidad objetiva y subjetiva únicamente tiene sentido cuando se considera como imposibilidad originaria o inicial de la prestación. Cuando, por el contrario, la obligación ha quedado establecida de una manera válida y eficaz, en lo relativo a su posibilidad, pero con posterioridad deviene imposible en virtud de algún evento o acontecimiento sobrevenido, nos encontramos ante un problema unitario, pues, en ambos casos -imposibilidad objetiva y subjetiva- el Derecho deberá tener en cuenta que el deudor se encuentra, sin culpa, en una imposibilidad de cumplir la obligación[691].

Para otros, en esta misma línea, a los efectos de la extinción del vínculo, no es relevante el que en una concreta obligación su objeto no pueda ser realizado por persona alguna o no le sea posible el cumplimiento solo al concreto deudor, aunque sea realizable todavía para otros sujetos. En uno y otro supuesto, lo verdaderamente significativo es que la prestación inicialmente contemplada ya no sea posible de realizar en la forma en que se consideró en su origen[692].

Frente a un supuesto de incumplimiento de la obligación por una imposibilidad de la prestación, antes de preguntarse si dicha imposibilidad es objetiva o meramente subjetiva,

---

[690]Vid. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, Vol. III*, Milano, 1964, pp. 159-164; en contra, BETTI, op. cit. en nota 482, p. 51.

[691]Vid. PUIG BRUTAU que, además indica que tan justo es eximir al deudor de su responsabilidad por incumplimiento, en virtud de la concurrencia de imposibilidad sobrevenida que haga imposible para todos el cumplimiento de la obligación, como por efecto de una imposibilidad que le afecte únicamente a él personalmente. Vid. *Fundamentos de Derecho civil, Tomo I, Vol. II*, Barcelona, 1988, p. 357.

[692]Cfr. CRISTÓBAL MONTES que también añade: «Distinto es el caso de que semejante imposibilidad subjetiva haya tenido lugar por causa imputable al deudor, porque aquí, en cuanto la obligación permanece y es principio el que los vínculos obligatorios deben ejecutarse preferentemente *in natura*, cabrá recurrir al hecho sustitutorio del tercero siempre que el acreedor prefiera obtener de esta manera la satisfacción de su derecho, cosa que, obviamente, no podrá tener lugar cuando la prestación haya devenido en imposibilidad objetiva imputable, pues aquí no le quedará al mismo otra posibilidad que la de la obtención del *id quod interest*». Cfr. op. cit. en nota 243, p. 32.

lo primero que debe averiguarse es si el evento que la ha provocado puede serle o no imputado al deudor, pues si la respuesta es negativa, difícilmente cabe estimar que queda en pie su responsabilidad por incumplimiento[693].

Por tanto, se considera imposibilidad tanto aquella que suponga que el deudor no pueda ejecutar la prestación impedido por circunstancias ajenas a su esfera personal, como la que se debe a eventos estrictamente personales del mismo. Lo concluyente es el hecho de que, por circunstancias de las que el deudor no deba responder, éste se vea imposibilitado para realizar el comportamiento debido, con independencia de que otros sujetos estén o no en condiciones de poder ejecutar aquello que el deudor inicial ya no puede. En este sentido, no debe, por tanto, excluirse, sin más, de la esfera de operatividad de la imposibilidad sobrevenida, lo que tradicionalmente se viene denominando como imposibilidad subjetiva[694].

Como hipótesis en las que la prestación resulta imposible únicamente para el concreto deudor, por circunstancias de carácter estrictamente personal, se ha hecho referencia a la del pintor que se queda ciego[695], el de la muerte del obligado[696], o el de un

---

[693]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit en nota 243, pp. 31-32.

[694]Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, op. cit. en nota 642 pp. 115-116; Apunta CRISTÓBAL MONTES que el término objetivo puede ser considerado desde un punto de vista distinto y más razonable, no tanto referido a excluir cualquier impedimento relativo a la persona del deudor, cuanto a destacar que, cuando se refiera a las concretas circunstancias personales del obligado, para considerarla como verdadero supuesto de imposibilidad liberatoria-extintiva, «no bastará la mayor dificultad, onerosidad, inconveniencia o desagrado que para el deudor suponga la realización de la prestación en la forma que fue convenida, sino que indefectiblemente hará falta que al mismo le resulte imposible ejecutarle en dichos términos porque no esté en sus manos superar los inconvenientes que se oponen a ello. Bajo esta nueva luz sí se puede continuar hablando de que la imposibilidad sobrevenida debe ser objetiva, para resaltar que no bastará cualquier tipo de insuficiencia, malestar o inconveniencia del deudor (lo que las fuentes romanas denominan *difficultas dandi*), sino que el hecho atinente a la persona del deudor y que obstruye la realización del vínculo obligatorio debe ser de tal naturaleza que no sólo le genera mayores o menores molestias, problemas y erogaciones, sino que de manera básica y obligada le impide «objetivamente» cumplir lo prometido. Es decir, resultará intrascendente distinguir entre imposibilidad objetiva y subjetiva, pues para que quepa hablar de propia imposibilidad, capaz de extinguir la obligación y liberar al deudor, deberá tratarse siempre de un acontecer que torne irrealizable, y no meramente más dificultoso y complicado, el comportamiento a observar por el deudor. Lo que equivale a decir que toda imposibilidad es, por definición misma, imposibilidad objetiva». Cfr. op. cit. en nota 243, p. 33.

[695]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 149, p. 128; O'CALLAGHAN, *Comentario al artículo 1.184 del Código civil, Código civil comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 1996, p. 1.103.

[696]Sin embargo tanto para MANRESA como para GONZÁLEZ PORRAS en esta hipótesis la prestación únicamente se extingue cuando ésta tiene naturaleza infungible. Vid. MANRESA, op. cit. en nota 673, p. 663; GONZÁLEZ PORRAS, a este respecto indica los siguiente: «Esta nota de fungibilidad o infungibilidad de la prestación es de mucha importancia en la interpretación del presente artículo 1.184 del Código civil, pues en tanto que las obligaciones fungibles (no personalísimas) admiten el cumplimiento por terceros y no se extinguen por la

accidente casual del deudor[697].

Finalmente, frente a las dos doctrinas anteriores, existen autores que se han inclinado por una posición intermedia y así, se ha observado que en realidad no es posible dar una definición de la imposibilidad liberatoria, independientemente de la naturaleza de la relación de que se trate. Los diversos tipos de relaciones contractuales requieren, alguna vez, regímenes distintos de responsabilidad, precisamente definidos por normas específicas dictadas para los singulares contratos. De este modo, el deudor responde, algunas veces, objetivamente, por el simple hecho de que el incumplimiento sea debido, aun sin su culpa, a una causa interna a su esfera de influencia y organización y, en otras, por el contrario, el deudor responde solo cuando el incumplimiento sea imputable a su culpa, es decir, a la falta de empleo de la necesaria diligencia, atención o pericia[698].

Del mismo modo, se señala que es más lógico pensar que los términos de posibilidad e imposibilidad de la prestación deben predicarse también en relación con el criterio que debe presidir el esfuerzo que cada deudor debe realizar para cumplir, y que es exigible, en referencia del tipo de obligación de que se trate, y con la función típica de la obligación concreta[699].

Por lo que se refiere a la imposibilidad legal de la prestación de hacer, puede determinarse este impedimento de dos modos diferentes. Directamente, cuando se prohíbe la ejecución del acto convenido o, bien, indirectamente, cuando, sin prohibirse la ejecución de lo pactado, que sigue siendo perfectamente lícito, se impone al deudor otros deberes superiores que resultan incompatibles con el cumplimiento de la obligación[700].

Cuando se hace mención a que la prestación resulte legalmente imposible, el término legal no debe entenderse como referido exclusivamente a la Ley. Puede ser causa de

---

muerte del obligado, justamente lo contrario ocurre en las obligaciones de hacer infungibles (*intuitu personae*)». Cfr. op. cit. en nota 594, p. 346.

[697]Cfr. MANRESA, op. cit. en nota 673, p. 663.

[698]Cfr. TRIMARCHI, op. cit. en nota 474, pp. 342-343.

[699]Vid. GONZÁLEZ PORRAS, op. cit. en nota 594, p. 307 y nota 8; vid. también DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 651-652.

[700]Cfr. MANRESA, op. cit. en nota 673, pp. 661-662.

imposibilidad de la prestación toda aquella disposición normativa que, directa o indirectamente, prohíba el cumplimiento de la prestación. Se comprende en esta locución toda aquella disposición jurídica, no solamente las Leyes, sino también los Reglamentos, Decretos, Órdenes Ministeriales, etc., pero no solamente aquellas normas de carácter Estatal, sino cualquier norma jurídica que impida la realización de la prestación debida, tanto Estatal, como Autonómica o Municipal[701].

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo considera, en jurisprudencia reiterada, que cuando el artículo 1.184 hace mención a la imposibilidad legal, dentro de este término pueden comprenderse no solamente las disposiciones Estatales, tales como las Leyes, Decretos y Reglamentos, sino también las de otro origen y, por tanto, también las Ordenanzas Municipales[702], así como también preceptos reglamentarios y mandatos de la

---

[701]Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, op. cit. en nota 594, pp. 343-344; MANRESA, op. cit. en nota 673, pp. 661-662.

[702]Vid., entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 1958 (R.J.A. núm. 220) que considera probados los siguientes hechos: El 9 de diciembre de 1953 se presenta demanda ante el Juzgado número 10 de los de Madrid contra don Juan J. G. y la entidad mercantil «Construcciones B.S.A.», en la que se alega que el actor fue arrendatario de un local, con su correspondiente trastienda, ocupando dicho local la mayor parte del portal de la casa a que se refiere y que como quiera que dicho inmueble fue derribado, se considera con derecho a ocupar un local de análogas condiciones en el nuevo inmueble. El juzgado dictó sentencia por la que se estimó la pretensión de retorno o recuperación de locales contenido en la demanda. La Sala 1ª de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la sentencia. El recurso de injusticia notoria es estimado por el Tribunal Supremo y en consecuencia anula la sentencia dictada por la Audiencia, revoca la pronunciada por el Juzgado de 1ª instancia y desestima en definitiva la demanda formulada. Y en este sentido señala esta sentencia lo siguiente: «... Y como en el caso de autos, después de derribada la finca se publicaron por el Ayuntamiento de Madrid las Ordenanzas Municipales de la edificación con fecha 9 de noviembre de 1950, y en tales disposiciones se previene por el artículo 72 de sus normas generales que queda prohibido el establecimiento de cualquier clase de comercio o industria en los portales de acceso a las fincas, es vista la imposibilidad legal en que los demandados se encuentran...». Y la sentencia de este mismo Tribunal de 7 de febrero de 1994 (R.J.A. núm. 917), que declara probados los siguientes hechos: Don José Mª P.P. promovió juicio de menor cuantía contra Transmet, S.A., y Casple, S.A. en demanda de otorgamiento de escritura pública de venta de parcelas ubicadas en determinada nave industrial conforme a lo convenido en el contrato de compraventa y subsidiariamente la indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de 1ª Instancia desestimó la demanda, sentencia que fue confirmada por la Audiencia provincial de Brugos, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto. En documento privado de compraventa Transmet S.A. vende a don José Mª P.P. los módulos 11 y 13 de la nave industrial que dicha entidad iba a construir. En el indicado contrato se contenía una cláusula, la 7ª, que establecía lo siguiente: «En caso de que no se pudieran llevar a cabo las escrituras por culpa de los vendedores, siempre y cuando sea justificado, éstos devolverán el dinero con los intereses correspondientes». Solicitada licencia municipal de obras por la referida entidad a los efectos de edificar las naves proyectadas, el Ayuntamiento adoptó acuerdo denegando la licencia «por contrariar el proyecto lo dispuesto en el art. III.36.3.2 del Plan General de Ordenación Urbana de Brugos». Declara, en este sentido, la anterior sentencia que: «... cuando en el mismo (art. 1.184) se hable de imposibilidad legal, la doctrina viene entendiendo que dentro de este último término pueden comprenderse no sólo las disposiciones estatales (Leyes, Decretos, Reglamentos, etc.), sino también las de otro origen y, por tanto, las Ordenanzas Municipales...».

Autoridad competente[703].

Se han señalado, como supuestos de imposibilidad legal, por razones de utilidad, el traslado de un funcionario público y la incomercialidad del bien objeto de la prestación, acaecida por disposición legal con posterioridad al nacimiento de la obligación[704].

En estas hipótesis de imposibilidad legal de la prestación, el deudor no queda exonerado automáticamente de la responsabilidad por incumplimiento, sino que ha de haber observado la diligencia debida en el cumplimiento para liberarse[705]. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que, además de que se requiera, en el supuesto de imposibilidad legal de la prestación, que la misma sea sobrevenida e inimputable al deudor, se exige también que el obligado observe la debida diligencia, haciendo todo lo posible para

---

[703] Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 1988 (R.J.A. núm. 9811), cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: Don Heinz R.H. formuló demanda ante el Juzgado de 1ª Instancia de la Orotava, en demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra Don Peter W., en solicitud de que se delcrara: 1) la culpa de don Peter W. al inducir a engaño al demandante para que adquiriera el 45% de un local de negocio. 2) que don Peter W. es directamente responsable de la imposibilidad de que el demandante pueda cumplir el compromiso suscrito para la referida adquisición, por lo que procede resolver el mismo y reembolsar el demandado al actor las cantidades entregadas por este concepto. 3) la obligación del demandado de indemnizar al actor en la cuantía correspondiente al importe del coste del transporte de los enseres y muebles del demandante desde Suiza hasta Tenerife, así como en la cantidad que resulte de los intereses devengados por las demás cantidades apropiadas por el demandado y demás cantidades citadas. El demandado se opuso. El Juzgado estimó la demanda, sin expresa imposición de costas. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife acogió en parte el recurso, revocó parcialmente la sentencia impugnada y, estimando en parte la demanda, declaró resuelto el acuerdo realizado entre los litigantes por imposibilidad legal de cumplimiento por parte del demandante. El demandado interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. Establece el Tribunal Supremo que «lo acontecido supone y significa más bien un caso de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación, a que se refiere el artículo 1184 del Código civil, pues tal como resulta de los autos, llegado el demandante y hoy recurrido a la isla de Tenerife procedente de su país, Suiza, dispuesto a trabajar en su profesión de masajista o fisioterapeuta previa solicitud a la autoridad competente del oportuno permiso, la Delegación Provincial de Santa Cruz de Tenerife del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le denegó aquél al no estar inscrito el solicitante en el Colegio Profesional correspondiente ni poseer el título necesario para ejercer su actividad de masajista». Declara, en este sentido el Tribunal Supremo que «...la imposibilidad sobrevenida de cumplir su profesión de masajista al serle denegados al señor H. R. H. los permisos y autorizaciones administrativas necesarias para el cumplimiento de aquellos servicios, le exime y libera al citado señor del cumplimiento de esas obligaciones cuya realización resulta así legal y físicamente imposible, sin que pueda achacársele a quien así se ve impedido de cumplir lo convenido, ningún género de culpa o negligencia en la concurrencia de la repetida imposibilidad sobrevenida que viene a extinguir la obligación de que se trata». Vid. también las Sentencias de este mismo Tribunal, entre otras, de 3 de octubre de 1959 (R.J.A. núm. 3656), 29 de octubre de 1970 (R.J.A. núm. 4471), 15 de diciembre de 1987 (R.J.A. núm. 9434) y 15 de febrero de 1994 (R.J.A. núm. 1316).

[704] Vid. GONZÁLEZ PORRAS, op. cit. en nota 594, pp. 344-345.

[705] Vid. GONZÁLEZ PORRAS, op. cit. en nota 594, p. 345; parece mostrarse en contra BADOSA, op. cit. en nota 623, p. 260.

vencer tal imposibilidad[706].

En la doctrina y jurisprudencia italianas, en relación a las disposiciones de la Autoridad, se ha señalado que, en principio, tales mandatos son idóneos por sí mismos, sin el concurso de otros elementos, para hacer imposible la prestación. Sin embargo, una vez producida tal situación, es necesario establecer si ésta puede ser o no imputada al deudor, lo cual se efectuará sobre la base de una valoración en clave de diligencia. Solamente se libera el deudor en el supuesto de que, con su propio comportamiento, no haya dado origen a la orden de la Autoridad y, además, una vez pronunciada tal disposición, haya intentado recurrirla, cuando no hubiera podido ejecutar la prestación con anterioridad a tal pronunciamiento[707].

Se indica, en este sentido, que, en presencia de un acto administrativo ilegítimo, que impida al deudor la ejecución de la prestación, éste está obligado a accionar los instrumentos de tutela administrativa y jurisdiccional precisos para obtener la anulación o la revocación del mismo[708].

En estos supuestos, deberá tenerse en cuenta no solamente la circunstancia, en sí

---

[706]Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1994, (R.J.A. núm. 1316). Sus antecedentes de hecho son los siguientes: La Unión Deportiva Salamanca promovió juicio de menor cuantía contra don Francisco J. M.O. en demanda de indemnización de 20.000.000 de pesetas, el Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Salamanca dictó sentencia estimatoria de la demanda que la Audiencia Provincial de Salamanca confirmó. El demandado interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto. En la fecha de suscribirse los pactos habidos entre la demandante Unión Deportiva Salamanca y el demandado, éste no tenía la cualidad de jugador profesional, pues era jugador aficionado del club Atlético Tomelloso. Declara, en este sentido el Tribunal Supremo: «... se acusa infracción del artículo 1.184 del CC. alegándose que existe una legal imposibilidad para que el jugador pueda prestar sus servicios en el "Salamanca", ya que el club de origen no tramitó la baja, ni cedió los derechos en favor de la actora, y esta imposibilidad, evidentemente, no la provoca el propio jugador, ya que no depende de su voluntad, sino de la de una tercera persona, cual es el Club Atlético Tomelloso. El Tribunal *a quo* negó la aplicabilidad al caso del citado precepto en atención a que: a) Se requiere para la exoneración de responsabilidad que la imposibilidad sea sobrevenida, es decir, posterior al nacimiento de la obligación, y que no sea imputable al deudor; y b) Se exige también que el deudor observe la debida diligencia haciendo todo lo posible para vencer la imposibilidad...».

[707]Vid. ANELLI que señala como ejemplos de incumplimiento juzgado culpable, por haber provocado el *factum principis*, las hipótesis en las que el deudor se ha visto obligado a cerrar su establecimiento por no haber obedecido la orden precedentemente recibida de poner fin a la emisión de emanaciones contaminantes, o de aquella en la que el constructor de un edificio no había obtenido la licencia de habitabilidad por haber construido de modo diferente al proyecto aprobado, o del transportista que no habiendo cumplido las necesarias formalidades, había dado origen al secuestro penal de las mercancías, posteriormente deterioradas. Vid. *Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990, pp. 124 y ss.

[708]Vid. *Cass.* 12 junio de 1973, nº 1706, en *Giust. Civ. Mass.*, 1973, p. 912.

neutra, de que el hecho del deudor haya provocado la intervención de la Autoridad, sino también la condición de la conducta del mismo bajo el perfil de la culpa. Se hace referencia, en este caso, a que el deudor ha de actuar con la diligencia adecuada, a los fines de obtener el necesario permiso de la Autoridad para consentir la ejecución de la prestación[709].

Asimismo, se ha indicado que, frente a la intervención de la Autoridad, el deudor no debe quedar impasible, sino que debe, en los límites señalados por el criterio de la diligencia ordinaria, utilizar y agotar todas las posibilidades que se le ofrecen para vencer o remover la resistencia o el rechazo de la Autoridad pública[710].

De este modo, se concluye que al deudor se le requiere una actividad diligente, no solamente para prevenir una eventual intervención de los órganos públicos que pueda suponer un impedimento a la ejecución de la prestación, sino también en el empeño, cuando sea necesario, para remover la prohibición o para obtener la necesaria autorización para la ejecución de la prestación[711].

Por último, nuestro Tribunal Supremo destaca que la exoneración del cumplimiento de la obligación que trae causa en la imposibilidad legal, no siempre debe suponer la total y absoluta ruptura del vínculo obligatorio, sino que queda al arbitrio de los Tribunales determinar cuál es el alcance de la imposibilidad, a través de una armonización de la misma con el principio de la conservación negocial[712].

Se señala, de este modo, que la imposibilidad de la prestación, en las obligaciones de hacer, determina la modificación de su contenido, de manera que el comportamiento o resultado material a realizar por el deudor, en beneficio del acreedor, será el que racionalmente resulte adecuado, atendidas las circunstancias del caso y la finalidad perseguida por el contrato, según se desprende de una interpretación del artículo 1.184

---

[709]Cfr. ANELLI, op. cit. en nota 707, p. 126.

[710]Vid. *Cass.* 25 de marzo de 1970, nº 818, en *Giur. It.* 1973, I, 1, c, 254 y ss.

[711]Cfr. ANELLI, op. cit. en nota 707, pp. 127-128.

[712]Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, op. cit. en nota 594, p. 345.

atemperada a su *ratio legis*[713].

[713]Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1987 (R.J.A. núm. 8372): «Con fecha 1 de noviembre de 1973 la señora demandante, usufructuaria de la finca «Acampo de Funes», la cedió en arrendamiento a la entidad Fomento de Obras y Construcciones S.A., con la exclusiva finalidad o destino de utilizarla para vertedero de basuras, estableciéndose en el contrato, como obligación específica de la entidad arrendataria, la de «quemar diariamente los plásticos y papeles contenidos en estas basuras, así como echar una capa de tierra que sea suficiente para evitar olores y peligros de salubridad de dicho terreno, siendo de cuenta exclusiva de la citada Sociedad todos los perjuicios y responsabilidades, tanto las exigidas por la Autoridad, como por los particulares». Este contrato se fue prorrogando sucesivamente hasta el 31 de octubre de 1983, en que fue rescindido de mutuo acuerdo, formulándose seguidamente por la arrendadora demanda en petición de que se condene a la arrendataria, a limpiar de plásticos y papeles la finca, a enterrar las basuras, y a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. La entidad demandada, y ahora recurrente, opuso diversas excepciones y adujo sobre el fondo, que tenía notificación del Ayuntamiento de Zaragoza, prohibiéndole expresamente quemar a cielo abierto cualquier tipo de basuras, plásticos o papeles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de las Ordenanzas de Limpieza de las Vías Públicas y Recogida de Basuras. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Zaragoza absolvió a la demandada, y la Audiencia Territorial la condenó solamente en lo relativo a la obligación de limpiar la finca arrendada de los plásticos y papeles existentes en ella». El Tribunal Supremo consideró, en este supuesto lo siguiente: «En el caso que nos ocupa, la finalidad perseguida por la cláusula contractual era dejar limpia de plásticos y papeles la finca; si esta limpieza no se puede realizar mediante su cremación a cielo abierto, esto no impide realizarla de otra manera (el fallo recurrido no señala el método); por lo que procede la modificación racional del contenido de la cláusula, de manera que, como señala la jurisprudencia citada, racionalmente resulte adecuado a la finalidad perseguida, sin que, por otra parte, pueda confundirse la imposibilidad con la dificultad». Vid. también la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1979 (R.J.A. núm. 523)

5. LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS

5.1. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1.100 DEL CÓDIGO CIVIL

El párrafo tercero y último del artículo 1.100 del Código civil regula la constitución en mora en las obligaciones sinalagmáticas, y señala que «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 origen del vigente artículo 1.100 se halla en el 1.007 del Proyecto de Código civil de 1.851, que no incluía el último inciso del último párrafo de la norma actual. Aquel precepto establecía respecto a esta materia, lo siguiente «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le es respectiva. Cuando hay mora, por parte de los dos contratantes, perjudica la posterior».

Por su parte GARCÍA GOYENA, en sus comentarios, solamente se ocupó en señalar, parcamente, que «El artículo 1907 de la Luisiana dice: "En los contratos que contienen obligaciones recíprocas, el que quiere constituir al otro en mora, debe, por su parte, cumplir las obligaciones". El que no cumple, mal puede reclamar del otro el cumplimiento, y de consiguiente constituirle en mora; pero se cumple por los medios prescritos en el párrafo 5, sección 2, capítulo 5, de este título: lo mismo se dispone en las leyes 31 al fin, título 1, libro 12, 13, párrafo 8, 25, párrafo 10, y 57, título 1, libro 21 del Digesto y en otras muchas». Y, respecto al último inciso, mencionaba el comentarista que: «Lo más común y frecuente es que la mora esté por parte del deudor; más puede también haberla por parte del acreedor. Cuando tal suceda, la cosa queda a riesgo del acreedor, leyes 91, párrafo 3, título 1, libro 45, y 72, título 3, libro 46 del Digesto; pero el deudor habrá de practicar lo expuesto en el párrafo anterior. Puede haberla por parte de los dos; y entonces *posterior nocet*, ley 17, título 6, libro 18 del Digesto, hablando de la mora del vendedor y del comprador; y la citada 91, porque el deudor puede enmendar o purgar la mora, *postea*

offerendo, y esta es cuestión de *bono et aequo*, leyes 27, título 5, y 35, título 11, Partida 5»[714].

Se ha señalado, respecto al Proyecto de 1.851, que la norma en cuestión contempla dos situaciones totalmente diferentes.

Por un lado, se hace referencia al momento en el que se le trasladan los riesgos al deudor. En este sentido, se indica que en las obligaciones recíprocas, por sus singulares características y condición, el retraso en el cumplimiento de la prestación a cargo de uno de los contratantes, no adquiere relevancia jurídica, aunque la deuda haya vencido y sea, por ello, exigible, mientras la otra parte no observe primero el trámite que supone su propio cumplimiento, o el allanamiento a cumplir.

El previo cumplimiento de una de las partes, como presupuesto para la constitución en mora de la otra, evidencia, de este modo, que el supuesto previsto en la señalada norma, artículo 1.007 del Proyecto de 1.851, es el de la obligación recíproca de cumplimiento simultáneo, en el que las obligaciones de ambas partes surgen y se actualizan al mismo tiempo, y los derechos de las mismas pueden ser desempeñados en el mismo momento. En consecuencia, se ha advertido a este respecto que parece ilógico admitir que ambas partes se requieran el cumplimiento de sus obligaciones y que con tal requerimiento las dos se encuentren constituidas en mora a la vez y, por ello, ambas deban indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el retraso, así como se encuentren legitimados para interesar la resolución del contrato al mismo tiempo[715].

En segundo lugar, se ha observado que el último inciso de la norma del Proyecto de 1.851, puede contemplar tanto un supuesto de purgación de la mora anterior en relación a la subsiguiente, como uno de compensación de moras[716].

---

[714]Cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, pp. 539-541.

[715]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que, además, señala que: «Se ha visto ya cómo en Derecho romano, el previo cumplimiento era un presupuesto necesario para exigir la responsabilidad, puesto que la acción no originaba consecuencia alguna si era susceptible de paralizarse mediante una excepción. En el Derecho actual ha de predicarse lo mismo de cualquier efecto de la obligación bilateral, por su propia estructura». Cfr. op. cit. en nota 25, pp. 560-561.

[716]Indica DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ a este respecto, lo siguiente: «La norma puede estar previendo que si el deudor de una obligación ha sido constituido en mora, y ofrece la prestación al acreedor con el ánimo de liberarse de su especial responsabilidad y extinguir la relación jurídica que les une, y éste se niega

No obstante, respecto a lo señalado en el último apartado del tercer párrafo del actual artículo 1.100, «Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro», se aprecia, en este sentido, que carece de precedentes legales. Aportación original de nuestro legislador que no se ajusta, sin esfuerzo, en el contexto del artículo que la contiene, ni en la construcción dogmática que desarrolla nuestra doctrina y jurisprudencia en torno a la institución de la *mora solvendi*[717].

Por otro lado, y aunque en los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno no se contempla una norma similar a la nuestra, respecto de las obligaciones recíprocas, esta especial regulación sí se encuentra en determinados Códigos civiles hispanoamericanos, todos ellos anteriores al nuestro, y en los cuales se regula esta figura en un artículo independiente de aquél en el que se contiene la regulación general de la mora del deudor.

Así, el Código civil de Chile de 1.855, en su artículo 1.609, establece que «En los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos». En semejantes términos también se pronuncia el artículo 1.609 del Código civil de Colombia de 1.887.

Por su parte, el Código civil argentino de 1.869 indica en su artículo 510 que «En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple

---

injustificadamente a admitirla, al incurrir en *mora creditoris* purgue la mora del deudor, quien para liberarse de su obligación deberá hacer la consignación judicial de la cosa debida, con los requisitos que el Código establece para ejercitar este medio solutorio. Pero, por otro lado, puede estar pensando en el caso de que las obligaciones recíprocas sean de cumplimiento no simultáneo y que constituyéndose el primero en mora, el acreedor, llegado el vencimiento de su obligación, tampoco cumpla con lo que le incumbe. En este caso, ambos estarían en mora y cada cual correría con sus propios riesgos. Esta segunda teoría no es más que una elucubración, puesto que no es posible la compensación de moras, estrictamente entendida, porque significaría que o bien cada parte correría con todos los riesgos fortuitos que afecten a su propia prestación y no se exonerarán en caso de imposibilidad fortuita de la prestación. O bien que ninguna de ellas tenga que soportar la responsabilidad por caso fortuito, que no deja de ser una falacia, porque siempre los efectos negativos de la imposibilidad han de recaer en alguna parte de la relación obligatoria. En mi opinión, más bien, el legislador del 51 como el del 89 están pensando en la imposibilidad de hablar si quiera de mora en el caso de que las obligaciones sean recíprocas y, por su propia estructura y naturaleza, de cumplimiento simultáneo». Cfr. op. cit. en nota 25, p. 561.

[717] Cfr. CRISTÓBAL MONTES que, igualmente, señala que esta circunstancia explica el que últimamente se haya incidido críticamente en posiciones que aceptaban de manera mecánica la letra del precepto, sin entrar a esclarecer ni examinar las razones jurídicas que pudieran existir para mantener razonadamente lo que el precepto parece establecer en su estricta textualidad. Cfr. *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1989, p. 14.

o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva»[718].

En cuanto a la actual redacción del artículo 1.100, se indica que, en sí mismo considerado, este precepto contiene dos reglas. La primera de ellas parece una aplicación de la excepción de incumplimiento contractual, de compensación de la mora[719], lo cual supone que si ambas partes se encuentran retrasadas en el cumplimiento de sus prestaciones, las dos situaciones se contrarrestan mutuamente. La segunda, se contiene en el último inciso, y puede ser interpretada de modo literal, en el sentido de que la mora comienza desde que uno de los obligados ha ejecutado la prestación a la que estaba obligado. Se establece, en este sentido, una regla sobre el momento del comienzo de la mora[720].

No obstante, se advierte que de la dicción de esta disposición, «ninguno de los obligados incurre en mora», no se puede hablar de constitución en mora, aunque sí de

---

[718]Vid. CRISTÓBAL MONTES que, por otro lado, critica la formula que utilizan tanto el legislador español como el argentino de «obligaciones recíprocas» y señala que la utilizada por los Códigos chileno y colombiano, de «obligaciones bilaterales», es superior. En tanto que la de obligaciones recíprocas es de muy dudosa justificación dogmática, pues confunde y mezcla el efecto con la causa, «y que, desde luego, los Códigos de factura técnica superior no utilizan». Cfr. op. cit. en nota 717, p. 16; en contra de el anterior jurista se pronuncia PADILLA que indica que no es cierto que la formula de obligaciones recíprocas sea de dudosa justificación dogmática y que sea mejor no emplearla. «Es mucho más acertado éste que el de *contrato bilateral*, ya que lo que nos interesa es el incumplimiento de las obligaciones que ostentan esa cualidad (la de ser recíprocas); son los deberes obligacionales los que se incumplen o cumplen, no el contrato, sea o no bilateral. Por comodidad de lenguaje se habla de *cumplimiento del contrato*, cuando en verdad se trata de cumplimiento o pago (que es lo mismo) de las obligaciones que ese contrato engendra (o modifica o extingue, etc.); esa postura confunde la causa (contrato) con el efecto (obligaciones, cuando aquél actúa en función genética). La previsión legal es acertada cuando alude a las obligaciones recíprocas, pues *éstas pueden tener otra fuente que no sea el contrato*, como, por ejemplo, las restituciones recíprocas que se deben luego de anulado un acto o contrato. Pero, hay más, se puede predicar reciprocidad obligacional en los contratos plurilaterales como los de sociedad (y en general en la numerosísima gama de los atípicos asociativos), pero no se puede decir, sin yerro, que se trate de contratos bilaterales». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 463.

[719]Cfr. DÍEZ-PICAZO que, del mismo modo, apunta que: «Aunque un obligado se haya retrasado en el cumplimiento de su obligación, no se encuentra en mora y no puede ser considerado como moroso, si el otro tampoco ha cumplido». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 640; vid. también, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 561; para MANRESA el último párrafo del artículo 1.100, conforme al espíritu del Derecho anterior, no ofrece dudas en cuanto a su alcance ni en cuanto a su fundamento, pues se basa en la admisión de la compensación de mora que se establece en la íntima relación que guardan las obligaciones recíprocas o bilaterales, en las que el cumplimiento de cada una debe ser, por lo general, para el cumplimiento de la otra, supuesta condición para que existan. «Decimos, por lo general, porque en bastantes casos podrán establecerse fechas distintas para el cumplimiento de cada una de las obligaciones recíprocas, y en este caso, fundado en la libertad de los contrayentes, la *mora en la obligación que debió cumplirse primero* no se apreciará con arreglo al último párrafo del art. 1.100, sino conforme a las reglas y excepciones que en los párrafos anteriores establece». Cfr. op. cit. en nota 83, p. 129.

[720]Para DÍEZ-PICAZO en una primera observación, este ultimo inciso que se comenta, excluye, para el concreto supuesto de hecho, la regla de mora por interpelación y la sustituye por una de mora automática. Esta conclusión no ha sido pacífica ni en la doctrina ni en la Jurisprudencia, por lo que, para este autor, sería necesario examinarla con más detenimiento. Vid. op. cit. en nota 3, p. 640.

retraso en el cumplimiento, lo cual tiene como resultado el hecho de que si no hay mora, no cabe, por tanto, hablar de incumplimiento contractual. Todo ello ratifica la idea de que para considerar al retraso en el cumplimiento como jurídicamente relevante es necesario que éste se considere como incumplimiento en sentido estricto, lo cual requiere, como presupuesto inexcusable, que la prestación haya sido exigida, y que, como establecía el Derecho romano, a esta efectiva exigencia no sea posible oponerle excepción alguna.

Así, el que uno de los contratantes se retrase en el cumplimiento, no se considera incumplimiento hasta que la otra parte le haya exigido la ejecución de la prestación a su cargo. Desde ese momento, su retraso será reputado ilícito, lo que tendrá como resultado la generación de todos los efectos de la responsabilidad contractual, entre los que se encuentra la mora o traslación de los riesgos al incumplidor.

Llegados a este punto, la cuestión que se plantea es la de determinar si el previo cumplimiento de una de las partes es fundamento imprescindible para establecer el incumplimiento de la otra, o si, por el contrario, nos encontramos ante dos realidades jurídicas completamente autónomas entre sí.

Para resolver este problema, se ha sugerido, con acierto, que debe tenerse en cuenta cuál es el momento en el que surge la obligación de cumplir para cada una de las partes en la relación jurídico obligatoria. Si ambas surgen en el mismo instante, nos encontramos ante una hipótesis de cumplimiento simultáneo, en la que se infiere que el previo cumplimiento de una de ellas es requisito ineludible para considerar incumplidora a la otra. Si, de otro modo, la obligación recíproca es de cumplimiento no simultáneo, se concluye, por el contrario, que la ejecución precedente de uno de los obligados no es necesaria para el incumplimiento del otro, en este sentido, cabe la consideración de una de las partes como incumplidora y morosa, y la otra no[721].

Sin embargo, la cuestión principal que tradicionalmente ha planteado la interpretación de este último párrafo, ha sido la de determinar si nos encontramos con una hipótesis más de *mora ex re* o mora automática, o si, por el contrario, se aplican las reglas

---

[721]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 562-563; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 643-644; vid. también MANRESA, op. cit. en nota 83, p. 129; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, pp. 200 y ss.; BADOSA, op. cit. en nota 35, p. 33; PADILLA, op. cit. en nota 1, pp. 473 y ss.

generales de constitución en mora mediante interpelación.

No obstante, no es éste el único problema, a pesar de que pueda considerarse el más importante, que puede surgir de la exégesis de esta normativa.

En este sentido, se cuestiona si es o no necesario el cumplimiento de una de las partes para exigir la ejecución de la otra, o si cabe que aquél aún no esté obligado a cumplir. O, si, por otro lado, se requiere que ambas partes hayan incumplido su obligación o es suficiente con que tal infracción se constate solamente en una de ellas. También cabe preguntarse si este supuesto está haciendo referencia a la *exceptio non adimpleti contractus*. Incluso es posible interrogarse por el motivo por el que se requiere el cumplimiento de una de las partes para que exista una efectiva traslación de los riesgos fortuitos a la otra, y cuál es la verdadera finalidad de esta norma[722].

5.2. LA NECESIDAD DE INTERPELACIÓN

Como ya se ha señalado, el problema básico que ha planteado la interpretación del último párrafo del artículo 1.100 de nuestro Código civil, surge con respecto a si se considera necesaria o no la interpelación para que exista la mora en las obligaciones sinalagmáticas. El estado actual de la discusión en nuestra doctrina y jurisprudencia se puede sistematizar en las siguientes cuatro posiciones fundamentales.

5.2.1. LA TESIS TRADICIONAL

A partir de una interpretación literal del texto del tercer párrafo del artículo 1.100, la doctrina, habitualmente, entendía que la regla general según la que, para constituir en mora al deudor se precisaba la interpelación o el requerimiento, no solamente conocía las dos excepciones que, de modo expreso, fijaba el segundo párrafo de este precepto, sino que, además, existía una tercera que, aunque no se enunciaba de modo manifiesto, sí se infería

---

[722]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que señala que: «Para alcanzar la solución a estos interrogantes es necesario recurrir, una vez más, a los criterios hermenéuticos del artículo 3 del Código civil». Cfr. op. cit. en nota 25, p. 556.

cómodamente del espíritu y de la letra de la señalada norma.

De esta manera, se admitía, con carácter general, que en las obligaciones recíprocas, si una de las partes cumplía su obligación, la otra, instantáneamente, y sin necesidad de requerimiento alguno, incurría en mora, por el solo hecho del cumplimiento de la otra parte de la obligación a su cargo[723].

De esta tesis, se ha indicado que tiene a su favor la aparente claridad del texto legal, y lo equilibrado de la consideración de que el artículo 1.100 formula, en principio, la regla general de constitución en mora mediante intimación, y que el resto de la norma incluye las excepciones a tal regla absoluta, es decir, regula los supuestos de constitución en mora automática, sin necesidad de interpelación, incluida la hipótesis de las obligaciones recíprocas cuando uno de los obligados cumple lo que le incumbe, supuesto en el que no es necesaria la intimación[724].

A pesar de ello, a esta postura doctrinal se le ha objetado el hecho de que sus defensores no han tratado de sostener argumentos de rigor en torno a una serie de puntos que dan por supuestos, de modo que se atribuye a la letra de la ley una eficacia y una validez que no es sensato asignar a las poco técnicas y precisas expresiones de nuestro actual Código civil[725].

El Tribunal Supremo, en una jurisprudencia que ha sido calificada de vacilante[726], también se ha inclinado por esta interpretación en numerosas sentencias.

Así, entre otras, la Sentencia de 24 de octubre de 1941 (R. J. A. núm. 1.091) indicó lo siguiente: «se ha de tener en cuenta que el citado artículo 1.100 del Código civil, en su

---

[723]Vid. JORDANO BAREA, *Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita*, Anuario de Derecho Civil, 1951, p. 306 y nota 3; PUIG PEÑA, op. cit. en nota 643, pp. 174-175; CASTÁN, op. cit. en nota 566, p. 214; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil, Tomo I, Vol. II*, Barcelona, 1959, p. 426; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español, Vol. III*, Madrid, 1983, p. 207; SANTOS BRIZ, *Comentario al artículo 1.100 del Código civil, Código civil. Doctrina y Jurisprudencia, dirigido por Albácar López, Tomo IV*, Madrid, 1995, p. 64; MANRESA, op. cit. en nota 83, p. 133.

[724]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 717, p. 18.

[725]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 717, p. 18; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, op. cit. en nota 642, p. 84; OGÁYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral*, Pamplona, 1983, p. 25; ALBALADEJO, op. cit. en nota 83, pp. 367-368.

[726]Cfr. ALBALADEJO, *La mora en las obligaciones recíprocas*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1968, p. 14; vid. también, OGÁYAR Y AYLLÓN, op. cit. en nota 725, p. 25.

último apartado, hace innecesaria la intimidación del acreedor en las obligaciones recíprocas, estableciendo que, en ellas "desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro", lo que aplicado al caso del presente recurso, significa que, desde el momento en que vencían los términos señalados en el contrato de autos para pagar el precio de las entregas de leche, la obligación recíproca se convertía en pura, y quedaba incurso en mora el comprador, al no satisfacerlo»[727].

La Sentencia de 9 de noviembre de 1944 (R. J. A. núm. 1.183) declaró, en este sentido, que: «es evidente la improcedencia del fallo que condena al comprador a rescindir dicho contrato, puesto que el precepto general del artículo 1.100 relativo a la mora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas en el último párrafo de su número segundo en el sentido de no ser necesario el requerimiento previo al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe...» [728].

Asimismo, la Sentencia de 22 de marzo de 1950 (R. J. A. núm. 710) estimó lo siguiente: «...porque incumplido el compromiso por el actor no tenía el recurrente precisión de requerirle para situarle en mora -como asevera el fallo recurrido- porque a tenor de lo estatuido en el artículo 1.100 del Código civil, en las obligaciones recíprocas es innecesaria toda interpelación, por lo mismo que, desde que uno de los obligados cumple su obligación

---

[727]La Sentencia de 24 de octubre de 1941 considera probados los siguientes hechos: el 29 de agosto de 1933 se celebró un contrato entre don Miguel B., dueño de la Granja M., y don José P., por el cual, y aparte de otras estipulaciones, se obligaba aquél a suministrar a éste leche fresca o preparada en la cantidad que necesitase para su venta al detalle, por el precio que rigiese en la plaza, así como también a no instalar ningún despacho dentro de determinada zona, y a su vez P. se comprometía a adquirir y expender los productos de M., pagando el importe durante cada semana, el jueves próximo inmediato. El contrato funcionó normalmente hasta el año 1934, y después de haber surgido discrepancias por entender el sr. P. que el precio que se le cobraba por el sr. B. era superior al corriente en plaza, formuló este último al primero, un requerimiento en el que declaraba resuelto el contrato por falta de pago y reclamaba unas cantidades por deudas anteriores y por el suministro de las tres últimas semanas de leche fresca. Por el sr. P. se interpuso demanda reclamando el cumplimiento del contrato. En juicio de mayor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Barcelona y la Audiencia de la misma capital, se dictó sentencia desestimatoria de la acción y estimatoria de la reconvención formulada por el sr. B., y se condenó al demandante a tener por resuelto el contrato objeto del pleito y a otros particulares derivados de éste. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley a nombre del demandante, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

[728]Se señala en la citada Sentencia de 9 de noviembre de 1944: «En juicio de mayor cuantía sobre resolución de contrato, seguido ante el Juzgado de Villanueva y Geltrú y la Audiencia de Barcelona, se dictó sentencia declarando haber lugar a la resolución del contrato privado de compraventa celebrado entre actor y demandado y condenando en consecuencia a éste a dejar libre a la disposición del demandante la finca objeto del contrato resuelto. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley se declaró haber lugar a él, casándose la resolución recurrida y absolviéndose por la segunda sentencia al demandado, cuya reconvención se estimó condenando al actor a recibir el precio y a otorgar la correspondiente escritura de venta».

comienza la mora para el otro».[729].

La Sentencia de 17 de marzo de 1956 (R. J. A. núm 1.168) indicó que: «..., en el presente caso, la mora determinada, además, por el último párrafo del indicado artículo, según el cual en las obligaciones recíprocas, como lo son las que se derivan de la relación jurídica causante de la deuda que se reclama, aquélla comienza para uno cuando el otro cumple su obligación, como la cumplió el actor sin que nadie lo contradiga y demuestra el reconocido pago parcial del obligado y sus deseos de pagar los intereses que recoge la Sala de instancia...»[730].

---

[729]La Sentencia de 22 de marzo de 1950 declara probados los siguientes hechos: «1° Que en 3 de marzo de 1941 los señores D. y B., y don Esteban M., suscribieron un contrato comprometiéndose éste a entregar a aquellos en el plazo de un año, o antes si era posible, 20.000 postes de diferentes medidas, y a precios distintos, en relación con éstas; 2° Que el vendedor inició el cumplimiento del compromiso, suministrando a los compradores cierta cantidad de postes, cuyo precio percibió negociando dos letras de cambio aceptadas por el actor en el Banco de Crédito Navarro de Pamplona; 3° Que asimismo, los compradores se habían obligado a construir, en el mencionado Banco un depósito para el pago de las facturas correspondientes al suministro de la mercancía vendida, sin que, ni antes ni después de la fecha del contrato, fuera aquél constituido. 4° Que como el vendedor, después de las entregas indicadas, suspendiese el suministro, fue verbalmente requerido por el actor, para que cumpliese lo pactado, inhibiéndose aquél de su compromiso. En juicio de mayor cuantía sobre resolución parcial, por incumplimiento de un contrato de suministro de postes e indemnización de daños y perjuicios, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia y la Audiencia de Pamplona, a virtud de demanda interpuesta a nombre de don José Mª D., contra don Esteban M., se dictó sentencia declarando resuelto el contrato objeto del pleito en cuanto a la mitad que al sr. D., se refería, toda vez que la otra mitad afectaba a don Ramón B. que no era parte en el pleito, y condenando al demandado a la indemnización de daños y perjuicios. Interpuesto por el demandado recurso de casación por infracción de Ley, se dio lugar a él, casándose la sentencia recurrida y dictándose otra por la que se absolvió al demandado».

[730]Se indica en la referida Sentencia de 17 de marzo de 1956: «Mediante escrito de fecha 20 de mayo de 1947 el actor, don Florencio A., dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Sebastián, demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, contra doña Emilia O. y doña María O., alegando sustancialmente como hechos: que don Luis G. C. falleció en San Sebastián el día 3 de febrero de 1945, dejando como heredera de todos sus bienes a su esposa doña Timotea O.; que a su vez falleció doña Timotea el 17 de mayo de 1945, y como dicha señora no había otorgado testamento, se procedió a la declaración de herederos abintestato, y a resultas del mismo, fueron declaradas herederas de la fallecida, doña María O. y doña Emilia O., heredando esta última en representación de su difunto padre don José O., y la primera como hermana de doble vínculo y por su propio derecho; que en las escrituras particionales en la cláusula final de la misma, se dice que en el caso de haber otros acreedores, responderán indistintamente ambas herederas; que el objeto de este pleito era la reclamación a las demandadas de la cantidad de 22.485,96 pesetas como resto impagado de obras ejecutadas por cuenta y encargo de don Luis G. C., comprendiendo el principal e intereses, ascendiendo el primero a 10.150 pesetas y los segundos a 12.335,96 pesetas por la mora del deudor desde el 27 de junio de 1920; que las herederas quizá por desconocimiento de la voluntad del finado, tratan de evitar el pago de los intereses que se reclaman, o a lo sumo los quieren pagar desde la fecha de 4 de agosto de 1941, en que el sr. G. C. extendió un documento reconocedor de que, efectivamente, el saldo de las obras impagado hacía un total de 10.150 pesetas; que a partir del 27 de junio de 1920, las reclamaciones por parte del actor para que se le satisficiese su crédito habían sido constantes. Terminó suplicando se dictase sentencia condenando a las demandadas al abono al actor de la cantidad de 10.150 pesetas en concepto de principal, más 12.335,96 pesetas como intereses del principal desde el 27 de junio de 1920 hasta la fecha de la interposición de la demanda, más los que se produjesen desde esta fecha hasta su completo pago al actor de las referidas cantidades, con expresa condena en costas. La parte demandada se opuso alegando que no

En esta misma línea, la Sentencia de 17 de enero de 1967 (R. J. A. núm. 77) señaló: «Que el principio general de Derecho *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*, consagrado en el primer párr. del art. 1100 del C. Civ., subordina su aplicación en las obligaciones recíprocas al mutuo cumplimiento de lo que a cada contratante incumbe porque la interpretación contraria equivaldría a hacer a uno de ellos de peor condición que el otro, razón por la cual el inciso final de dicho precepto y la doctrina legal que le desenvuelve, establecen que no es necesario la interpelación judicial o extrajudicial del acreedor al deudor en tales hipótesis, por no ser justo que una de las partes se aproveche al mismo tiempo y sin la adecuada contraprestación de la cosa recibida y de lo que a su vez estaba obligado a entregar (SS. de 3 diciembre 1898, 15 febrero 1905, 10 enero 1920 y 22 marzo 1950 R. 710)»[731].

Por su parte, la Sentencia de 27 de enero de 1978 (R. J. A. núm. 16) consideró que: «...porque el último párrafo de dicha norma -art. 1.100- establece, sin el menor género de

---

se halla obligada al pago de cantidad en concepto de intereses de mora en la que inexactamente se decía incurrió el sr. G. C. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda sin expresa imposición de costas. Apelada la sentencia la Audiencia Territorial con revocación parcial de la apelada, estimó la demanda propuesta por el actor, condenando a las demandadas solidariamente, a que abonasen al actor la suma de 10.150 pesetas con sus intereses legales, a partir del 27 de junio de 1920 hasta 30 de mayo de 1947, fecha en que se presentó la demanda, importantes 12.335,96 pesetas, descontando de esta suma la de 550 pesetas abonadas a cuenta de estos intereses: así como al pago de los intereses legales vencidos o que venzan por ambas cantidades hasta su completo pago desde la indicada fecha de la presentación de la demanda, sin expresa imposición de costas. Se interpuso recurso de casación por los motivos que se recogen en los considerandos que se insertan. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto».

[731]Hace referencia la Sentencia de 17 de enero de 1967 a los siguientes hechos: «Mediante escrito de fecha 15 de julio de 1963, doña Aurora A., por sí y como representante legal de sus hijos menores de edad, Miguel A., Aurora y José M. L. A., representada por un Procurador, dedujo ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de los de Zaragoza, demanda contra don Mariano M. R. y don Aurelio M. G., sobre reclamación de cantidad. La actora alega: que mediante contrato de compraventa, formalizado en documento privado en Zaragoza el día 12 de enero de 1962, el esposo de la actora, había vendido a los demandados los siguientes bienes: un tractor, una furgoneta, un remolque, escarificador, un arado, un abrezanjas, una vibradora, tres moldes, diferentes herramientas y sus derechos sobre un modelo de utilidad relativo a un salto de agua prefabricado, por el precio de 500.000 pesetas, si bien se tuvo que señalar diferentes cantidades a cada uno de los vehículos como precio por ser necesario para la tramitación de las transferencias de dichos vehículos; que se estipuló el pago del precio en diferentes plazos, habiendo vencido varios plazos por un valor de 300.000 pesetas sin haber sido satisfechos, por lo que se reclama su cumplimiento. Los demandados se opusieron alegando incumplimiento del contrato por parte del vendedor al no haber entregado la totalidad de los bienes vendidos y no entregar la documentación relativa a los vehículos de motor objeto de la venta, por lo que formulaban reconvención, reclamando los daños y perjuicios que por incumplimiento de la parte actora se han causado a los demandados. El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia estimando la demanda, y absolviendo de la reconvención. Apelada la sentencia la Audiencia lo confirmó, sin expresa condena en costas del recurso. Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto».

dudas que, en las obligaciones recíprocas, dentro de las que se configura la que sirvió de objeto al contrato en torno al que gira este proceso, la mora empieza para el incumplidor desde que el otro contratante cumplió su obligación, sin necesidad, como dice la sentencia de 22 de marzo de 1950 (R. 710), de previa interpelación del acreedor,...»[732].

En esta misma dirección, la Sentencia de 29 de noviembre de 1982 (R. J. A. núm. 6.938) expuso lo siguiente: «Que es sabido, según declaró ya la S. de 9 de noviembre de 1944 (R. 1183), que el precepto general del art. 1100, relativo a la mora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y de no ser necesario el requerimiento al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe según el contrato...»[733].

La Sentencia de 29 de marzo de 1985 (R. J. A. núm. 1.256) señaló lo siguiente: «...el juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución en mora de uno de los obligados cuando el otro sujeto del contrato cumplió las suyas, efecto que se produce de modo automático cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han

---

[732]El supuesto planteado en la Sentencia de 27 de enero de 1978 es el siguiente: «La entidad S. G. S. M. B. H. formuló ante el Juzgado de 1ª instancia núm. 1 de los de Valencia demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra don Enrique C. O., sobre reclamación de cantidad. La actora, dedicada a la fabricación y venta de artículos textiles, tuvo relaciones comerciales con el demandado desde julio 1969 hasta 1973. Entre ambos se suscribió un contrato de representación, por el cual se designaba al demandado como agente y distribuidor de ciertas mercancías de la entidad actora para el territorio español, estableciéndose que el pago de las facturas se efectuaría por el demandado a 180 días de la fecha de la factura sin descuento y que la entidad actora no sería en ningún caso responsable por el pago de impuestos internos en España. Como consecuencia de dichas relaciones comerciales existe un saldo a favor de la actora cuyo importe reclama, y con carácter subsidiario, que se declare resuelto el contrato de compraventa, condenando al demandado a la devolución, a su cargo, de las mercancías en perfecto estado y aseguradas hasta el almacén de la actora y al pago de una indemnización por daños y perjuicios, con costas. El demandado se opuso a la demanda. El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia estimando en parte la demanda, sin imposición de costas. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó, sin expresa declaración sobre costas causadas en el recurso. La representación del demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley. El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto».

[733]La Sentencia de 29 de noviembre de 1982 declaró probados los siguientes hechos: «Que por contrato suscrito en documento privado de 1 de octubre de 1973 el hoy recurrido, dueño y constructor de unos bloques de viviendas en Altea, vende al matrimonio hoy recurrente, Sres. L. S., una vivienda compuesta de tres apartamentos por precio total de dos millones setecientas mil pesetas. Que el comprador dejó de pagar una parte importante del precio total de la compra, por lo que el vendedor le requirió notarialmente, ante el impago, a los efectos de que satisficiera la suma adeudada. En el acto del requerimiento, y en el supuesto de que no se proceda al pago por el requerido, de la señalada cuantía, se declare resuelto el contrato de compraventa de los citados apartamentos. Requerimiento que fue contestado, negándose el comprador al pago, fundado primero en que el requirente no había cumplido con sus obligaciones, y después en que no había transcurrido el total plazo de pago, que no expiraba sino en el último día de diciembre, en interpretación del requerido. Promovida demanda judicial interpuesta por el vendedor, el Juzgado de 1ª Instancia estimó la demanda y declaró resuelto el contrato de compraventa. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. Se interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo».

sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempos diversos»[734].

Y, finalmente, la Sentencia de 13 de marzo de 1987 (R. J. A. núm. 1.478) que, con esta misma orientación, consideró que: «...en relación además con el último párrafo del artículo 1.100 del Código civil el cual, después de afirmar que en las obligaciones recíprocas ninguno de lo obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe, taxativamente concluye diciendo que «desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro»[735].

5.2.2. LA POSICIÓN DE ALBALADEJO

El profesor ALBALADEJO entiende que lo que el párrafo último del artículo 1.100 del Código civil significa, no es que elimine la exigencia de la interpelación para la constitución en mora en aquellas obligaciones, sino que, ésta se conserva, de modo que, en ellas, se requiere además que la parte que intime haya cumplido o se haya allanado a cumplir la obligación a su cargo.

---

[734]La Sentencia de 29 de marzo de 1985 declaró probados los siguientes hechos: las entidades Z., S.A. y V., S.A. otorgaron un contrato para la ejecución de los trabajos de carpintería de aluminio y acristalamiento a efectuar por la segunda en el edificio F-1 de la calle P. C. número 21, en Madrid, con sujeción a las condiciones, plazos y precios que los otorgantes especifican en su clausulado. Sucedió que rematada la obra por la sociedad contratista y recurrida le fue negado el pago por Z., S.A., e interpuesta demanda en reclamación de cantidad cifrada en dos millones quinientas trece mil quinientas ochenta pesetas, la comitente opuso, además de la inobservancia de preceptos de indole fiscal, defectos en el resultado, pues "los trabajos encargados no son perfectos en su realización", y tardanza en la entrega, pero sin concretar cuáles son esas pretendidas irregularidades reñidas con la *lex artis*, ni en qué consistió la demora; habiendo prosperado íntegramente en ambas instancias la pretensión de condena, incluso en lo referente al pago de las costas procesales. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. Y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso y condenó a la parte recurrente al pago de las costas en él ocasionadas y a la pérdida del depósito constituido.

[735]En la Sentencia de 13 de marzo de 1987, se resolvió el siguiente supuesto: Se interpuso demanda ante el Juzgado de 1ª Instancia de la Seo de Urgel, a instancia de D. Esteban M., Don Ramón M. y Don Pedro F., contra Don Juan E. T., sobre reclamación de cantidad. La parte demandada se opuso a la demanda y formuló reconvención. Por el Juzgado de 1ª Instancia se dictó sentencia en la que estimó en parte la demanda planteada así como también la reconvención, y condenó, entre otros pronunciamientos, al demandado a satisfacer a los actores una indemnización de dos millones novecientas mil pesetas, en cumplimiento de la cláusula penal pactada, por retraso en la ejecución de la obra contratada. El demandado deberá, del mismo modo, proceder a la entrega definitiva de la obra a los actores. Y los actores, a su vez, deberán satisfacer al demandado la suma de setecientas veintiuna mil treinta y ocho pesetas, importe de las partidas admitidas como debidas de las reclamadas en la demanda reconvencional deducida, con sus intereses legales, desde esta fecha hasta su pago. Apelada la sentencia por la parte demandada, la Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la sentencia apelada. La representación del demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

De esta manera, para este autor, la constitución en mora en este tipo de obligaciones exige tanto el cumplimiento o el allanamiento a cumplir, como el requerimiento por parte de aquél que quiera constituir en mora a su contraparte, toda vez que, entiende que no parece, por ser injusto, que pueda constituir en mora a la otra parte quien todavía no ha cumplido su obligación[736].

Los argumentos que utiliza este jurista en defensa de su tesis son los siguientes:

En primer lugar, considera que la especial naturaleza de las obligaciones recíprocas confirma el que no pueda surgir la mora para un deudor sin que la otra parte haya cumplido o se haya allanado a cumplir, pero no evidencia que se dispense del requisito general de la intimación[737].

En segundo lugar, de la propia estructura del artículo 1.100, que está dividido en párrafos y apartados numerados, se infiere que se encuentra estructurado en tres partes. Una primera, que regula la constitución en mora mediante requerimiento; una segunda, que es la del segundo párrafo, números 1 y 2, y que contempla la mora automática, ambas partes, primera y segunda, se refieren a las obligaciones unilaterales; y la tercera, que es la que abarca el último párrafo del señalado precepto, se refiere a las obligaciones recíprocas. Este último párrafo no constituye una excepción a la regla de la constitución en mora mediante requerimiento, sino que es una norma singular para esta clase de obligaciones, que añade

---

[736]Cfr. ALBALADEJO, op. cit. en nota 726, pp. 11 y ss.; y en *De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas, Estudios Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo, Vol. I*, Madrid, 1988, pp. 30 y ss.; y en op. cit. en nota 83, pp. 364 y ss.; y en op. cit. en nota 107, pp. 200-201.

[737]Señala, en este sentido ALBALADEJO: «Se hace cuesta arriba que en un Derecho, como el nuestro, de mora mediante interpelación, quepa poner en mora no interpelando en el caso de obligaciones recíprocas, dándose en éstas, cuando se den, las mismas circunstancias que aconsejan la regla general de mora mediante reclamación, y pidiendo la especialidad del caso sólo que haya cumplido el requirente, no que se le releve de requerir. Esto que digo ahora no es sino un desarrollo del primer argumento de mi trabajo antiguo a favor del requerimiento. Pero insisto en él para poder poner de relieve en particular cómo desencaja especialmente en un sistema de mora mediante requerimiento, que no haga falta requerir en el caso de obligaciones recíprocas con cumplimiento aplazado de una cuando ya cumplida la primera no se cumple a tiempo la segunda (¿por qué entregada la cosa y aplazado el pago del precio, no hay tanta razón para que haya que reclamarlo para poner al comprador en mora [cuando no paga al vencimiento del plazo] como cuando se pide el pago de una suma no debida recíprocamente?). Y lo mismo se diga de no haber razón para no tener que requerir el cumplimiento de obligación recíproca de vencimientos periódicos, como si entregada la cosa al arrendatario, los vencimientos mensuales de la renta pusiesen en mora automática a aquél sin que le pida el cobro el arrendador. Y otro tanto cabe decir de no haber razón para no tener que requerir el cumplimiento de la obligación recíproca de pagar unos servicios que se prestaron, y entender que quien no los pagó está en mora, sin haber sido requerido, desde que se le prestaron». Cfr. op. cit. en nota 736, p. 49.

a los requisitos exigidos para las obligaciones unilaterales, señalados en los dos primeros párrafos de este precepto, otro para las bilaterales, es decir, el previo cumplimiento o el allanamiento a cumplir del otro obligado.

En tercer lugar, si se sigue la opinión de que desde el cumplimiento de una parte comienza la mora para la otra, puede llegarse a la insólita conclusión de que estaría en mora incluso quien todavía no ha cumplido porque ignora que cumplió también el otro.

En cuarto lugar, señala este civilista que el Proyecto de Código civil de 1.851 contenía una norma legal similar al vigente artículo 1.100 y, no obstante, GARCÍA GOYENA no dedujo que ello supusiese que se suprimía la exigencia del requerimiento. La especialidad de la mora en las obligaciones recíprocas, en el Proyecto de 1.851, fue introducida no para que se pudiese constituir en mora sin necesidad de requerimiento, sino para exigir el cumplimiento del otro, además de la intimación.

Como quinto argumento, el autor hace referencia a la relación del último párrafo del artículo 1.100 con el artículo 1.501[738], lo cual supone que debe entenderse aquél en el sentido de ser necesario el requerimiento, pues de lo contrario, el artículo 1.501 resultaría casi o totalmente inútil, además de incompatible con el modelo del artículo del que se tomó[739].

---

[738]Artículo 1.501 del Código civil. «El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, en los tres casos siguientes:

1°. Si así se hubiese convenido.

2°. Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta.

3°. Si se hubiese constituido en mora, con arreglo al artículo 1.100».

[739]Indica ALBALADEJO que si se parte de la necesidad de requerimiento, el artículo 1.501 tiene todo él un sentido perfectamente natural, mientras que si se considera lo contrario, «hay que hacer verdaderos juegos malabares para encontrarle un sentido y una utilidad que, con todo, resultan dudosos». Para el autor, si se parte de que el solo cumplimiento de una de las partes es suficiente para constituir en mora a la otra parte, y si se tiene como presupuesto que la cosa haya sido entregada, cabe estimar una de las dos hipótesis siguientes: «A) O que los apartados 1° y 2° del artículo 1.501 son inútiles, puesto que, estando constituido en mora, el comprador desde la entrega de la cosa, bastaría el apartado 3° para dejar establecido que, a tenor del 1.100, apartado último, debe intereses. Intereses que se deberían, pues, sin necesidad de los apartados 1° y 2°, también en los casos de los mismos, ya que, en ello, como está entregada la cosa, está en mora el comprador y debe intereses desde la entrega, y no sólo si se han pactado o si la cosa produce fruto o renta, sino también, si no se han pactado o si la cosa no produce fruto o renta. B) O que esos apartados 1° y 2° se refieran al caso de que, a pesar de que la cosa esté entregada, el comprador no esté en mora. Lo cual no puede tener lugar sino cuando el vendedor debía cumplir su obligación antes que el comprador la suya; hipótesis cuyo caso más corriente será el de que las partes hubiesen pactado aplazamiento en el pago del precio o que éste, a pesar de estar entregada la cosa, no pueda ser exigido hasta el otorgamiento de la escritura pública de venta». Si se acepta tal planteamiento, continúa el autor, el artículo 1.501 supondría que el comprador debe intereses del precio cuando esté constituido en mora, lo que tiene lugar automáticamente desde que la cosa le fue entregada -1.501.3°- y los debe también, aunque no esté en mora, si,

En sexto lugar, señala este jurista que, si con los anteriores razonamientos no quedara suficientemente acreditada la necesidad del requerimiento, lo que si está claro es que la consideración opuesta es, cuanto menos, dudosa. Por lo tanto, si consideramos confusa a una excepción -la no exigencia de requerimiento-, parece que es más procedente admitir que en este supuesto -obligaciones recíprocas- deba aplicarse, igualmente, la regla general[740].

Asimismo, continúa, ni en el Derecho romano ni en los demás antecedentes históricos de nuestro Derecho se da un trato especial, ni excepcional a la mora en las obligaciones recíprocas respecto a la mora en las obligaciones unilaterales, y mucho menos el de eliminar, para las primeras, el requisito de la interpelación[741].

Tampoco en los Códigos actuales de nuestro entorno existe un trato especial para la constitución en mora en las obligaciones recíprocas, ni se suprime el requerimiento en las

---

habiendo recibido la cosa, se pactó de ese modo -1.501.1°- o si la cosa produce fruto o renta -1.501.2°-. Dar este sentido al artículo 1.501 supone restringir la efectividad de sus dos primeros apartados en el supuesto de que el pago del precio esté, por cualquier motivo, aplazado o diferido. Para ALBALADEJO tal restricción limita también el deber de pagar intereses por el precio, en los supuestos de pago diferido, y así como se muestra que se trata de un sentido forzado, pues el natural es el que se obtiene si se parte de que hace falta el requerimiento para la constitución en mora. Si, por el contrario, se parte de la necesidad del requerimiento, estas disposiciones significan que, si el vendedor ya ha cumplido, el comprador debe intereses: «1°. Cuando, aún sin estar en mora (porque no fue requerido) y sin producir la cosa fruto o renta, se pactó así (1.501.1°). Lo que es natural, pues se basa en la libertad de pacto. 2°. Cuando, aun sin estar en mora (porque no fue requerido), la cosa produce fruto o renta (para que no obtenga éstos y los rendimientos del precio que no pagó aún) (1.501.2°). 3°. Cuando, requiriéndolo, el vendedor lo constituya en mora (1.501.3°). De esta forma se da al artículo 1.501.3°, un sentido que, además de ser perfectamente natural, concuerda por completo con sus antecedentes, ya que fue tomado del Código francés, artículo 1.652, cuyos dos últimos apartados dicen que el comprador debe intereses del precio si ha sido requerido de pago, y que los debe desde el requerimiento. Y fue tomado del Código francés a través del Proyecto de 1851, según cuyo artículo 1.430, el comprador debe intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio... 3°, «si se hubiese constituido en mora, con arreglo al artículo 1.007»; siendo así, que la constitución en mora, a tenor de ese artículo 1.007, apartado penúltimo, no es automática por el hecho de que cumpla la otra parte, sino que, como ya vimos, de lo que advertía GARCÍA GOYENA, se deduce que hace falta el requerimiento». Cfr. op. cit. en nota 726, pp. 25-28.

[740] Vid. estos argumentos en ALBALADEJO, op. cit. en nota 726, pp. 22-25.

[741] Apunta ALBALADEJO que el párrafo penúltimo del artículo 1.007 del Proyecto de 1.851 no significa un trato distinto para las obligaciones recíprocas, sino que supone el introducir el dato de que mientras uno no cumpla -o no se allane a cumplir- no puede poner en mora al otro. «Pero por mucho que ese inciso *literalmente* tomado diga una cosa, es inaceptable darle ese sentido literal cuando queda claro, por todas las razones anteriores, que al legislador se le fue la pluma más lejos de su idea. Y es más, si es que su idea hubiese sido suprimir la necesidad de requerimiento, no se explica cómo no lo dijo, y pasó la cosa como si nada, cuando era variar la regulación dada al extremo antes. Y ni aparece indicio ni explicación de semejante operación ni del cambio de texto del Proyecto al Anteproyecto, lo que prueba que en el texto de éste, que fue el que tomó el Código, el inciso no se incluyó para *alterar* sino para *explicar* (explicar mal, por cierto)». Cfr. op. cit. en nota 736, p. 48.

mismas.

Por otro lado, continúa ALBALADEJO, resultaría sorprendente que en un sistema donde rige el principio del requerimiento, viniese a ser *rara avis* la necesidad de interpelar para constituir en mora, porque tal cosa no se exigiese en las obligaciones recíprocas que, por lo demás, son las más comunes.

Como argumento de carácter práctico, este civilista indica que, en casi todos los casos, la parte que, cumplida su obligación, reclama el cumplimiento de la otra, solicita a ésta intereses moratorios, no desde el momento en el que cumplió su prestación, sino desde el de la efectiva intimación, y así es frecuente que lo concedan los Tribunales. Lo que acredita que prevalece la idea de que los intereses corresponden únicamente a partir del preciso requerimiento.

Por último, aunque no lo considere un argumento de peso, observa que su tesis ha ido ganando partidarios, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, pues, de ser absolutamente minoritaria la corriente de pensamiento que preconiza hoy día se encuentra, más o menos, equilibrada en número con respecto a la tesis contraria[742].

Finalmente, en cuanto a la interpretación literal del inciso final del último párrafo del artículo 1.100, observa el autor que la expresión «desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro» no debe interpretarse al pie de la letra, pues del conjunto de razones expuestas por él, existen motivos suficientes para no hacerlo de este modo. Para ALBALADEJO la letra es el único apoyo decisivo a los efectos de considerar que la mora de la otra parte comienza cuando uno cumple, pero, concluye, están en contra de este sentido todos los demás elementos de interpretación. Por lo tanto, la última parte del párrafo final de esta norma no añade nada sustancial a lo que ya expresa, sino que manifiesta, de nuevo, pero defectuosamente, la idea de que para la constitución en mora no es suficiente el requerimiento, sino que es necesario que se ejecute, además, la prestación a la que uno estaba obligado[743].

A la tesis de ALBALADEJO se le ha objetado, además de las críticas propuestas por

---

[742]Vid. estas conclusiones en ALBALADEJO, op. cit. en nota 736, pp. 47-50 y en op. cit. en nota 83, pp. 365-369.

[743]Cfr. ALBALADEJO, op. cit. en nota 726, pp. 24-25; vid. asimismo, op. cit. en nota 736, p. 50.

CRISTÓBAL MONTES que se recogen en el siguiente epígrafe, el que no ha explicado cuál es el fundamento y contenido que tiene el requerimiento para constituir en mora al deudor. No soluciona el problema del por qué se necesita la intimación, ni por qué ha de exigirse el cumplimiento de la obligación para la constitución en mora de la otra parte.

En este sentido, se ha señalado que si se considera que la interpelación es un requisito formal, sin alguna finalidad, sí es posible admitir el pensamiento de aquél autor.

La crítica a la tesis de ALBALADEJO parte de la consideración de que la finalidad de la interpelación es la de determinar el momento en el que surgen los efectos de la responsabilidad contractual, lo cual supone la traslación de los riesgos de los fortuitos al mismo. En esta línea, por tanto, no existe problema alguno cuando este momento ha sido fijado con arreglo a determinados criterios, de modo convencional o en virtud de una ley, y solamente nuestro Ordenamiento exige la intimación cuando existen problemas para la precisión de tal momento, pues ésta es absolutamente necesaria para fijar y determinar el incumplimiento contractual[744].

En cuanto a nuestro Tribunal Supremo, aunque existen numerosas Sentencias en las que señala que no es necesaria la intimación para la constitución en mora en las obligaciones recíprocas, tampoco faltan pronunciamientos en los que se admite la tesis contraria.

De este modo, cabe citar, entre otras, a la Sentencia de 13 de abril de 1931 (R. J. A. núm. 2.010) que, entre otros pronunciamientos, señaló: «...sin que tampoco pueda estimarse que debe intereses de aquella pequeña cantidad no sólo porque no le ha sido reclamada expresamente sino porque ofreció su pago en la carta de 14 de enero de 1928...»[745].

Por su parte, la Sentencia de 15 de marzo de 1934 (R. J. A. núm. 462) estimó: «...que el comprador no incurrió en mora por no haber existido el requerimiento exigido por

---

[744]Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que indica a este respecto que: «Pues bien, ALBALADEJO, a pesar de propugnar la necesidad de la intimación o exigencia de cumplimiento, no da una respuesta sobre la finalidad que con ella se intenta cubrir». Cfr. op. cit. en nota 25, pp. 568-569.

[745]En la Sentencia de 13 de abril de 1931 se señala que, en un supuesto de compraventa, en el que el vendedor ya había entregado la cosa, se dedujo demanda de mayor cuantía en reclamación de cantidad, y se dictó sentencia en Juzgado de 1ª Instancia condenando al demandado solamente a pagar al actor la suma de 9 pesetas. La Audiencia confirmó la referida resolución. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

el artículo 1.100 del Código civil)»[746].

En la Sentencia de 20 de febrero de 1950 (R. J. A. núm. 520), no se expresa terminantemente la necesidad de la interpelación, pero de sus términos si cabe, a contrario, considerar que se precisa tal requerimiento, en tanto que, según sus propias expresiones, éste no se exige cuando la obligación así lo declare expresamente: «...en las obligaciones recíprocas el cumplimiento de la obligación por uno de los contratantes determina la mora para el otro, sin que sea precisa la intimación del acreedor cuando la obligación, como ocurre en el supuesto de autos, así lo declare expresamente...»[747].

Indica la Sentencia de 26 de febrero de 1970 (R. J. A. núm. 1.013) que el artículo 1.100 del Código solamente hace surgir la mora, sin necesidad de intimación, en los casos que expresamente señala, y parece deducirse de la misma que, en tanto el supuesto de las obligaciones recíprocas no se encuentra explícitamente citado como una de las hipótesis en las que se exime de intimación, será, por ello, necesaria para la constitución en mora de las mismas: «...ya que éste -artículo 1.100- solo hace nacer la mora sin necesidad de intimación en los casos determinados que cita...»[748].

---

[746]En la Sentencia de 15 de marzo de 1934, se declararon probados los siguientes hechos: el demandado vendió al demandante una finca pagadera en plazos de los que el comprador hizo efectivos una parte sin que al finalizar el último plazo hubiera hecho entrega de la totalidad, existiendo cláusula por la cual mientras no se pague el precio no queda transmitido el dominio. Impagado el último plazo, el demandante que obtuvo prórrogas particulares quiso hacer el pago incluso notarialmente y el demandado no solo no lo admitió, sino que, tras hacer requerimientos contrarios, canceló en el Registro la inscripción de la escritura, por no cumplida la llamada condición suspensiva, y algún tiempo después vendió la finca o gran parte de ella a un precio casi doble. El primer comprador demanda al vendedor en petición de cumplimiento del contrato, y de resarcimiento de daños y perjuicios, si dicho cumplimiento es imposible, alegando dolo. El juez desestima la demanda pero la Audiencia la estima y estima también el resarcimiento de daños y perjuicios pero solo en parte no apreciando dolo. Recurrieron al Tribunal Supremo ambos litigantes siendo desestimados ambos recursos.

[747]En la Sentencia de 20 de febrero de 1950 se resuelve el siguiente asunto: «Que estipulado en la cláusula cuarta del contrato básico de la acción ejercitada «que si pasado un año de la fecha del pacto no se satisficiesen los intereses del seis por ciento al demandado, éste podría sistemáticamente, dar por nulo el convenio, y disponer de las fincas a su libre voluntad», como la Sala sentenciadora, de modo preciso y claro, declara que tan esencial condición no se cumplió por el recurrente, y funda su fallo desestimatorio en dicho incumplimiento, es llano que no puede prosperar el motivo primero del recurso». En juicio de mayor cuantía sobre cumplimiento de contrato y otros extremos, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia de Santoña y la Audiencia de Burgos, se dictó sentencia desestimatoria de la demanda, e interpuesto por la parte demandante recurso de casación por infracción de ley, no se dio lugar a él.

[748]La Sentencia de 26 de febrero de 1970, consideró probados los siguientes hechos: don José R. formuló ante el Juzgado de 1ª Instancia de Denia, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra la entidad Construcciones Díaz, S. L., sobre indemnización de daños y perjuicios y otros extremos. El actor reclama los daños y perjuicios que se le han causado con la entrega retrasada de una casa, cuya construcción encargó a la entidad

En esta orientación, la Sentencia de 22 de octubre de 1971 (R. J. A. núm. 4.724), consideró que: «...el demandado no apremió ni intimó al demandante, ni consta que efectuara objeción alguna a la recepción de los suministros que recibió y aceptó sin protesta, y así se montaron en la obra que estaba construyendo, por lo cual faltan los elementos que requiere el artículo 1.100 del C. Civ para la existencia de mora por parte del referido demandado...»[749].

La Sentencia de 26 de marzo de 1974 de la Sala 4ª del Tribunal Supremo (R. J. A. núm. 1.632), señaló lo siguiente: «...y expresa la necesidad jurídica de interpretar la voluntad contractual por medio de los actos propios, negando a la Administración, a falta de cláusula específica cuando la Ley no lo establecía, la facultad de entender incurso en mora al contratista sin una interpelación cualquiera que fuese la forma adoptada para ésta, pues las superiores exigencias de la seguridad jurídica vedan excluir del propio alcance y sentido de cuantas normas contiene el art. 1.100 del C. Civ. a quien concierta un contrato administrativo, ya que si el interés público es fundante de la posición subjetiva de la Administración, preeminente en el contrato, también constituye límite en cuanto su actuación puede quebrantar la garantía jurídica de los administrados cuyo mantenimiento es también interés público confiado a aquélla, por lo cual, si de la naturaleza y circunstancias contractuales no resulta en cada caso que el plazo fue motivo determinante para establecer la obligación, y tampoco existe norma legal ni contractual que expresamente exima de la «*interpellatio*», es ésta requisito condicionante de la morosidad del deudor, sin que el hecho

---

demandada. La demandada se opuso y formuló reconvención. El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declaró la existencia de mora y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios; y estimó parcialmente la reconvención, sin expresa imposición de costas. Apelada la sentencia la Audiencia la revocó en parte y en parte la confirmó, no estimando la existencia de mora y en consecuencia no hace pronunciamiento sobre daños y perjuicios, sin imposición de costas en ninguna de las instancias. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

[749]En la Sentencia de 22 de octubre de 1971, se declararon probados los siguientes hechos: celebrado entre recurrente y recurrido un contrato sobre construcción de una estructura metálica y fijado el precio en atención al peso del material montado en la obra, la parte recurrida interpuso demanda contra el recurrente pidiendo el pago de determinada cantidad insatisfecha por éste, a la cual opuso el demandado la pretensión absolutoria, por entender, tanto haber prescrito la acción ejercitada, cuanto por deber ser compensada la deuda exigida por el incumplimiento del contrato en aplicación de la cláusula penal establecida. El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia por la que estimando la demanda condenó al demandado a abonar a la actora la suma de 398.080,61 pesetas, más los intereses legales de la misma a partir de la fecha de la interpelación judicial, sin expresa imposición de costas. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó, con costas al apelante. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

de serlo frente a la Administración pueda privarle de genéricos derechos que, para toda situación obligacional, confiere el precepto referenciado del C. Civil»[750].

En esta línea, la Sentencia de 2 de enero de 1980 (R. J. A. núm. 77), indicó lo siguiente: «...mas aparte de que al justificar la recurrida sentencia el no ser aplicable la mora del art. 1.100 del C. Civ., dado que nunca se requirió de pago al comprador, en cuya actitud nunca se apreció «*animus*» de mora, cuando siempre estuvo dispuesto a pagar...»[751].

La Sentencia de 9 de junio de 1986 (R. J. A. núm. 3.298), entre otros

---

[750]Señala esta Sentencia de 26 de marzo de 1974: «Adjudicada por medio de subasta de la Junta de Adquisiciones y Enajenaciones de la Legión a don José B., el suministro de diversas prendas para el vestuario, se señaló un plazo para la ejecución que terminaba el día 25 de marzo de 1957, y cumplido el contrato por medio de sucesivas entregas, alguna de ellas posteriores a la fecha de terminación indicada, pero admitidas sin objeción, fue devuelta por la Administración la fianza constituida, elevándose en 9 de diciembre del mismo año instancia al Mº del Ejército por el proveedor acogiéndose a los beneficios del D-Ley de 18 de enero de 1957, y solicitando a su amparo la modificación del precio de adjudicación de dichos efectos o prendas; e informada la solicitud favorablemente por los Servicios Técnicos de Intendencia, Intervención General de la Administración del Estado y Asesoría Jurídica del Ministerio, se pasó a informe del Consejo de Estado, que dictaminó que no es necesario la intimidación al deudor para que se produzca la mora, si del contrato resulta que el plazo de entrega fue causa determinante del mismo, y que por otra parte la devolución de la fianza no implica reconocimiento por parte de la Administración del buen cumplimiento de la obligación, proponiendo, en definitiva, denegar la revisión de precios solicitada, y en base a este dictamen, el Mº del Ejército dictó Resolución en 31 de mayo de 1965, denegando la modificación de precios solicitada en base a la morosidad en la prestación; e interpuesto recurso de reposición, fue desestimado en 15 de junio siguiente. Interpuesto recurso contencioso-administrativo el Tribunal Supremo lo estima».

[751]En la Sentencia de 2 de enero de 1980 se resolvió el siguiente asunto: don Juan M. P., y otros formularon demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de 1ª Instancia de Jerez de los Caballeros contra don Fernando L., sobre cumplimiento de contrato de compraventa y reclamación de daños y perjuicios. La cuestión litigiosa surgió del contrato que ambas partes celebraron en 17 de diciembre de 1974 por el que el actor como vendedor se comprometía a entregar 250 cabezas de terneros y terneras de unos determinados pesos y el demandado como comprador, a pagar 76 pts. el kilogramo en vivo, entregándose la mercancía en partidas conforme le fuese avisando el vendedor o su corredor al comprador, el que pagaría al contado con arreglo a los kilos recibidos, cuyo contrato había de quedar terminado en 31 de octubre de 1975, entregando el comprador al tiempo de la firma del contrato la cantidad de un millón de pesetas como señal y a cuenta del precio de la mercancía, por lo que a partir de la 2ª entrega se descontaría del precio de cada una de ellas cuatro mil pesetas por cabeza. El comprador dejó de satisfacer el precio de determinadas partidas de becerros entregadas, concretamente las dos últimas. El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia por la que estimando en parte de demanda declaró en interés de los actores el contrato de compraventa de ganado vacuno celebrado con el demandado el 17 de diciembre de 1974 y le condenó a pagar a los actores la suma de 608.604 pesetas, importe de 54 reses entregadas y que les adeudaba, con sus intereses legales desde la interposición de la reconciliación, relevándose de la obligación de entregar las 32 reses que faltan para cumplir el contrato. Desestimó la condena al demandado al pago de 1.000.000 de ptas. que se le solicitaban en concepto de arras, por no tener tal carácter. Desestimó en su totalidad la reconvención. Apelada la sentencia por la representación de la demandada, la Audiencia estimando en parte y revocando en parte también la sentencia recurrida, declaró vigente el contrato de fecha 17 de diciembre de 1974, suscrito por las partes, y condenó a los actores, a la entrega de 32 reses, 7 machos y 6 hembras charolesas, 6 machos frisones, 13 machos de capa negra al demandado, en un plazo de 15 días y condenó al demandado al pago de 608.604 pts., de los dos lotes de novillos recibidos ya por él, más los intereses legales de tal cantidad. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

pronunciamientos, estipuló lo siguiente: «También podría afirmarse que existió mora del deudor, pues, aparte haberse pactado una fecha para la entrega, el acreedor demandante interpeló al deudor demandado a través de las actas notariales de que se deja hecho mérito, la de doce de junio de mil novecientos ochenta y uno propiamente y la de veintitrés del mismo mes en que se pretende la resolución del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio más el interés del seis por ciento desde las fechas de las diferentes entregas; con cuya interpelación e intimidación se dio satisfacción a lo dispuesto en el artículo mil cien del Código»[752].

La Sentencia de 19 de septiembre de 1988 (R. J. A. núm. 6.840) apreció lo siguiente: «del tenor de los documentos se desprende que ninguno se refiere a los daños por mora y por tanto el contrato estaba naturalmente sometido a las reglas generales de la mora de las obligaciones recíprocas, sobre la cual en autos no consta que el simple retraso fuera elevado a la categoría jurídica de mora a través de los oportunos requerimientos...»[753].

Y, finalmente, la Sentencia de 21 de noviembre de 1994 (R. J. A. núm. 9.324) que

---

[752]Estableció la Sentencia de 9 de junio de 1986 que: «Don Juan G. presentó, ante el Juzgado de 1ª Instancia de Laredo, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don Manuel V. y otra, sobre resolución de un contrato de compraventa de vivienda por incumplimiento del demandado vendedor, devolución de la parte del precio entregada con sus intereses al seis por ciento desde la fecha de cada entrega e indemnización por daños y perjuicios. El demandado se opuso y formuló reconvención en solicitud de que se declarara la validez y eficacia del contrato, condenando a las partes a su cumplimiento con determinadas especificaciones. El Juzgado desestimó la demanda y estimó en parte la reconvención, sin especial imposición de costas. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, en grado de apelación, desestimó totalmente la demanda y, estimando totalmente la reconvención, declaró la plena validez y eficacia del contrato y condenó a los demandados a entregar al actor la vivienda, garages objeto del contrato y cuanto sea inherente a los mismos, otorgando la correspondiente escritura pública, satisfaciendo el actor a los demandados el resto del precio por pagar, más el interés del 10% desde la fecha de la sentencia de 1ª instancia, y de otro lado la cantidad de 303.367 pts. como precio de mejoras, con el interés del 10% desde la fecha de la sentencia de apelación. El demandante interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto».

[753]El asunto que dilucida la Sentencia de 19 de septiembre de 1988 es el siguiente: el presente litigio trae causa en la reclamación de cantidades, que en el sentir de la actora, le adeudaban los demandados, quienes le compraron, en distintas fechas, la planta segunda de un inmueble, locales comerciales y sótanos, a diversos precios. La representación de don José A. formuló demanda de menor cuantía ante el Juzgado de 1ª Instancia de Boltaña, contra don Ángel G. y otra, sobre reclamación de cantidad, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y el pago de las costas del juicio. La parte demandada se opuso a la demanda y formuló reconvención. Se dictó sentencia, en 1ª Instancia, y estimó parcialmente la demanda interpuesta, y condenó a don Ángel G. y a su esposa a que abonen al actor la cantidad de 6.035.048 pts., más los intereses legales de dicha cifra, desde la interposición de la demanda. Y, asimismo, estimó parcialmente la reconvención y condenó a don José A. a que abone la cantidad de 2.689.200 pts, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la interposición de la reconvención. Apelada la sentencia la Audiencia Territorial de Zaragoza desestimó el recurso y confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por don Ángel G. y su esposa.

señaló lo siguiente: «...el precepto cuestionado -art. 1.100- sólo distingue en realidad, dos tipos de mora, la que exige requerimiento y la automática, comprendiendo esta segunda dos supuestos (1° y 2°) de manera que no hay un tercero pues el segundo (sic) párrafo debe interpretarse en relación con los anteriores del artículo en el sentido de acumular a los generales un requisito más de la mora, propio de las obligaciones recíprocas»[754].

En cuanto a la doctrina, se muestran partidarios de los argumentos de ALBALADEJO, entre otros, OGÁYAR Y AYLLÓN[755], BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS[756], BADOSA[757] y O'CALLAGHAN[758].

5.2.3. LA POSTURA DE CRISTÓBAL MONTES

CRISTÓBAL MONTES sostiene la tesis contraria a la mantenida por ALBALADEJO y construye su teoría a partir de una profunda y detallada crítica de todos y cada uno de los argumentos aportados por aquél.

Señala que si se considera, gratuitamente, que en nuestro Derecho existe un principio general según el que, para que el deudor se constituya en mora, es necesario que se le requiera de pago y que, además, las únicas excepciones a tal regla son las que expresamente ordena la Ley, es evidente que es bien sencillo inferir que en las obligaciones

---

[754]En la Sentencia de 21 de noviembre de 1994 se resolvió el siguiente asunto: don Antonio R. y otros formularon demanda de menor cuantía contra don Carlos M. B. y otros, sobre reclamación de cantidad. Los demandados se opusieron formulando reconvención. El Juzgado de 1ª Instancia de Villagarcía de Arosa dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando a don Carlos B. y a los otros a pagar al actor y comunidad en cuyo beneficio actúa la suma de 1.703.285 pts., más los intereses legales de tal cantidad desde la fecha de ocupación de la vivienda. Se desestimó las reconvenciones formuladas de contrario. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó parcialmente y estimó parcialmente la demanda condenando a todos los demandados a abonar a la comunidad actora las cantidades que se acrediten en ejecución de sentencia, como incremento de los precios de materiales y mano de obra, respecto a las certificaciones de obra posteriores a la fecha del otorgamiento de los respectivos contratos de compraventa concertados con la comunidad actora, según los índices de precios aprobados por el Ministerio de la Vivienda para las revisiones de obras dependientes de dicho departamento ministerial. Los actores interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

[755]Vid. OGÁYAR Y AYLLÓN, op. cit. en nota 725, pp. 23-32.

[756]Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, op. cit. en nota 642, pp. 85-87.

[757]Vid. BADOSA, op. cit. en nota 35, p. 33.

[758]Vid. O'CALLAGHAN, *Comentario al artículo 1.100 del Código civil, Código civil, comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 1996, pp. 1003-1006.

recíprocas no tiene por qué excepcionarse la operatividad de esta regla[759].

Para este autor, se trata de determinar si es posible o no, en nuestro Ordenamiento Jurídico, sostener, como punto de partida, la existencia de una tesis de tales características y capaz de aplicarse tanto a las obligaciones unilaterales como a las bilaterales. En este sentido, señala que ALBALADEJO evita todo razonamiento a los fines de demostrar que en las obligaciones recíprocas la intimación está tan justificada como en las unilaterales, y que este último elige en este caso, el camino más cómodo, pero difícilmente defendible, de subsumirlas bajo el gratuito, *a priori*, de que en el sistema español rige el principio de la reclamación de pago para todo tipo de obligaciones, algo que, para CRISTÓBAL MONTES, está todavía por demostrar.

En cuanto al argumento de carácter sistemático de ALBALADEJO, no lo considera suficiente a los efectos de deducir que la precitada norma no constituye una excepción a la regla general de mora mediante interpelación. En un Código como el nuestro, de escaso rigor técnico, defectuosa distribución sistemática y muy discutible valor del criterio de la *sedes materiae*, no es deducible que tenga excesiva importancia el contenido y la sistemática del artículo 1.100 para extraer las conclusiones que expresa el profesor al que critica. No es prudente, prosigue, hacer demasiado hincapié en el lugar que ocupan y disposición que adoptan los diversos párrafos del artículo 1.100. Desde el punto de vista formal, el precepto es inadecuado para justificar un posicionamiento en uno u otro sentido, necesidad o no de requerimiento, por lo que, en su opinión, la norma citada debería ser considerada jurídicamente neutra.

En tercer lugar, indica que tampoco es de peso el razonamiento de ALBALADEJO según el cual GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 1.007 del Proyecto de 1.851, señaló que «el que no cumple, mal puede reclamar del otro el cumplimiento...», y, por consiguiente, el verbo reclamar debería ser entendido en el sentido de que se está exigiendo el requerimiento del acreedor. Para CRISTÓBAL MONTES, con tal comentario lo que verdaderamente se contempla es el supuesto típico en las obligaciones recíprocas, según

---

[759]Vid. CRISTÓBAL MONTES que a este respecto indica que: «Ahora bien, a poco que se considere, se observará que se está incurriendo en petición de principio y se está invirtiendo el recto camino para la contemplación del fenómeno». Cfr. op. cit. en nota 717, pp. 34-35.

el cual, el sujeto a quien se le pide el cumplimiento de su obligación puede eludir la ejecución de la prestación si alega que la otra parte aún no ha ejecutado la suya -*exceptio no adimpleti contractus*- , o «no cumplo, porque tú incumpliste antes»-.

En cuarto lugar, para CRISTÓBAL MONTES es discutible la opinión según la cual puede ocurrir que un deudor caiga en mora aunque desconozca que la otra parte ya había cumplido con su obligación, pues introduce en la discusión un elemento subjetivo que no parece guardar excesiva correspondencia con la verdadera naturaleza del tema en estudio. Lo que debe tenerse en cuenta, no debe ser el hecho de que el deudor conozca o no el pago realizado, conocimiento que tendrá lugar en la inmensa mayoría de casos, sino si su patrimonio ha experimentado o no el incremento que tal cumplimiento determina, pues, si tal aumento ha tenido lugar, la mora surgirá como simple efecto reflejo de la modificación patrimonial percibida.

Señala, asimismo, que el argumento más sólido de ALBALADEJO es el de la relación existente entre los artículos 1.100 y 1.501 del Código civil. No obstante, tanto si se acepta la mora mediante reclamación, como la tesis contraria, los dos primeros apartados del artículo 1.501 quedan excluidos de la materia que se examina, pues, por sus propias características y punto de partida, eliminan el juego de la figura de la mora. Los supuestos del artículo 1.501 solamente tienen sentido si nos encontramos en presencia de un contrato de compraventa en el que se ha aplazado el pago del precio, pues, en otro caso, los intereses se deberán en concepto de indemnización de daños y perjuicios, tanto si el acreedor opta por la resolución contractual, como si lo hace por el cumplimiento.

En cuanto al tercer apartado del artículo 1.501, si no se parte de que en esta hipótesis también, como en el resto de la norma, nos encontramos ante un supuesto de precio aplazado, tal precepto carecería de justificación, al margen de que se exija o no la reclamación para constituir en mora al deudor en las obligaciones recíprocas.

Por tanto, al referirse el artículo 1.501 a una hipótesis de aplazamiento en el pago del precio, es por lo que cobra sentido la remisión al artículo 1.100, ya que la aplicación del dispositivo previsto en el mismo sólo tendrá lugar cuando haya desaparecido el obstáculo que supone la existencia de un plazo en vigor, por más que el vendedor hubiese entregado ya la cosa, puesto que es dicha circunstancia la única que impide la producción de la mora

y no la ausencia de interpelación, que nada tiene que ver con la hipótesis que se plantea.

Finalmente, en contra del argumento de ALBALADEJO acerca de la consideración de que si es dudosa una excepción -la de que no hace falta el requerimiento-, es razonable entender que en las obligaciones recíprocas deba aplicarse la regla general, indica CRISTÓBAL MONTES que aquí se incurre en petición de principio, ya que se parte de algo dado, precisamente de aquello que está necesitado de demostración, y que es que en nuestro Derecho civil rige el principio general de que hace falta la reclamación de pago para que el deudor incurra en mora, en todo tipo de obligaciones[760].

---

[760]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 717, pp. 34-51; frente a estos argumentos, ALBALADEJO ha replicado que, en lo relativo a la crítica de su interpretación de los comentarios de GARCÍA GOYENA, se reitera en que lo que verdaderamente se afirma en el principio supone que la constitución en mora del deudor se produce mediante reclamación. «Y aún hay más: García Goyena dice que "se ve, pues, que habemos [el Proyecto de 1851, no García Goyena, que más adelante afirma que no le gusta] adoptado la disposición del Código francés contraria al Derecho romano y patrio..." Lo que lo dice para la mora en general (no habla aquí en concreto de la de las obligaciones recíprocas), por la necesidad de requerimiento -el comienzo del comentario a esa parte lo titula García Goyena *"Debe mediar requerimiento"*- como regla, y abandono del *dies interpellat pro homine*. Y dicho eso para la mora en general, y advertido por García Goyena que para las obligaciones recíprocas el que quiera constituir en mora al otro ha de haber cumplido, pero sin que haya ningún antecedente en el tema de que baste el cumplimiento para poner en mora al otro, y no advertido que como excepción a la regla de la mora por requerimiento, se quiera adoptar para las obligaciones recíprocas la mora del uno por cumplimiento del otro, no se puede sino llegar a la conclusión de lo insólito que sería entender que lo que se pretende es, no una mora *previo cumplimiento y requerimiento*, sino una mora por cumplimiento *sustituyendo* al requerimiento. Si ante la literalidad de la frase de García Goyena, entender esto último no es una interpretación más "interesada" que la mía, ¡qué venga Dios y lo vea! y el lector, que juzgue». Por otro lado, en cuanto al razonamiento de la relación existente entre el artículo 1.501 y el 1.100 que para CRISTÓBAL MONTES queda reducido a las compraventas con precio aplazado, discrepa ALBALADEJO y se ratifica en la opinión de que el artículo 1.501 obliga a entender que en el artículo 1.100 la mora en las obligaciones recíprocas es mediante requerimiento. Para este último autor, el artículo 1.501 está dictado, en principio, para cualquier venta, y, en tanto que el 1.501 habla en general para toda venta, señala ALBALADEJO que no es él quien tiene que demostrar que se refiere realmente a todas y no solamente a las de precio aplazado, sino que deberá ser CRISTÓBAL MONTES quien tiene que demostrar que se refiere únicamente a éstas. Los argumentos de ALBALADEJO en apoyo de su tesis son los siguientes: 1°. Que la doctrina suele hablar del artículo 1.501 como aplicable en general a la venta, no sólo para las de precio aplazado. 2° En el caso de número uno de tal artículo, no tiene sentido señalar que queda reducido a las ventas con precio aplazado, pues pueden pactarse intereses para el caso de que no se pague a tiempo, aun sin precio aplazado, en este caso, los intereses se deberán sin tener que haber puesto en mora al comprador reclamándoselos. 3° Para el apartado segundo de esta norma, no es sensato reducirlo solo a las ventas con precio aplazado, pues o se refiere a todas las ventas, o precisamente a las que no se refiere es a las de precio aplazado «(claro está, hasta que vencido, después de la entrega de la cosa, el plazo para pagar el precio, se reclame éste por el vendedor y se ponga en mora al comprador)». «4°. Por último no es afortunado lo que dice Cristóbal Montes de que «El artículo 1.501 contempla como hipótesis natural para ordenar el pago de los intereses al comprador la del aplazamiento del pago del precio, *por la sencilla razón de que si no fuera así el precepto sobraría, pues en base al artículo 1.124 el vendedor tiene derecho a exigir el pago del precio y el resarcimiento de daños y abono de intereses*». No es afortunado *porque prueba demasiado*. En efecto, aplicando sin más al caso el 1.124, posiblemente bastaría, y de ese modo se podría prescindir del 1.501,o, si se quiere, éste sobraría. Lo que pasa es que sobraría, lo mismo si contempla toda venta, que si contempla sólo la con precio aplazado. Con lo que el argumento de Cristóbal Montes se viene abajo. Pedir los intereses únicamente a base del artículo 1.124 sería posible, y aun no pedirlos como intereses, sino como resarcimiento de daños, a tenor del propio 1.124 combinado con el 1.108. Y hasta podría sobrar el 1.501 y el 1.124

Para CRISTÓBAL MONTES, el artículo 1.100 consta de dos partes completamente diferentes e independientes. La primera está dedicada a los vínculos obligatorios sencillos, y, la segunda se ocupa de los vínculos obligatorios dobles.

Con respecto a los primeros, se formula el principio general de que en ellos el deudor no puede ser constituido en mora si no se le ha exigido el cumplimiento de la prestación a su cargo. En este caso, nos encontramos ante un verdadera regla jurídica que, por otro lado, admite determinadas excepciones, en las que no se precisa la intimación por parte del acreedor, esto surge cuando la obligación o la Ley lo declaran expresamente o cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación.

La segunda parte del señalado precepto contempla las obligaciones recíprocas, y aquí se desvincula totalmente de lo establecido en la primera parte, en relación a los vínculos obligatorios unilaterales. Se dispone algo totalmente independiente y específico para ellas, en éstas, no se exige la interpelación de una de las partes para constituir en mora a la otra.

El régimen jurídico establecido para las obligaciones unilaterales y para las bilaterales, en materia de mora, no sólo no es el mismo, sino que se presenta como claramente antinómico. El relativo a las primeras se apoya, de modo fundamental, en la exigencia de interpelación, y el correspondiente al segundo se asienta, también esencialmente, en el cumplimiento de dicho acreedor.

En nuestro Ordenamiento, continúa este jurista, no existe una auténtica regla general aplicable, en materia de mora, a todo tipo de obligaciones, pues resulta que hay un tratamiento jurídico diverso para las obligaciones unilaterales y para las bilaterales.

En las primeras, la constitución en mora del deudor requiere la *interpellatio* y, en las segundas, la misma situación, exige el previo cumplimiento de la contraparte. Ambas reglas tienen el mismo valor jurídico, rango, autonomía y generalidad c, incluso, el segundo tiene un espacio de actuación mucho más excluyente, pues la mora a través del cumplimiento no admite excepción alguna, al contrario de lo que ocurre con la mora

---

por lo que toca a la indemnización de daños y perjuicios, intereses comprendidos, puesto que ya dice el 1.101 que "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados ...». Cfr. op. cit. en nota 736, pp. 42-47.

mediante reclamación, que sí conoce diversos supuestos excepcionales de mora automática[761].

Para este civilista, en las obligaciones unilaterales, parece natural y obligado que la constitución en mora del único deudor precise el requerimiento de pago por parte del único acreedor, pues éste es el mecanismo idóneo -salvo las excepciones establecidas por pacto, por ley o por la naturaleza y circunstancias de la obligación- a través del cual el acreedor puede manifestar que está interesado y que pretende el cumplimiento actual de la obligación.

Por el contrario, en las obligaciones bilaterales, la situación jurídica se caracteriza porque ambos sujetos son recíprocamente acreedores y deudores, de modo que surge entre los dos una especie de equilibrio, «un estado de mutuo condicionamiento que neutraliza sus prerrogativas y torna estáticas las facultades de actuación que en otro supuesto aparecerían expeditas»[762]. De esta manera, no es posible obtener el cumplimiento de la otra parte sin haber ejecutado la propia prestación.

Por tanto, si en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados puede caer en mora sin el previo cumplimiento del otro, el paso lógico subsiguiente surge por el hecho de que, realizado éste, se produzca de inmediato, la constitución en mora de la otra parte. El deudor bilateral que ejecuta la prestación a su cargo, manifiesta, del modo más patente y contundente posible, que está interesado en el contrato que le vincula y que aspira a obtener la contraprestación de la otra parte.

Exigir, además del cumplimiento, la interpelación, es acumulativo, reiterativo, pues es suficiente, en las obligaciones recíprocas, que una de las partes cumpla lo que le incumbe, hecho que puede y debe desencadenar mecánicamente la mora del receptor.

Por ello, señala CRISTÓBAL MONTES, es necesario considerar que la intimación, en las obligaciones unilaterales, y el cumplimiento, en las bilaterales, son elementos configuradores de una y otra hipótesis, que tienen el mismo valor y cumplen idéntico cometido, cada uno en su campo de actuación. Uno no predetermina al otro y, en consecuencia, no existe vinculación, dependencia o jerarquía entre ellos. «El mismo papel

---

[761]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 717, pp. 68-80; en contra, vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 572.

[762]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. et loc. cit. en nota 761.

que en las obligaciones unilaterales cumple el requerimiento, realiza el cumplimiento en las recíprocas y, en consecuencia, *stricto sensu*, sólo cabe aceptar descriptivamente que en las obligaciones bilaterales el cumplimiento equivale a la intimación, si al mismo tiempo se admite también que en las obligaciones unilaterales la interpelación equivale o hace las veces del cumplimiento»[763].

5.2.4. EL CRITERIO DE DÍEZ-PICAZO

Para este jurista, una gran parte de los problemas que plantea la interpretación del artículo 1.100 surge del hecho de no haberse diferenciado debidamente los supuestos de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo y de cumplimiento no simultáneo.

Este autor realiza una examen de todas las posibilidades que pueden surgir en ambos tipos de obligaciones sinalagmáticas.

En las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, indica que los supuestos posibles son dos: el primero, cuando uno de los contratantes ha cumplido y el otro no; y, el segundo, cuando ninguno de ellos ha cumplido.

En el primer caso, el contratante cumplidor tiene derecho a considerar en mora al no cumplidor, de modo automático, y sin perjuicio de que pueda ejercitar la excepción de incumplimiento contractual. Si cumple tiene derecho a considerar a la contraparte constituida en mora. Para este civilista, es el sinalagma funcional el que *interpellat pro*

---

[763]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 717, pp. 80-89; en contra, vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que señala que la única función que se le puede atribuir al requerimiento es la de exigir el cumplimiento de la obligación, éste es, para la autora, un requisito indispensable para hacer efectiva la responsabilidad del deudor. «Si el acreedor no exige el cumplimiento de la obligación no estará ejercitando la facultad de defender su derecho de crédito que el ordenamiento le otorga y la obligación será simplemente exigible, pero no exigida. Ahora bien, como la responsabilidad del deudor surge con el incumplimiento o mal cumplimiento, el ordenamiento hace que con él aparezcan automáticamente y en supuestos excepcionales, algunos efectos o consecuencias de la misma y es aquí donde, de manera excepcional, traslada *ipso iure* al deudor los riesgos de los fortuitos [...] La concreción del momento de la traslación sólo necesita regulación en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, que por su propia naturaleza deben ser cumplidas al mismo tiempo, porque no podrá llevarse a cabo si ninguna de las partes cumple en ese acto la prestación que le es respectiva. Si por definición este tipo de obligaciones han de cumplirse al tiempo, al unísono por ambas partes, no es necesario el requisito de la exigencia de la prestación, porque basta que una cumpla para que esté exigiendo la correspectiva. El legislador en este punto, no se aparta del criterio subsidiario tomado cuando nada se ha dicho previamente al respecto, sino que lo ratifica al entender que no hay incumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas mientras no haya cumplido alguna de las partes contratantes lo que le incumbe. Desde ese momento, en el que quedará fijado el incumplimiento de la otra, comienza la mora». Cfr. op. cit. en nota 25, pp. 573-574.

homine, y el que excluye la exigencia de la interpelación. Esta es la hipótesis genuina y la más evidente del inciso final del artículo 1.100.

En el segundo supuesto, si ninguno de los contratantes ha cumplido, y ambas obligaciones son de cumplimiento simultáneo, las dos son ya exigibles, y cualquiera de las partes puede constituir en mora a la otra, pero, en este caso, se exige la interpelación y, además, que aquél que requiera se allane a cumplir debidamente su obligación[764].

En lo referente a las obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo, señala el autor que el párrafo final del artículo 1.100 directamente no es aplicable a este supuesto y que el problema ha de ser resuelto mediante la aplicación de los principios generales del sistema y, especialmente, los propios de las obligaciones recíprocas.

También se distingue, en este modelo, entre dos hipótesis diferentes, según que la situación de mora se proyecte frente al incumplimiento de la obligación primeramente vencida o de cara al incumplimiento de la obligación posterior.

En la primera, cuando el primer obligado no ha ejecutado la prestación en el momento señalado para ello, el otro contratante, sin necesidad de cumplir la suya, que aún no ha vencido, puede constituir en mora al primero, pero, en este caso, se exige la interpelación o el requerimiento por su parte[765].

Si la deuda del primer obligado, en el anterior supuesto, ha vencido, parece que si éste no cumple no puede constituir en mora al segundo. Pero si la obligación del segundo ha vencido también y no ha cumplido, éste último podrá constituir en mora al primero mediante intimación, pero para ello es preciso que ponga su prestación a disposición de

---

[764]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 643; en contra de la solución ofrecida por el anterior autor se expresa DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en los siguientes términos: «En este trabajo no se comparte esta última solución que ofrece DÍEZ-PICAZO al precepto, aunque sí la del primer supuesto. Creemos que en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, si ninguna de ambas partes ha cumplido lo que le incumbe no es posible la constitución en mora de la otra. La letra de la ley en este caso es clara: ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir lo que le incumbe. Por consiguiente, presupuesto esencial y primero es que se cumpla la obligación. Y si esto sucede se podrá constituir en mora, pero ya estaremos en la primera hipótesis contemplada por el autor: que uno haya cumplido y el otro no. Seguramente la hipótesis genuina del inciso es ésta: que ninguno haya cumplido». Cfr. op. cit. en nota 25, p. 576.

[765]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 644; vid. igualmente DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 577; se muestra también de acuerdo con estas conclusiones, ALBALADEJO, op. cit. en nota 83, p. 371.

aquél o que realice una oferta de pago, como indica el artículo 1.100 *in fine*[766].

Por último, si el primer obligado ha ejecutado la prestación a su cargo y, llegado el vencimiento del plazo para cumplir por parte del segundo, éste no lo efectúa, considera este jurista que, la constitución en mora de este último sigue el régimen normal, definido en los anteriores párrafos del artículo 1.100[767].

---

[766]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 644; vid. asimismo DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 577; ALBALADEJO no es partidario de esta segunda deducción ofrecida por DÍEZ-PICAZO, pues, entiende que también en este supuesto se requiere la intimación de una de las partes para constituir en mora a la otra. Vid. op. cit. en nota 83, p. 371.

[767]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 644; vid. también DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 577-578; vid. asimismo, LASARTE, op. cit. en nota 107, pp. 187-188; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, pp. 187-189; en contra, ALBALADEJO discrepa de la opinión de DÍEZ-PICAZO para este supuesto, puesto que opina que igualmente en esta hipótesis es necesaria la intimación. «Eso presupuesto, si DÍEZ-PICAZO al decir que la mora «sigue el régimen *normal*» se refiere a que se le aplica la regla general de mora mediante requerimiento, estoy de acuerdo con él. Pero si se refiere, como parece más lógico, al «régimen *normal*» de la mora en las obligaciones recíprocas, no al general de la mora, discrepo, porque, según la tesis que yo rechazo, el régimen normal de la mora en las obligaciones recíprocas sería la innecesidad de requerimiento, bastando el cumplimiento de quien pone por ello en mora al incumplidor. Con lo expuesto queda claro que, en mi opinión, no sólo en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, sino también en las de no simultáneo, para poner en mora a la otra parte hay siempre que requerir (por supuesto, después de vencida su obligación, y de haber el requirente cumplido o allanádose a cumplir la suya si ya estaba vencida). Lo que se debe a que el párrafo último del artículo 1.100 se dicta, primero, *para todas* las obligaciones recíprocas, y segundo, *no para liberar de hacer el requerimiento* en ellas, sino para imponer que el que, requiriendo, quiera poner en mora al otro, no lo puede hacer sin cumplir o allanarse a cumplir él». Cfr. op. cit. en nota 83, pp. 371-372.

6. CLÁUSULA PENAL MORATORIA Y OBLIGACIÓN DE HACER

Ya hemos visto como el sistema español de ejecución forzosa en las obligaciones de hacer es insuficiente en orden a la protección adecuada del acreedor, y respecto a la posibilidad de obtener el cumplimiento *in natura* de la prestación.

Cuando el *facere* pueda ser ejecutado por un tercero -fungible-, es la presencia de bienes en el patrimonio del deudor la principal cuestión a tener en cuenta por el acreedor que pretenda la satisfacción específica de su interés, pues de ellos dependerá que pueda o no sufragarse la actuación de la persona que sustituya a aquél y, de este modo, proceder al cumplimiento a costa del mismo.

Por el contrario, en el caso de prestaciones personalísimas -infungibles-, en donde no es posible el cambio en la persona del obligado, el acreedor no podrá alcanzar el cumplimiento *in natura*, en el supuesto de que el deudor no cumpla con la obligación a su cargo. En este caso, si existen bienes en el patrimonio de este último, aquél únicamente conseguirá una indemnización en función de los daños y perjuicios que tal inejecución le haya ocasionado, pero no puede considerarse que, en modo alguno, haya recibido la prestación debida. Si, de otra manera, resulta que el deudor carece de bienes, el carácter infungible de la prestación tiene como consecuencia, no solo la no consecución del cumplimiento específico, sino, incluso, la no reparación de los daños que tal incumplimiento le haya podido acarrear, por lo que su posición jurídica resulta gravemente menoscabada, a lo que, además, contribuye el vacío normativo existente en torno a la promoción de una posible ejecución indirecta de la obligación por parte del mismo deudor[768].

No obstante este vacío normativo, nuestro Ordenamiento Jurídico no deja del todo desasistido al acreedor, aunque se trate de un incumplimiento de prestaciones infungibles, pues se recogen una serie de medidas de protección del crédito que, sin embargo, presentan una concreta particularidad, la de ser instrumentos que han de ser incorporados, de un modo expreso, en el contrato que vincula a las partes, en virtud del principio de la autonomía de

---

[768] Vid. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 190.

la voluntad[769].

En este sentido, se ha hecho referencia a los mecanismos de coerción privada, que se caracterizan por constituir una amenaza o una intimidación, en su significado amplio, al deudor, sin intervención judicial, dirigidos a favorecer el cumplimiento de la obligación, lo que implica, además, que todavía se conserva la posibilidad del mismo[770].

Nuestro Ordenamiento ofrece, no impone ni impide, por tanto, la posibilidad a las partes en un contrato de acudir a estos mecanismos o instrumentos cuya finalidad sería la de garantizar sus respectivas posiciones jurídicas. Será, por ello, la voluntad de ambas partes la que resuelva incluirlas o no en la concreta reglamentación del convenio que les vincula.

Ello tiene la ventaja de acentuar la consideración del contrato como criterio de distribución del riesgo entre las partes. La específica distribución de los riesgos que éste supone, dimanante de la autonomía privada, ha de verse reflejada en el régimen de la responsabilidad por incumplimiento[771]. Por ello, la incorporación de determinadas estipulaciones puede considerarse como el resultado de la previsión de tales riesgos, y la negociación de semejantes cláusulas afecta directamente en el desenlace integral del acuerdo

---

[769]Señala a este respecto DÍEZ-PICAZO que, en sentido general, se denomina garantía a cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito. «La garantía es una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición o esta yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho». Cfr. op. cit. en nota 3, pp. 395 y ss.; vid. asimismo, ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, pp. 217 y ss.

[770]Vid. DORAL GARCÍA, *Reparación y sanción. El cumplimiento de las obligaciones en forma específica*, Anuario de Derecho Civil, 1993, pp. 589 y ss.; se ha distinguido, a este propósito, entre una coerción privada ofensiva y una defensiva. En cuanto a la primera, se faculta al acreedor para intervenir activamente a los efectos de eludir el incumplimiento, y presionar la voluntad del deudor para conminarlo al cumplimiento e, incluso, a través de la utilización de determinadas sanciones en caso de inejecución. Se incluye en esta hipótesis a la cláusula penal. Con respecto a la segunda, implica una actitud pasiva del acreedor, que se limita, ante el incumplimiento del deudor, a replicar con su propio incumplimiento. Este es el caso del derecho de retención y de la *exceptio non adimpleti contractus*. VERDERA SERVER critica esta clasificación pues entiende que se mezclan situaciones que presentan diferencias importantes. «No se recurre, como sería conveniente, a destacar el papel del contrato en la predisposición de los medios de coerción privada. El ejercicio del derecho de retención y la *exceptio non adimpleti contractus* no dependen de su inclusión especial en un negocio, y si esta circunstancia carece de importancia, también la resolución del contrato (la llamada condición resolutiva tácita) puede ser incluida entre los medios de coerción (ofensiva). La distinción entre posición pasiva y activa del acreedor, siendo de interés, me parece menos fecunda que la establecida entre remedios legales y contractuales». Cfr. op. cit. en nota 241, pp. 191-192.

[771]Vid. PANTALEÓN, op. cit. en nota 174, p. 1020; BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid, 1996, p. 20.

entre las partes[772].

En este sentido, la cláusula penal resulta particularmente útil en aquellos casos en los que la falta de un mercado desarrollado dificulta la cuantificación de las pérdidas que un incumplimiento de la obligación pudiera ocasionar[773]. Podría definirse, de este modo, como aquella disposición negocial en virtud de la cual se incorpora al negocio constitutivo de la relación obligatoria una determinada pena convencional, que, a su vez, puede ser considerada como la prestación que el deudor se compromete a satisfacer para el supuesto de incumplimiento, o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal[774].

6.1. CARACTERES Y PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA PENA MORATORIA

Se ha señalado que, en cuanto a sus funciones, la cláusula penal cumple solamente dos: la función coercitiva y la liquidatoria. En la primera, asimismo, cabe incluir las funciones coercitiva o de garantía y la punitiva o estrictamente penal. Puede, en este sentido, señalarse que la finalidad que, principalmente, procura la cláusula penal al acreedor es la coerción sobre la voluntad del deudor ante la preocupación de un incremento de su responsabilidad por incumplimiento[775].

La función coercitiva consiste en la amenaza de tener que hacer frente a la pena convencional, además de llevar a cabo el cumplimiento de la obligación principal, presión sobre la voluntad del deudor que será más eficaz cuanto mayor sea la cuantía de la pena.

La función punitiva supone la consideración de la cláusula como una pena específica,

---

[772]Vid. CABANILLAS, *Comentario al artículo 1.152 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 159.

[773]Cfr. VERDERA SERVER, op. cit. en nota 241, p. 195.

[774]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 397-398; ALBALADEJO, *De las obligaciones con cláusula penal, Comentario a los artículos 1.152 a 1.155 del Código civil, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Vol. 2°*, Madrid, 1983, p. 449; LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, 1974, pp. 17 y ss.

[775]Cfr. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992, pp. 54 y ss.

prevista únicamente como sanción por el incumplimiento o el retardo[776].

La función liquidatoria implica que la cláusula penal sirve como operación previa de determinación del importe de la indemnización de daños y perjuicios que el incumplimiento o el cumplimiento inexacto pudieran ocasionar, se evalúan, de este modo, los daños y perjuicios con carácter anticipado[777].

Cuando la cláusula penal cumple la función coercitiva o de garantía, la pena puede ser exigida además del cumplimiento forzoso de la obligación, bien específico o *in natura* o bien por equivalente pecuniario[778]. La pena, por tanto, es un plus sobre la indemnización por daños y perjuicios o sobre el cumplimiento forzoso de la obligación. Solamente de esta manera se consigue, respecto de la obligación principal, un refuerzo para el cumplimiento voluntario del deudor. En este caso, la pena se denominaría cumulativa[779].

Cuando, de otro modo, la cláusula penal desarrolla una función liquidatoria o estimativa del daño, se fijan anticipadamente los posibles daños y perjuicios que el acreedor pudiera sufrir como consecuencia de un incumplimiento de la obligación y, de este modo, la futura indemnización de daños y perjuicios queda sustituida de antemano en virtud de la previsión de las partes. En este caso, la pena se conceptualiza como sustitutiva, y su principal ventaja radica en que con ella se evitan todas las dificultades relativas a la

---

[776]Vid. ALBALADEJO, op. cit. en nota 774, p. 460; RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones sobre la cláusula penal*, Revista de Derecho Privado, 1975, pp. 378 y 390 y ss.; BONET RAMÓN, *La prestación y la causa debitoria*, Revista de Derecho Privado, 1968, p. 226; para DÁVILA GONZÁLEZ la función punitiva no existiría en realidad, pues o bien se considera que es la que cumple la cláusula cuando se acumula a la indemnización ordinaria, o bien se quiere designar con esta denominación el castigo que la pena significa para el deudor y, por lo tanto, en este caso, no es diferente de la coercitiva, puesto que, no tendría ninguna garantía para el acreedor el establecimiento de una pena que, acaecido el evento para el que fue convenida, no le fuera realmente impuesta al deudor. Vid. op. cit. en nota 775, p. 59; en el mismo sentido BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, p. 48, nota 74 y, además, pp. 27 y ss.

[777]Vid. DÁVILA GONZÁLEZ, op. cit. en nota 775, pp. 59 y ss.; BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, p. 48; RUIZ VADILLO, op. cit. en nota 776, pp. 378 y 390 y ss.; ESPÍN ALBA, *La cláusula penal*, Madrid, 1997, pp. 50 y ss.

[778]Vid. ALBALADEJO, op. cit. en nota 774, p. 460; BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, p. 36.

[779]Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal en el Código civil*, Anuario de Derecho Civil, 1993, pp. 528 y ss.; ESPÍN ALBA, op. cit. en nota 777, p. 50; ORTI VALLEJO, *Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1982, pp. 289 y ss.

necesidad de aportar pruebas sobre la existencia de los daños o sobre su cuantía[780].

Se ha señalado, asimismo, que la pena puede desempeñar las funciones liquidatoria y coercitiva a la vez, cuando se establece para que se satisfaga en lugar de la indemnización, pero se determina en una cuantía superior a la que la misma pudiese alcanzar como consecuencia de los daños efectivamente ocasionados por el incumplimiento. En este caso se califica, además, como de absorbente pues excluye a la indemnización y absorbe o asimila su papel[781].

Sin embargo, la función básica y esencial de la cláusula penal es la de garantizar el cumplimiento de la obligación principal, lo cual no implica que se desvincule del todo de ella un cierto componente sancionador.

Lo anterior puede inferirse del análisis de aquellos supuestos en los que la cláusula penal se estipula para sancionar el incumplimiento, y en los que la sanción que establece, que puede ser de muy diversa índole, se desvincula completamente del daño y consiguiente resarcimiento. Si se incumple se paga la pena, haya o no daños, lo cual supone, asimismo, un estímulo y una coerción al deudor para impulsarle a cumplir, aunque tenga al mismo tiempo un carácter sancionador, pues el incumplimiento, sea o no dañoso, se sanciona con el pago de la pena, pese a que el acreedor no busque la sanción sino el cumplimiento de la obligación[782].

La cláusula penal moratoria implica, habitualmente, la estipulación por las partes de una pena consistente en una cantidad de dinero, o por una sola vez o por cada día de retardo. Cabe a las partes, también, la posibilidad de pactar algo diferente e, incluso, la prestación de un hecho[783]. Sin embargo, la estimación en dinero facilita una más exacta liquidación, así como impide con mayor eficacia las posibles controversias entre las partes.

Igualmente, en el caso de prestaciones pecuniarias, la pena moratoria suele

---

[780]Vid. BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, pp. 41 y ss.; ALBALADEJO, op. cit. en nota 774, p. 460; RUIZ VADILLO, op. cit. en nota 776, pp. 390 y ss.

[781]Vid. ALBALADEJO, op. cit. en nota 774, pp. 460-461; DÁVILA GONZÁLEZ, op. cit. en nota 775, p. 66; BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, p. 48, nota 76.

[782]Vid. FERNÁNDEZ COSTALES, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1989*, Revista La Ley, T. I, 1990-4, Madrid, p. 313; LOBATO DE BLAS, op. cit. en nota 774, pp. 31-32.

[783]Cfr. BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, p. 96.

establecerse como un porcentaje de interés sobre la suma de dinero en que consista la obligación, a partir de determinada fecha.

Tanto la suma alzada por cada día de retraso, como el porcentaje de interés sobre el monto debido pueden ser fijos o bien progresivamente aumentativos con el transcurso del tiempo de retraso[784]. Incluso también se admite estipularla como una minoración de la suma o cantidad de bienes a entregar, tales como el descuento en el precio a pagar por el suministro retrasado de una concreta mercancía[785].

La cláusula penal moratoria puede cumplir una función coercitiva o liquidatoria, según se trate de una penal sustitutiva o cumulativa.

Sin embargo, la pena será por su propia naturaleza compatible con el cumplimiento de la obligación principal, ya que lleva implícita la atribución de la facultad de exigir conjuntamente la pena y el cumplimiento de la obligación[786].

Se señala, en este sentido, que la prohibición que establece el artículo 1.153 del Código civil, referente a que el acreedor no puede pedir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la retribución de la pena, si esta facultad no le ha sido conferida claramente, no está destinada para la cláusula penal moratoria, sino para la penal sustitutiva, pues, aunque tal supuesto no esté regulado en dicho texto legal, se admite en virtud del principio de la autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1.255 del Código civil[787] y para el cual no rige tal prohibición, por tanto, la pena moratoria se deberá por el deudor además del

---

[784]Estas cláusulas son frecuentes en los contratos de obra, especialmente los que tienen por objeto la construcción de inmuebles. Y consisten, generalmente, en una prestación pecuniaria determinada en un tanto por día o mes de retraso, pero también cabe la estipulación de una cantidad integral o a tanto alzado. Vid. SÁNCHEZ CALERO, op. cit. en nota 597, p. 143; BLANCO GÓMEZ indica como en estos casos, el comitente podrá exigir tanto la entrega de la obra como la pena en que se haya incurrido, según el período de retraso que haya transcurrido, y, además, indica que no precisará acreditar que el retraso en la entrega le haya ocasionado efectivamente un daño. Vid. op. cit. en nota 771, p. 96, nota 41.

[785]Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, op. cit. en nota 779, pp. 532 y ss.

[786]Vid. CABANILLAS, *Comentario al artículo 1.153 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 160; RUIZ VADILLO, op. cit. en nota 776, pp. 400-401.

[787]Artículo 1.255 del Código civil. «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».

cumplimiento de la obligación principal[788].

Se considera que la pena, en este caso, equivale al interés de demora, y es exigible además del cumplimiento de la obligación en base al propio artículo 1.153 del Código civil, pues es este precepto el único que permite conjugar acertadamente la excepcionalidad del carácter cumulativo de la pena con la propia naturaleza jurídica, sentido y finalidad de la pena moratoria[789]. Este argumento se apoya, a su vez, en la consideración de que con el importe de ésta el acreedor únicamente se resarce de los daños causados por el mero retardo, pero no con los que pudiera producir la inejecución de la prestación. De este modo, se estima que la pena moratoria solamente afecta al retraso porque la ejecución de la prestación puede ser todavía posible y útil al acreedor, lo que inexcusablemente faculta para pretenderla simultáneamente con la pena.

La verdadera función coercitiva de la pena moratoria se consuma cuando el deudor cumple puntualmente con su obligación, pues es precisamente tal cumplimiento lo que fundamentalmente las partes procuran al incluir tal cláusula en el contrato que les vincula. De otro lado, si no se cumple la obligación, el acreedor podrá reclamar el cumplimiento forzoso específico de la obligación principal y el pago de la cuantía de la penal en función del retraso previsto. En este último caso, la pena desarrolla su segunda función, es decir, liquidatoria, si su cuantía asimila o se equipara al importe de los daños reales ocasionados o, punitiva, si su montante es superior al de los perjuicios efectivamente producidos[790].

La pena moratoria, en definitiva, permite exigir conjuntamente la pena y el cumplimiento de la obligación, pues la prohibición que en tal sentido contempla el artículo

---

[788]Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, Revista de Derecho Privado, 1946, pp. 167-168; SÁNCHEZ CALERO, op. cit. en nota 597, p. 145; RODRÍGUEZ TAPIA, op. cit. en nota 779, pp. 579-580.

[789]Vid. BLANCO GÓMEZ que, en este sentido, señala que: «De modo que, si bien la fuente de ésta es, obviamente, convencional, el pacto del que procede goza de la permisibilidad legal sancionada por el citado art. 1.153 prop. Seg. C.c., en paridad de trato con los supuestos en que, mediante pacto expreso, se permite reclamar conjuntamente la pena y la ejecución forzosa de la obligación con motivo de su incumplimiento o cumplimiento irregular, puesto que una modalidad de éste es el retardo. Es más, la sanción de éste, por propia definición, no encuentra otro cauce más natural de expresión que acumulando aquélla a la ejecución forzosa de la obligación principal». Cfr. op. cit. en nota 771, p. 104.

[790]Vid. ESPÍN CÁNOVAS, op. cit. en nota 788, p. 168; RODRÍGUEZ TAPIA, op. cit. en nota 779, p. 580 y nota 205.

1.153 se refiere exclusivamente a la pena compensatoria. Con la estipulación de aquélla, por tanto, no se pretende la sustitución del propio cumplimiento de la obligación o de la indemnización de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento, sino que se reemplaza a la oportuna indemnización de los perjuicios ocasionados por la mora[791].

De este modo, se ha observado que es incuestionable que la pena moratoria está prevista para cubrir teóricamente los daños producidos por el retraso. Ésta únicamente se acumula con el cumplimiento *in natura* de la obligación y no con el resarcimiento del daño.

Se estima, por ello, que el anterior supuesto guarda analogía con el que regula la pena sustitutiva de los daños producidos por el incumplimiento -*ex* artículo 1.152, párrafo 1° Código civil-, y el carácter fijo de la pena moratoria le confiere plena autonomía respecto del importe real de los daños ocasionados por el retraso, lo cual no solamente excusa al acreedor de la carga de la prueba de tales perjuicios, sino que, además, impide a ambas partes hacer cuestión sobre este punto. En estos casos, por tanto, hay equivalencia entre la pena y los daños de demora, lo cual supone que la pena moratoria cubre completamente los daños y perjuicios producidos por el retraso en el cumplimiento de la obligación principal[792].

Para determinar si nos encontramos, ante una concreta estipulación, con una específica pena moratoria, es necesario averiguar cuál ha sido la intención de las partes, y, para los casos en que no pueda indagarse el sentido de tales designios, puede servir como criterio interpretativo el de la cuantía de la pena, de tal modo que, si ésta es bastante inferior en relación al valor de la prestación principal, podrá afirmarse que las partes han acordado una pena a los efectos de sancionar el retraso[793].

Por otro lado, respecto a la exigibilidad de la pena moratoria, se ha venido entendiendo que la misma se hace efectiva desde que el deudor se constituye en mora, pues en este momento se considera que la obligación ha quedado incumplida[794].

---

[791]Vid. GARCÍA VALLÉS, *Cláusulas referentes a incumplimiento de contratos*, Revista Jurídica de Cataluña, 1970, p. 298; RODRÍGUEZ TAPIA, op. cit. en nota 779, pp. 579-580.

[792]Cfr. BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, p. 107.

[793]Cfr. RUIZ VADILLO, op. cit. en nota 776, p. 405.

[794]Vid. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 278; RODRÍGUEZ TAPIA, op. cit. en nota 779, p. 561; LOBATO DE BLAS, op. cit. en nota 774, p. 156; DÁVILA GONZÁLEZ, op. cit. en nota 775, p. 264; MORENO, *Cláusula penal*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo IV, Barcelona, 1952, p. 198.

No obstante, en contra de las anteriores consideraciones, se han pronunciado varios autores en el sentido de que se considera que presupuesto de la operatividad de la cláusula penal es el incumplimiento de la obligación, *ex* artículo 1.101 del Código civil, entre el que cabe incluir tanto el incumplimiento total o definitivo de la obligación, como el parcial, el defectuoso e, incluso, el simple retraso, con independencia de que el deudor se hubiera o no constituido en mora[795]. Ello se desprende del mismo artículo 1.152 de nuestro Código civil, y de que la función de la penal es la de valorar anticipadamente los posibles daños y perjuicios que la «falta de cumplimiento» hubiera podido ocasionar. De este modo, se podrá hacer efectiva la pena cuando la indemnización «sea exigible» conforme a las disposiciones del Código civil[796].

La cláusula penal, por tanto, precisa de un doble fundamento. Por un lado, ha de exteriorizarse un supuesto de «falta de cumplimiento», un incumplimiento de la obligación, en el que debe incluirse el retraso, pues éste reúne los requisitos propios de tal incumplimiento, independientemente de que proceda o no el derecho a la indemnización de daños y perjuicios[797]. Y, por otro, requiere que la indemnización sea «exigible», lo cual implica que haya nacido el derecho a ser indemnizado. De este modo, la pena únicamente será exigible cuando tal incumplimiento, total o parcial, defectuoso o retrasado sea imputable al deudor[798]. En este sentido, la imputación al deudor del incumplimiento, en tanto que no ha de ser necesariamente subjetiva, supone la confluencia de aquellos elementos que pudieran hacer surgir la indemnización, es decir, el dolo, la negligencia, la morosidad o la contravención al tenor de la obligación.

De este modo, para postular la pretensión por la cláusula penal por simple retraso,

---

[795]Cfr. BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 304; vid. también CARDENAL FERNÁNDEZ, op cit. en nota 3, pp. 253 y ss.

[796]Cfr. BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 304.

[797]Cfr. BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 304.

[798]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 772, p. 159; RODRÍGUEZ TAPIA, op. cit. en nota 779, p. 165; LOBATO DE BLAS, op. cit. en nota 774, pp. 160 y ss.; ESPÍN ALBA, op. cit. en nota 777, pp. 79-83.

el acreedor habrá de acreditar la imputabilidad de tal infracción al deudor incumplidor[799]. Esto implica que aquél no puede exigir la cláusula penal estipulada por el simple hecho de que el deudor se retrase en el cumplimiento de su obligación, pues habrá de probar, al contrario de lo que sucede con los daños y perjuicios efectivamente ocasionados *ex* artículos 1.106 y 1.107 del Código civil, los factores de imputación del daño que hacen «exigible» la indemnización en consonancia con el artículo 1.101 del Código civil[800].

Por otro lado, si se pacta una concreta pena moratoria a partir de una fecha señalada, se ha estimado que cabe entender que, en virtud del párrafo segundo del artículo 1.100 del Código -«cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente»-, se ha establecido en la obligación precisamente que no se requiere la intimación. Si el Código civil admite la no necesidad de interpelación cuando la obligación o la ley lo declaren de ese modo expresamente, debe inferirse que si las partes han determinado un plazo a partir del cual se aplica la pena *ipso facto*, ello suponga la constitución en mora sincrónica al vencimiento de tal plazo, sin que se requiera la interpelación y, por tanto, la exigibilidad de la pena desde ese mismo instante[801].

La intimación sería innecesaria porque el requerimiento al cumplimiento, en un concreto momento, como contenido de la interpelación, se encuentra sobreentendido tácitamente en la propia cláusula penal, establecida para el caso de retraso en el cumplimiento[802].

Por tanto, se considera que la inclusión de una cláusula penal moratoria en una concreta obligación implica la estimación de la mora automática, cuando tal pena tenga

---

[799]Indica BARAONA que, en este caso, el acreedor habrá de acreditar el dolo del deudor o bien que el retraso ha producido una contravención del tenor de la obligación, conforme a los artículos generales, «y siempre expuesto a que el deudor, en el último caso, acredite el fortuito». Cfr. op. cit. en nota 53, p. 304.

[800]Cfr. BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 305.

[801]Cfr. SÁNCHEZ CALERO, op, cit. en nota 597, p. 143; RUIZ VADILLO, op. cit. en nota 776, p. 400.

[802]Señala CARDENAL FERNÁNDEZ a este respecto que el Código civil en el artículo 1.152 no exige que el deudor esté constituido en mora para que tenga efectividad la cláusula penal. «La no exigencia expresa de que el deudor deba antes ser constituido en mora, al menos deja expedito el camino para la aplicación al caso del simple retraso en cumplir [...] Sentado que el Código no exige de forma expresa que el deudor se halle en mora, imponerla creemos que es una redundancia». Cfr. op. cit. en nota 3, pp. 253-254.

como finalidad evitar y, en su caso, sancionar el retraso en el cumplimiento[803].

Se estima que si las partes convienen una cláusula penal meramente moratoria, lo cual supone que la pena se deba por el solo hecho de que el deudor se constituya en mora, tal pacto puede ser un indicio de la relevancia del término de cumplimiento a los fines de la constitución en mora *ex re* acorde al párrafo segundo, número 2 del artículo 1.100 del Código civil. En esta hipótesis, por tanto, el retraso sería moratorio y daría lugar a la pena[804].

En este mismo sentido, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en la Sentencia de 13 de marzo de 1.987 (R. J. A. núm. 1.478) respecto a la no necesidad de interpelación, a los efectos de incurrir en mora automáticamente, cuando se ha pactado una cláusula penal moratoria, y así, considera: «...que en el presente supuesto litigioso estimados en presencia de una previsión, frecuente dentro del ámbito de la construcción, de pena convencional cumulativa que cumple por definición una función verdaderamente penal y sancionadora para el caso de retraso imputable al contratista, que en el caso de autos es calificado de «inexplicable» por la Sala de la Audiencia, sin que a la vista de la programación de entrada en funcionamiento de las obras pactadas, con la cláusula penal para el caso de retraso en la entrega de las mismas (cláusulas tercera y octava del contrato) quepa argumentar la necesidad de interpelación o intimación de la mora, so pena de desnaturalizar en el caso presente las cláusulas contractuales consagradas a la fijación de un término esencial para la ejecución y entrega de las obras y de ignorar los efectos que se operan y producen con la llegada del término o plazo señalado al efecto, tal como la Sala ha recordado en Sentencias como las de 24 de octubre de 1941 (R. 1091), 1 de mayo de 1950 (R. 728), 17 de enero de 1967(R. 77), etc...»[805].

---

[803]Vid. DÁVILA GONZÁLEZ que indica, a este respecto que: «Otro efecto de la pena moratoria que se deriva de su propia naturaleza es el incurrir en mora automáticamente sin necesidad de interpelación, porque, establecida la pena, resultará de la naturaleza y circunstancias de la obligación que el plazo era determinante en el sentido del art. 1100 del Código civil». Cfr. op. cit. en nota 775, p. 334; vid. también, BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, p. 102.

[804]Cfr. BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 305; vid. igualmente DÁVILA GONZÁLEZ, op. cit. en nota 775, pp. 334-335.

[805]En la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1987 se resolvió un supuesto de celebración de un contrato de obra, en el que el contratista había incumplido su obligación de terminación y entrega de la obra en el plazo pactado. Asimismo, se estipuló una cláusula penal, para el supuesto de retraso en el cumplimiento de

Sin embargo, en contra, otros autores entienden que en esta hipótesis la pena sería exigible de modo inmediato, tras el vencimiento del plazo pactado por las partes, pero sería necesaria la interpelación del acreedor para que el obligado se constituyera en mora, produciendo sus efectos específicos a partir del momento de tal requerimiento[806].

La doctrina italiana no es uniforme acerca de la interpretación de esta disciplina. Los autores que afirman la operatividad de la cláusula penal, también sin necesidad de constitución en mora del deudor, se apoyan en un doble argumento. Uno de carácter literal y otro de orden histórico[807].

La modificación de la terminología utilizada por el *Codice civile* de 1.865 en su artículo 1.213, que utilizaba la expresión «mora», por la actual locución «retardo», empleada por el artículo 1.382 del vigente *Codice* de 1.942, hace suponer que tal cambio de terminología evidencia una orientación nueva y constituye un fuerte argumento a favor de la consideración de la relevancia jurídica del simple retardo. Tal relieve hallaría su confirmación en la constatación de que la solución acogida en tema de cláusula penal, regía también en el Derecho romano y, en este sentido, señala la *Relazione al libro delle Obbligazioni* que «la disciplina de las obligaciones, aún teniendo en cuenta las nuevas directrices políticas y económicas, no se ha separado de las fronteras del Derecho romano,

---

la prestación por parte del contratista. Interpuesta demanda de juicio de mayor cuantía, en reclamación de cantidad, por el comitente, se condenó al demandado a satisfacer la cantidad de 2.900.000 pts. en cumplimiento de la cláusula penal pactada, por retraso en la ejecución de la obra contratada, a razón de 5.000 pts. por 580 días de demora e, igualmente, a que procediera a la entrega definitiva de la obra a los actores, de conformidad a la formalidad vigente y con los requisitos al efecto establecidos. Del mismo modo, se condenó a los actores al abono al demandado de la suma de 721.038 pts. por importe de las partidas admitidas como debidas de las reclamadas en la demanda reconvencional deducida, con sus intereses legales, desde la fecha de la sentencia hasta su pago. Apelada la Sentencia por la parte demandada, la Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la Sentencia apelada. La representación del demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

[806]Para ALBALADEJO, se admite la posibilidad de que, excepcionalmente, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueda existir una pena automática que no implique a su vez la constitución del deudor en mora. Vid. op. cit. en nota 774, p. 473; vid. también, SÁNCHEZ CALERO, op. cit. en nota 597, pp. 143-144; RUIZ VADILLO, op. cit. en nota 776, p. 400.

[807]Vid. TRIMARCHI, V. M., *Clausola penale, Novissimo Digesto Italiano. T. III*, Torino, 1967, pp. 351 y ss.; MAGAZZÙ, *Clausola penale, Enciclopedia del Diritto, T. VII*, Milano, 1960, pp. 187 y ss.; BENATTI, op. cit. en nota 56, pp. 44 y ss.; en contra, RAVAZZONI, *La costituzione...*, cit. en nota 90, pp. 44-45.

que son también las de nuestro Derecho nacional»[808].

Asimismo, es necesario distinguir las hipótesis en las cuales la penal está convenida para el incumplimiento, en sentido estricto, de aquellas en las que está estipulada para el simple retardo. En el primer supuesto, tratándose de obligaciones sin término o a término, pero de cumplimiento en el domicilio del deudor, el problema surgiría solamente para el incumplimiento definitivo anterior a la constitución en mora. Pero, en tal caso, la necesidad de constituir en mora al obligado como presupuesto para la exigibilidad de la penal, no encuentra justificación alguna.

No es lícito, se señala, pretender, a los fines de la operatividad de la cláusula penal estipulada para el incumplimiento, que el acreedor constituya en mora al deudor si la ejecución de la prestación, incluso coactivamente, no es posible.

Asimismo, si la cláusula está estipulada para el simple retraso, parece plausible también la tesis según la cual no se requeriría, para la efectividad de la penal, la constitución en mora del deudor[809].

A estas consideraciones se le ha objetado la insuficiencia de los argumentos utilizados. El primero, porque se basa en un dato literal que es equívoco, y el segundo, porque no tiene en cuenta que la tradición romanista en materia de cláusula penal se interrumpe tanto en el *Code* napoleónico como en el *Codice* italiano de 1.865. Pero, sobre todo, tal concepción contrasta con la naturaleza propia de la cláusula penal, pues ésta es un forma de liquidación *forfaitaria* y preventiva de los daños causados por el incumplimiento o por el retardo[810].

De este modo, se llega a la conclusión de que, para la operatividad de la penal, es preciso siempre la constitución en mora del deudor, únicamente en aquellas obligaciones en

---

[808]Vid. *Relazione al libro delle obbligazioni*, cit. p. 219; vid. también, TRIMARCHI, V. M., *Penale per il caso di ritardo nell'adempimento e mora del debitore*. Rivista del Diritto Commerciale, 1953, pp. 445 y ss.; BENATTI, op. cit. en nota 56, p. 45.

[809]Vid. TRIMARCHI, V. M., op. cit. en nota 808, p. 447 y ss.; MAGAZZÙ, op. cit. en nota 807, p. 192; RAVAZZONI, *La costituzione...*, cit. en nota 90, p. 45.

[810]Cfr. BENATTI, que, además, indica que no se alcanza a comprender las razones por las cuales la constitución en mora es requerida para el resarcimiento del daño *ex* artículo 1.218 del *Codice* de 1.942, pero no sería necesaria, por el contrario, para aquél particular tipo de resarcimiento disciplinado por el artículo 1.382 del mismo cuerpo legal. Cfr. op. cit. en nota 56, pp. 45-47.

las que no se ha fijado un tiempo de cumplimiento[811].

Por el contrario, para las obligaciones *querables* -las que han de ser cumplidas en el domicilio del deudor- a término, debe llegarse a diferente conclusión cuando las partes pactan que al vencimiento el incumplidor pague una penal por retardo. En este caso, se entiende que se quiere atribuir al término un significado más riguroso, pues se considera con particular disfavor el retardo del deudor. La cláusula penal se establece no solamente como forma de coerción psicológica, para inducir al deudor a ser puntual en el cumplimiento, sino, y sobre todo, porque se entiende que el acreedor tiene un gran interés en un cumplimiento tempestivo, en el momento indicado por el contrato. Es evidente, por tanto, que en tal situación sea inconcebible sostener que la operatividad de la cláusula penal dependa del estado de mora del deudor. No cabe duda, se indica, que en este supuesto el deudor incumplidor incurrirá en la obligación de pagar la penal, inmediatamente, en el momento del vencimiento del término establecido, aunque no haya sido preventivamente intimado[812].

Por otro lado, ya se ha observado que la exigibilidad de la pena no requiere la demostración de los daños reales producidos por el retraso en el cumplimiento de la obligación[813]. Señala, a este respecto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de mayo de 1.986 (R. J. A. núm. 2.734) que: «...la estructura de la cláusula penal, conforme a su finalidad, es la de evitar la necesidad de demostrar la existencia y cuantía de unos perjuicios -Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1983 (R. 6071)-, para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento y, en este caso, lo único que se debió probar y fue probado, es el hecho del retraso, objeto de especial regulación y constitutivo de

---

[811]Vid. BENATTI que señala que como el acreedor tiene Derecho a obtener el resarcimiento *ex* artículo 1.218 y 1.224 del *Codice* solamente cuando reclama la prestación por escrito, del mismo modo será resarcido, en los límites convenidos en la cláusula penal, desde el momento en el que exija el pago en los modos previstos por el artículo 1.219, párrafo 1º del mismo cuerpo legal. Vid. op. cit. en nota 56, p. 47.

[812]Cfr. BENATTI, op. cit. en nota 56, p. 48 y nota 60.

[813]Cfr. BARAONA, op. cit. en nota 53, p. 305; BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, p. 108.

incumplimiento parcial...»[814]

Se considera, en este sentido, que la pena, una vez el deudor se hubiese constituido en mora, sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, y el acreedor no tendrá derecho a otro resarcimiento aunque pruebe que su cuantía no resulta indemnización suficiente. Si el importe del daño realmente ocasionado es superior al de la pena, o distinto al previsto en ella, deben aplicarse los mismos principios de inalterabilidad del montante de la pena moratoria que los señalados en el artículo 1.152 para los supuestos de pena compensatoria o sustitutoria[815].

Con respecto a esta regla de invariabilidad de la cuantía de la pena moratoria cabe señalar dos excepciones en las que sí procede la consideración de un concurso cumulativo, en lugar de uno alternativo, entre aquélla y el resarcimiento integral del daño, por lo que se admitiría su reclamación conjunta. La primera supone que la cláusula penal se haya pactado por retraso en el cumplimiento, pero con reserva de daños ulteriores, lo cual permite reclamar simultáneamente el cumplimiento y todos los daños producidos por el retraso, incluidos también los que excedan del importe de la pena[816]. Y la segunda excepción, es aquélla que surge cuando el retraso en el cumplimiento ha sido debido a dolo del deudor, pues en virtud del artículo 1.107 del Código civil, el deudor doloso responderá de todos los daños y perjuicios que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», lo cual evidencia que el acreedor podrá solicitar completamente el importe de

---

[814]En la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1986 se resolvió el siguiente asunto: la entidad Aridos, S. A. presentó ante el Juzgado de 1ª Instancia de Montoñedo, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra la compañía C., S. A., sobre reclamación de cantidad de 4.702.814,82 pts. saldo en su favor de diversos suministros de áridos, más intereses de demora. La demandada se opuso y el Juzgado, estimando íntegramente la demanda, declaró que la interpelada adeudaba a la actora la suma que se le reclamaba, y condenó a aquélla a su abono con intereses legales de demora y al pago de las costas del juicio. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia acogió en parte el recurso, revocó también en parte la sentencia impugnada y, estimando parcialmente la demanda, condenó a la interpelada a abonar a la actora la cantidad de 1.145.024 pts. más los intereses previstos en el artículo 921 de la L. E. Civ. a partir de la fecha de la sentencia. La demandante interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

[815]Cfr. BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, p. 108.

[816]Vid. SÁNCHEZ CALERO, op. cit. en nota 597, p. 146; DÁVILA GONZÁLEZ, op. cit. en nota 775, p. 43.

todos los daños, aunque superen la cuantía de la pena pactada[817].

Asimismo, en aquellas hipótesis en las que, además de los daños producidos por el retraso, se hubieran producido perjuicios cuyo origen fuera debido a otra causa -como por ejemplo, los derivados, en un contrato de obra, de la ejecución viciosa de la misma, o los ocasionados por la entrega de la cosa en lugar distinto del pactado-, el acreedor podrá exigir, además de la cuantía de la pena moratoria, la indemnización que corresponda por aquellos daños de otra procedencia. En este caso, no nos encontramos ante una excepción al principio básico de no acumulación, puesto que la pena no puede extender su efecto sustitutivo de la indemnización ordinaria más allá de aquellos daños para los que la misma fue convenida[818].

En el supuesto de que, tras el retraso, se produzca un incumplimiento definitivo de la prestación, el ocasional resarcimiento del daño por incumplimiento se acumula a la pena por retraso. Se admite, de esta forma, que el acreedor pueda exigir conjuntamente los daños ocasionados por el incumplimiento y la pena moratoria. En este caso, existiría un concurso cumulativo entre prestación penal y resarcimiento por «*id quod interest*». La pena moratoria pactada debe considerarse como una de las hipótesis contenidas tanto en la expresión «si otra cosa no se hubiere pactado» del artículo 1.152 del Código, como el segundo inciso del artículo 1.153 del mismo cuerpo legal, que posibilita al acreedor, si le ha sido «claramente otorgada», exigir simultáneamente el cumplimiento de la obligación, por equivalente en este caso, y la satisfacción de la pena[819].

Por último, si lo que se interesa es la resolución, bien por incumplimiento definitivo o bien por imposibilidad sobrevenida de la prestación, se ha señalado que cabe aceptarse que el acreedor pueda pedir además el pago de la pena moratoria[820]. En este sentido, se indica

---

[817]Vid. ESPÍN CÁNOVAS, op. cit. en nota 788, p. 167; SÁNCHEZ CALERO, op. cit. en nota 597, p. 146.

[818]Cfr. SÁNCHEZ CALERO, op. cit. en nota 597, p. 146; TRIMARCHI, V. M., op. cit. en nota 807, p. 352.

[819]Cfr. BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, p. 111.

[820]En contra se manifiesta DELGADO ECHEVERRÍA, pues considera que resulta anómalo que en el supuesto de resolución por incumplimiento definitivo, pueda acumularse la reclamación del *id quod interest* a la de una pena prevista para un supuesto totalmente distinto, que es el de compensar los daños ocasionados por el retraso en el cumplimiento que, por otro lado, habrá de ser realizado. No obstante, señala lo siguiente: «Ahora bien,

que no debe hacerse de mejor condición al deudor que ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación principal, de tal manera que se privaría con ello al acreedor de las ventajas de la pena.

En todo caso, se advierte que habrá que estar a lo que las partes hayan querido al pactar tal cláusula, y si el carácter cumulativo se desprende con claridad de semejante estipulación, podrá exigirse la pena simultáneamente al *id quod interest* proveniente del incumplimiento definitivo[821].

6.2. MODERACIÓN JUDICIAL DE LA PENA MORATORIA

Dispone el artículo 1.154 del Código civil la posibilidad de modificar equitativamente la cuantía de la pena cuando la obligación principal hubiera sido cumplida en parte o de modo irregular.

Tal corrección de la pena, en el supuesto de cumplimiento parcial o defectuoso, no es una facultad que se concede al Juez, sino que se le impone preceptivamente el deber de modificarla[822].

Tal carácter imperativo se desprende de la propia dicción del artículo 1.154 «El Juez modificará...», así como de la invocación a la equidad que se efectúa en tal precepto[823].

---

mediando cláusula penal compensatoria del retraso [...] tiene buen sentido hacer por separado el cálculo del valor de la prestación y sumar luego la pena: la culpa del deudor que ha hecho imposible el cumplimiento no debe beneficiarle, privando al acreedor de las ventajas de la pena». Cfr. *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1985*, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, número 9, p. 2957; también, en este sentido, SÁNCHEZ CALERO apunta, para el contrato de obra, que si los daños ocasionados por el retraso son de tal entidad que el comitente opta por la resolución del mismo, la ineficacia de éste conduce a la de la cláusula penal, en virtud de su carácter accesorio, en cuyo caso, sus efectos se sustituirán por los más amplios del incumplimiento definitivo de la obligación. Vid. op. cit. en nota 597, p. 146.

[821]Cfr. BLANCO GÓMEZ, op. cit. en nota 771, pp. 113-114; vid. igualmente DÁVILA GONZÁLEZ, op. cit. en nota 775, pp. 331-334.

[822]Cfr. ALBALADEJO, op. cit. en nota 774, pp. 481-482; RUIZ VADILLO, op. cit. en nota 776, p. 407; LOBATO DE BLAS, op. cit. en nota 774, pp. 169 y ss.; BONET RAMÓN, op. cit. en nota 776, p. 227; ORTI VALLEJO, op. cit. en nota 779, p. 318.

[823]En este sentido, CABANILLAS indica que tal carácter imperativo se desprende no solo de la expresión propia del artículo 1.154, sino, además, de la comparación de los artículos 1.085 del Proyecto de 1.851 con el actual 1.154 del Código civil. Vid. *Comentario al artículo 1.154 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 160; vid. asimismo, RODRÍGUEZ TAPIA, que señala que la utilización del futuro imperfecto «modificará», no es un dato definitivo para considerar que debe ser aplicado

Nuestro Tribunal Supremo lo ha declarado, de este modo, en reiteradas Sentencias. Así, en la Sentencia de 13 de julio de 1.984 (R. J. A. núm. 3.981) se considera: «Que es justo el supuesto que se examina pues el deudor (actual recurrido) cumplió su obligación en parte, sin que haya alegado que lo hiciese irregularmente, por lo que el Juzgador tenía necesariamente que modificar (reducir) la pena fijada, de modo equitativo, que obviamente queda al prudente arbitrio del Juzgador...»[824].

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1.986 (R. J. A. núm. 2.734) declaró lo siguiente: «... y, en este caso, lo único que se debió probar y fue probado, es el hecho del retraso, objeto de especial regulación y constitutivo de incumplimiento parcial, que justifica el uso por la Sala de instancia de la facultad moderadora de la pena prevista por no ser generalizado el retraso, en aplicación del artículo 1154 del Código Civil»[825].

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1.987 (R. J. A. núm. 5.053) estableció lo siguiente: «...partiendo precisamente de la facultad que la Ley atribuye al Juez de modificar equitativamente la pena, cuando la obligación principal hubiera sido irregularmente cumplida por el deudor, y esta facultad, usada en apelación tras el oportuno juicio valorativo, es inatacable...»[826].

---

también de oficio por los Tribunales. Vid. op. cit. en nota 779, p. 581; vid. también ESPÍN ALBA, op. cit. en nota 777, pp. 66-70.

[824]El supuesto de hecho que se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984 es el siguiente: se formaliza entre las partes un contrato de obra con suministro de materiales, para construir por la empresa que figura como recurrida, una piscina en el chalet propiedad del hoy recurrente. El pago total del precio pactado se fija en cuatro certificaciones de obra correspondientes a otras cuatro etapas que se señalan en el contrato en el que se establece un plazo de 60 días hábiles para su construcción, con una penalización de 5.000 pts. por cada día de retraso. Por parte del propietario de la vivienda se dejó de pagar la cuarta certificación de obra en base a la cláusula penal referida, a causa del retraso en la realización de la obra que, en su entender, importaba la suma de 899.259 pts. que era necesario deducir del total que se le reclamaba. Iniciada la interpelación judicial por la constructora, el Juzgado de 1ª Instancia resolvió a favor de la tesis del demandante aunque, aplicando la penalización pactada, así como la facultad modificativa que permite el artículo 1.154 del C.c., redujo el total de la pretensión actora a 2.068.977 pts. Apelada la sentencia por la representación del demandado, la Audiencia la confirmó, salvo a la condena en intereses y costas. La representación del demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

[825]Vid. los fundamentos de hecho de la Sentencia de 20 de mayo de 1986 en la nota 814 del epígrafe anterior.

[826]La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1987 resolvió el siguiente asunto: se suscribió por las partes litigantes un contrato, en virtud del cual se concretaba y valoraba la obra realizada con anterioridad por la entidad demandante por encargo de la demandada, efectuándose una liquidación de cuentas y fijándose un saldo acreedor a favor de la primera ascendente a la suma de 17.250.000 pts., cantidad que debía ser

En esta dirección, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1.988 (R. J. A. núm. 7.592) determina que: «El art. 1154 del Código Civil de modo imperativo, como declaran las Sentencias de esta Sala de fecha 16-III-1910 y 21-V-1948 (R. 773 bis); determina la modificación de la pena prevista en la cláusula penal cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.»[827].

Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1995 (R. J. A. núm. 166), estimó que: «...habrá que concluir que fue absolutamente cumplido hasta dicha fecha y que por ello, se está ante un incumplimiento parcial y, por ende, cabe hacer uso de la facultad moderadora.»[828].

---

satisfecha a lo largo de 20 mensualidades; se determinaba también el valor de la obra pendiente de realización, por un montante de 267.000.000 pts., que se irían haciendo efectivos mensualmente, mediante la presentación de las correspondientes certificaciones de obra; para el caso de resolución del contrato por causa imputable a la entidad demandada, se establecía una cláusula penal representativa del lucro cesante, y consistente en el 15% del importe de las obras contratadas y no realizadas. Llegadas las fechas de vencimiento de los pagos convenidos "Solvara, S. A." dejó de satisfacer tanto las mensualidades correspondientes al importe de las obras realizadas, como la primera certificación de las obras pendientes que se estaban realizando, por lo que la constructora demandante decidió resolver el contrato, después de agotada la vía de los requerimiento notariales. Presentada la correspondiente demanda en Juzgado de 1ª Instancia, la entidad demandada "Solvara, S. A." no compareció en autos y fue declarada en rebeldía, presentandose luego en el período probatorio. Se dictó sentencia estimando totalmente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia estimó en parte el recurso y revocó en parte la sentencia, limitando el contenido de la misma. Ambas partes, demandante y demandado, interpusieron recurso de casación, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos interpuestos.

[827]La Sentencia de 20 de octubre de 1988 resolvió el siguiente asunto: don M. O. formuló, ante el Juzgado de 1ª Instancia demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad N. S. A., y don G. O., sobre inexistencia o,en su caso, resolución de un contrato de compraventa de inmuebles concertado entre él mismo como comprador y la citada mercantil como vendedora, con intervención del segundo de los demandados como Agente de la Propiedad Inmobiliaria, con reintegro de la parte del precio que había entregado, declaración de que no estaba obligado a pagar cantidad alguna al agente por sus honorarios y comisión, e indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado, estimando en parte la demanda declaró resuelto el contrato, condenando a la entidad demandada a devolver al actor la cantidad de 10.000.000 pts., declaró igualmente que el accionante no estaba obligado a abonar cantidad alguna a agente mediador, y determinó no haber lugar al pago de daños y perjuicios aunque sí de intereses legales desde la interposición de la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia acogió en parte el recurso, y determinó que la cantidad que había de pagarse era de 8.000.000 de pts. tal decisión se funda en la interpretación de la cláusula 7ª, como una verdadera cláusula penal, por lo que hace uso de la facultad que atribuye al Juez el art. 1154 del Código civil, de moderar la cuantía de la pena. La moderación obedece a que la entrega inicial fue una cantidad importante, a que el requerimiento resolutorio se produjo dentro de los 5 días siguientes a aquél en el que debió haberse entregado la cantidad de 170.000.000 pts. y a que la obra contemplada como realizable en la fecha del contrato, presentó tales dificultades ante la reacción popular, que finalmente determinaron una modificación de las condiciones urbanísticas. La entidad demandada interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo.

[828]La Sentencia de 25 de enero de 1995 se pronunció sobre los siguientes hechos: las partes concertaron un contrato de instalación y explotación de 8 armarios metálicos, con un total de 132 compartimentos. La sociedad recurrente se comprometía a instalarlos y se fijó un precio semanal a satisfacer por los usuarios clientes de la otra parte contractual, hotel "Protucasa". El pacto tenía una duración de 5 años y contenía una cláusula que literalmente

Finalmente, y con esta misma orientación, indicó la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1995 (R. J. A. núm. 1.852) lo siguiente: «...el precepto contenido en el artículo 1154 constituye un mandato para el Juez en el sentido de moderar equitativamente la pena voluntariamente pactada por los contratantes cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida.»[829].

Sin embargo, a pesar de el carácter imperativo de la norma, la jurisprudencia no ha resuelto plenamente la cuestión de si tal moderación deba ser aplicada de oficio por los Tribunales, o si, por el contrario, solamente cabe emplearla por el Juez si así se hubiese solicitado, a instancia de parte[830].

---

dice: "En caso de incumplimiento, cumplimiento imperfecto o mora por parte de la titularidad del establecimiento, "Safe Levante, S. A., percibirá de ésta, en concepto de cláusula penal inmoderable, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, voluntariamente pactada, la cantidad equivalente al producto de los compartimentos instalados por el precio semanal convenido, según este contrato, sin perjuicio de que los acredite mayores. Llegado el 30 de noviembre de 1986, la arrendataria dio por finalizado el contrato y la arrendadora formuló demanda en la que se solicitaba que se condenara a la Entidad Protucasa a pagar a Safe Levante la cantidad de 11.849.960 pts. de principal, en concepto de cláusula penal sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios generados por el incumplimiento contractual de la demandada, más los intereses legales. El Juzgado de 1ª Instancia condenó al pago de la suma reclamada pero no señaló nada en relación a los intereses solicitados. La Audiencia, en apelación formulada por la demandada, revocó la sentencia y redujo la condena a la cifra de 2.000.000 pts., por aplicación a la cláusula penal pactada de la facultad moderadora que confiere el artículo 1154 del C.c. Nada dispuso tampoco respecto a lo intereses. La actora Safe Levante interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto, en el sentido de que en ejecución de sentencia se aplicaran los intereses del artículo 921 de la L.E.Civ. sobre la cifra de 2.000.000 de pesetas desde la fecha de la sentencia de la Audiencia.

[829]La Sentencia de 10 de marzo de 1995 resolvió el siguiente asunto: don Jaime C. concertó, en documento privado, con doña Estrella G., un contrato de permuta, en la que la demandada, propietaria de diversas fincas, cedía a aquél las mismas, obligándose el actor a la realización de determinadas construcciones en los términos específicamente pactados, concretamente de dos naves industriales de 750 metros cuadrados cada una, y sobre ellas dos viviendas unidas. Se pactó por las partes una cláusula penal por demora a razón de 5.000 pesetas por día de retraso. Se interpuso demanda por don Jaime por la que se reclamaba la cantidad de 8.776.794 pts., la parte demandada se opuso a la demanda y formuló reconvención a través de la cual se reclamó, asimismo al actor la cantidad de 7.365.000 pts. Por el Juzgado de 1ª Instancia se dictó sentencia estimando en parte la demanda y la reconvención, y condenó a la demandada a abonar la cantidad de 5.140.531 pts., en concepto de precio por el aumento de las obras realizadas. En relación a la cláusula penal pactada, la sentencia de 1ª instancia consideró lo siguiente: "en cuanto a la aplicación de la cláusula penal establecida a razón de 5.000 pts./día, teniendo en cuenta el carácter restrictivo con que ha de interpretarse, no procede aplicar la misma en lo relativo a la construcción de las naves, debiendo pues quedar sin eficacia la cláusula penal establecida por demora en su entrega; sin embargo, en lo que se refiere a la entrega de las viviendas, sí debe aplicarse dicha cláusula penal, evaluándose tras la corrección adecuada -según el artículo 1154 CC-, en la cantidad de 2.000 pts./día de demora a cargo del contratista. En grado de apelación la Audiencia dictó sentencia confirmando la del Juzgado. Interpuesto recurso de casación por la representación del actor. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

[830]Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, op. cit. en nota 779, p. 582; ESPÍN ALBA, op. cit. en nota 777, pp. 66 y ss.; ORTI VALLEJO, op. cit. en nota 779, p. 318; vid. también, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1993, pp. 88 y ss.

En cuanto a la finalidad de tal precepto, no se encuentra ésta en la posibilidad de reducir justamente una pena excesivamente elevada, sino en que las partes, al estipularla, habían previsto la hipótesis de incumplimiento total y, por ello, su cálculo se efectuó en atención a tal consideración, por tanto, si el incumplimiento no ha sido total, es lógico considerar que la pena no ha de ser satisfecha íntegramente, sino en función de la parte proporcional dejada de cumplir[831].

Respecto a la pena moratoria, existe la duda de si puede o no admitirse la posibilidad de moderarla en función de si nos encontramos en el supuesto de retraso ante una hipótesis de cumplimiento irregular de la obligación, o si, por el contrario, este retardo debe ser considerado como un incumplimiento definitivo de la misma.

En este sentido, los partidarios de la tesis de que la pena moratoria no debe ser moderada entienden que por cada día de retraso debe ser satisfecha la cantidad íntegra acordada en los términos de la misma y pactada para ese concreto período temporal, en tanto que no parece que pueda haber lugar a un cumplimiento parcial, ya que el día, mes u otro período pasan o no, y si la obligación se cumple a mediados de tal etapa, ésta no debería sencillamente computarse[832].

En esta misma línea, también se ha negado la posibilidad de rectificar el importe de la pena moratoria, pues se entiende que tal modificación no se compatibiliza con la esencia ni con la finalidad de la pena. Aunque el retraso pueda ser considerado, técnicamente, como un cumplimiento irregular, la pena acota y comprende, por sí misma, a la propia irregularidad, por lo que las circunstancias reales del daño causado por el retardo carecen de relevancia, salvo que otra cosa se hubiere estipulado, ya que solamente entonces las partes hacen depender la posible modificación de la cuantía de la pena de la propia realidad del daño causado[833].

---

[831]Vid. ESPÍN CÁNOVAS, op. cit. en nota 788, p. 164; CABANILLAS, op. cit. en nota 823, p. 160; ORTI VALLEJO, op. cit. en nota 779, p. 317; RODRÍGUEZ TAPIA, op. cit. en nota 779, pp. 582-583.

[832]Cfr. DÁVILA GONZÁLEZ, op. cit. en nota 775, p. 396.

[833]Vid. BLANCO GÓMEZ que, además, apunta que: «Fuera de estos casos, la reducción judicial iría en contra de la propia voluntad de las partes, a no ser que la facultad reductora judicial pudiese introducirse por la vía de la moderación equitativa de una pena exorbitante, anque en tal caso, como señala con acierto ESPÍN (Op. Cit. pág. 168) lo probable sea la anulación judicial de la pena por ir en contradicción con preceptos de orden público, por ejemplo, los reguladores de la usura». Cfr. op. cit. en nota 771, p. 104, nota 62.

También se ha argumentado, en esta orientación negadora de la modificabilidad de la cláusula penal moratoria, que si la pena se hubiera convenido para el supuesto de incumplimiento total, sí cabría admitir la corrección de su cuantía, pues el cumplimiento tardío constituye, en este caso, un cumplimiento irregular de la prestación. Sin embargo, cuando la pena se hubiera estipulado únicamente para la hipótesis de retraso, no cabría aceptar tal modificación, puesto que concurrirían las mismas circunstancias que impiden la reducción en los casos de incumplimiento total, ya que el retraso, en este caso, se consideraría como un incumplimiento total respecto del supuesto para el que la pena fue convenida[834].

No obstante, se podría realizar una interpretación más flexible del artículo 1.154 del Código civil, y considerar la mora del deudor como una hipótesis de cumplimiento irregular de la obligación y, por tanto, abrir la puerta a la aplicación del juicio de equidad para moderar su cuantía. Así, se entiende que cumple irregularmente quien lo hace con retraso.

La anterior tesis, es la orientación seguida por nuestro Tribunal Supremo en Sentencias tales como la de 2 de junio de 1.991 (R. J. A. núm. 4.406) que señaló que: «... y que, efectivamente, habiéndose acreditado el retraso en cuestión, procede pues, la aplicación de la sanción contenida en dicha cláusula penal; ahora bien, por la Sala sentenciadora, se aprecia que el retraso en las obras solo ha de proyectarse en cuanto a la segunda fase de ejecución, en concreto con respecto a las 12 viviendas y no, por lo tanto, con respecto a las 18 anteriormente construidas y entregadas en forma, por lo que es admisible ese incumplimiento parcial o en parte por el deudor, y, por ende, cabe perfectamente en la posibilidad de atenuar en equidad lo dispuesto en ese repetido art. 1154 C. Civ., por cuanto que el supuesto de hecho encaja «ad hoc» en una de las modalidades sobre las que el Juez habrá de aplicar dicha moderación en equidad...»[835].

---

[834]Cfr. SÁNCHEZ CALERO, op. cit. en nota 597, pp. 147-148.

[835]La Sentencia de 2 de junio de 1991 se pronunció sobre los siguientes hechos: por los cauces del juicio declarativo de menor cuantía se insta por el actor, en reclamación de cantidad, contra el demandado a resultas de las diferencias por el contrato de ejecución de obra suscrito entre las partes, consistiendo la reclamación en tres partidas, la primera, por la diferencia entre lo convenido de 48.000.000 pts y lo percibido de 39.928.691 pts. por la cantidad de 8.071.309 pts., en segundo lugar, una factura de administración por 809.669 pts. y en tercer lugar, por gastos de negociación, protestos, intereses de demora y otros de 1.411.260 pts; por la inmobiliaria demandada no solamente se opuso a la demanda, sino que, asimismo, articuló reconvención en la que básicamente se pide se condene al actor al pago de 7.400.000 pts. en concepto de demora por el retraso en la terminación de la obra, así

Igualmente, la Sentencia de 29 de enero de 1.992 (R. J. A. núm. 276) consideró, en un supuesto en el que se había pactado, entre las partes contratantes, una cláusula penal de 3.000 pesetas por día hábil de retraso, lo siguiente: «...en el tercer motivo del recurso se denuncia la infracción de la jurisprudencia de la Sala en cuanto que las cláusulas penales deben interpretarse restrictivamente, y que, la jurisprudencia que se cita ratifica esa interpretación restrictiva y, sin embargo, la Audiencia Provincial no ha hecho tal interpretación restrictiva sino extensiva, pues se amplía las consecuencias de la penalidad sobre lo que las propias partes habían pactado, dándose por reproducidos los argumentos del anterior motivo: tampoco el motivo es de recibo, ya que, no ha existido agravación, en caso alguno, del contenido económico de la penalidad inserta en la cláusula 14 antes transcrita, sino que, al contrario, por el Tribunal sentenciador y operando con la discrecionalidad que le faculta el art. 1154 del CC ha efectuado una aplicación equitativa de dicha cláusula, pues ha reducido el monto económico de la misma, sin que sea cierto que con ello, se ha agravado lo pactado por las partes...»[836].

Y, finalmente, y en esta misma línea, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1.994 (R. J. A. núm. 8.364) se estableció: «...Pero esto no hace variar la calificación de moroso que le atribuye la sentencia recurrida, pues toda la prueba practicada pone de relieve que intentó la entrega de su prestación al acreedor (recurrido)

---

como el correspondiente importe en que se tase la reparación del aljibe de las viviendas objeto del procedimiento. Por el Juzgado de 1ª Instancia se dictó sentencia estimando en parte la demanda, condenando a la demandada al abono de la cantidad de 6.697.509 pts. y en cuanto a la reconvención procede estimarla ya que la obra se entregó con 148 días de retraso a partir de la fecha convenida para su entrega y a razón de 50.000 pts. diarias totalizan un importe de 7.400.000 pts. Se interpuso recurso de apelación y la Audiencia procedió a modificar, en cuanto a la reconvención, la cuantía de la pena por retraso en la entrega de la obra en aplicación del artículo 1154 del C.c. señalando lo siguiente: «una idea esencial, la moderación de la pena, modificación equitativa prevista en el art. 1154 C.C. y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de resaltar en numerosas resoluciones, por lo cual, si bien se pactó la penalización por retraso en la suma de 50.000 pts., por las razones expuestas, la Sala "A quo" entiende adecuado moderar dicha cuantía en la suma de 20.000 pts...». Interpuesto recurso de casación por la demandada el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo.

[836]En la Sentencia de 29 de enero de 1992 se resolvió el siguiente asunto: la entidad mercantil Los Álamos S. A., interpuso demanda en reclamación de cantidad por los cauces del juicio declarativo de menor cuantía contra los demandados, reclamando la cantidad de 746.452 pts. más sus intereses legales y costas por diferencias en la ejecución de obras no satisfechas por los demandados, los cuales no solo se opusieron a la demanda sino que formularon a su vez reconvención. Por el Juzgado de 1ª instancia se dictó sentencia estimando la demanda y, parcialmente, la reconvención. En grado de apelación la Audiencia desestimando el recurso interpuesto por la actora y acogiendo parcialmente el que interpuso la demandada, dictó sentencia revocando la recurrida y condenando a la actora a abonar a los demandados reconvinientes los perjuicios causados. La actora interpuso recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

defectuosamente al haber variaciones respecto del proyecto convenido, mientras que tal acreedor estuvo siempre dispuesto a recibir la prestación que se ajustase a lo pactado, no otra que no lo estuviese, y cumplir las que le incumbían. De ahí que, ante la negativa del recurrente a proceder correctamente, haya de estimarse que éste se colocó en situación de mora [...] Además, con ello se suscita en casación cuestión nueva, lo que la Sala siempre ha vetado rigurosamente, que no planteó en su escrito de contestación a la demanda, con olvido, por otra parte, de la sustancial reducción que hizo la Audiencia al monto de la cláusula para su aplicación; de 100.000 ptas. diarias la dejó reducida a 20.000 ptas., también diarias»[837].

A este respecto, la doctrina se ha preguntado si, para el contrato de obra cuyo objeto sea la construcción inmobiliaria, deba considerarse incumplimiento total o parcial el hecho de que el deudor no hubiera alcanzado el resultado inicialmente previsto, a pesar de haber desarrollado una concreta actividad durante un determinado período de tiempo. En este sentido, se ha señalado que el deudor cumple cuando desarrolla la actividad debida y si la obra queda a medio hacer debe estimarse como una hipótesis de cumplimiento parcial[838].

---

[837]La Sentencia de 2 de noviembre de 1994 resolvió el litigio planteado entre las partes en virtud de las controversias surgidas entre ellas, por la aplicación de un contrato de compraventa de un solar propiedad de los demandantes, cuyo precio estipulado consistió en una cantidad de dinero y el costeamiento por los compradores de la construcción de las unidades que quedaban a favor de los vendedores en el edificio que los primeros proyectaban levantar en el solar adquirido. Se pactó, asimismo que el pago de los 22.000.000 de pesetas lo harían los compradores el día de la terminación de las obras del edificio y en cualquier caso el día en que se cumpliesen dos años a contar desde la obtención de la licencia de construcción, y una cláusula penal de 100.000 ptas. por cada día que excediera de los dos años señalados para la ejecución y entrega de la obra. El Banco Popular Español avaló el cumplimiento de las obligaciones por los compradores, el buen fin de la construcción y el cumplimiento del plazo de la misma. El contrato de compraventa fue cedido a don Luis V. por los compradores con el consentimiento de los vendedores. Se interpuso por los compradores demanda contra don Luis V. su esposa y el Banco Popular Español, reclamando los 22.000.000 de pesetas juntamente con los intereses legales devengados a partir de la fecha en que debiera ser entregada esa cantidad, o sea, dos años después de la fecha de la licencia de municipal de obra, así como la cantidad de 100.000 ptas. diarias a partir de los dos años siguientes a la fecha de la licencia del Ayuntamiento para construir, en concepto de daños y perjuicios pactados derivados del retraso en la entrega de la obra. El Juzgado de 1ª instancia estimó la demanda en cuanto al demandado don Luis V. y su esposa, no así en cuanto al Banco Popular Español por haber transcurrido el plazo dentro del cual podía hacerse efectivo el aval. En grado de apelación la Audiencia revocó en parte la sentencia de 1ª instancia y modificó la cuantía de la cláusula penal pactada a la cantidad de 20.000 pesetas diarias. El demandado don Luis V. interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

[838]Vid. BADOSA que, de este modo, considera que: «Bastará la mera realización, interrumpida fortuitamente, de la actividad, para que la obligación se considere parcialmente cumplida, sin atender si ha resultado o no obra del mismo». Cfr. op. cit. en nota 153, pp. 190-214, y esp. 213; vid. también ESPÍN ALBA, que resalta que, mayoritariamente, la doctrina considera que la obligación de entrega de la obra es una obligación de resultado, de tal modo que cuando el contratista no la entrega a tiempo, está incumpliendo la obligación principal

En esta dirección, se ha precisado que para determinar si nos encontramos ante un incumplimiento definitivo o ante un incumplimiento parcial, será necesario resolver si el resultado es todavía posible, de manera absoluta y objetiva, y si este resultado incompleto es aún útil para el acreedor o si, por el contrario, procede estimarlo como incumplimiento definitivo, si se ha producido una frustración del fin del negocio, una razonable pérdida del interés del acreedor, o la inexigibilidad de la continuación de la vinculación de éste[839].

Cabe citar, en esta orientación, a la ya señalada la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1.991 (R. J. A. núm. 4.406).

Frente a ello, finalmente, se ha señalado que una afirmación tan categórica podría motivar una decisión judicial contraria a lo realmente querido por las partes.

Cuando se estipula una pena en atención al retraso en el cumplimiento suele precisarse una determinada suma bastante cercana y semejante a la cuantía que pudieran alcanzar los daños que tal retraso pudiera realmente ocasionar, y sin necesidad de que posteriormente se tuviera en cuenta el juicio de equidad[840]. Ante tal situación puede ser que lo más justo sea que el Tribunal no modifique la pena, pues, en caso contrario, estaríamos ente una violación inútil del principio de autonomía privada[841].

---

a la que se había comprometido. Vid. op. cit. en nota 777, p. 87.

[839]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 664; ESPÍN ALBA, op. cit. en nota 777, p. 88.

[840]Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, op. cit. en nota 788, pp. 145 y ss.

[841]Vid. ESPÍN ALBA, op. cit. en nota 777, p. 89.

7. COOPERACIÓN DEL ACREEDOR AL CUMPLIMIENTO Y MORA DEL DEUDOR EN LA OBLIGACIÓN DE HACER

7.1. FALTA DE COOPERACIÓN DEL ACREEDOR AL CUMPLIMIENTO Y MORA DEL DEUDOR

7.1.1. INTRODUCCIÓN

En una gran parte de las obligaciones de hacer resulta que la cooperación del acreedor al cumplimiento se revela imprescindible para que el deudor pueda ejecutar exacta y puntualmente la prestación debida[842]. De esta suerte, es el propio sujeto activo en la relación obligatoria el que concurre, con su impulso personal, a la obtención de aquel resultado que le es provechoso y que, además, constituye el objeto de la relación obligatoria[843].

Esta necesidad de cooperación es particularmente evidente en este tipo de obligaciones, entre las que cabe citar, entre muchos otros, los siguientes ejemplos: el obligado a pintar un concreto domicilio únicamente podrá llevarlo a cabo si el propietario de la vivienda le facilita el acceso y los medios necesarios para ello; el artista solo logrará consumar el retrato de una persona si tiene la colaboración de dicho sujeto; el sastre no conseguirá confeccionar el traje si su cliente no colabora sometiéndose a las pruebas necesarias para la adecuada elaboración del vestido; el programador informático no será capaz de instalar correctamente los programas contratados si no se le facilitan los datos que precisa y se le permite la entrada al local y a los ordenadores en los que habrá de ubicarlos; el agente inmobiliario precisa la entrega de las llaves del inmueble para mostrarlo a los

---

[842]Cfr. CABANILLAS, *La imposibilidad sobrevenida de la prestación por la falta de cooperación del acreedor, en Estudios Homenaje a J. Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 117.

[843]Indica CATTANEO que en este supuesto la realización del interés del acreedor es efecto de la actividad desarrollada no solamente por el deudor sino por ambos sujetos de la relación obligatoria. Vid. *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 1; en el mismo sentido MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 481.

posibles compradores, etc.[844].

De este modo, la colaboración del acreedor al cumplimiento de la obligación puede ser definida como aquel acto que es preciso y necesario para que el deudor pueda cumplir, exacta, puntual y tempestivamente la prestación a su cargo y liberarse con ello de la responsabilidad que sobre él pesa para el supuesto de incumplimiento de la misma[845]. Ésta es prestada por él en su propio interés, sin embargo, se ha señalado que no constituye una obligación suya en comparación con la del deudor[846].

Los problemas surgen cuando, llegado el momento del cumplimiento, el deudor, a pesar de que se encuentre en condiciones de ejecutar la prestación, no pueda verificarlo por la falta de la necesaria cooperación del acreedor[847].

---

[844]Vid. CABALLERO LOZANO, *La mora del acreedor*, Barcelona, 1992, pp. 95-97; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 599; GAZZONI, op. cit. en nota 65, p. 559; TRIMARCHI, op. cit. en nota 474, p. 359; CABANILLAS, op. cit. en nota 842, p. 118.

[845]Vid. CATTANEO, que, en este sentido, hace referencia a un concepto técnico-legal de cooperación basado en el artículo 1.206 del *Codice Civile* italiano: «Existe, pues, un concepto normativo de cooperación del acreedor: Llamaremos así a aquella actividad cuya ilegítima omisión hace aplicable a la disciplina de la *mora accipiendi*». Cfr. op. cit. en nota 843, pp. 2 y 127 y ss.; en este sentido indica CABALLERO LOZANO que los Códigos suizo, italiano y portugués, regulan la cooperación necesaria para el cumplimiento, la cual incluye cualquier acto del acreedor dirigido a permitir al deudor cumplir lo prometido y conseguir, de este modo, su liberación. «Esta novedad es fruto de una mayor preocupación doctrinal por la posición jurídica del acreedor en la obligación, pues, evidentemente, no todo en la posición del *accipiens* es pura ventaja y pasividad». Cfr. op. cit. en nota 844, p. 88.

Artículo 1.206 *Codice civile* italiano. «*Il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto è necessario affinchè il debitore possa adempiere l'obbligazione*».

«El acreedor está en mora cuando, sin motivo legítimo, no recibe el pago a él ofrecido en los modos indicados por los artículos siguientes o no cumple cuanto es necesario a fin de que el deudor pueda cumplir la obligación».

[846]Apunta TRIMARCHI que resulta claro que quien ha comprado una entrada para el teatro es libre de no asistir a la representación, de tal manera que puede hacerse daño a sí mismo pero no lesiona ningún derecho ajeno. «Por esto, el acreedor no puede venir obligado a cooperar, y son inaplicables a su cargo las reglas relativas al incumplimiento de las obligaciones». Excepcionalmente, continúa el autor, la cooperación del acreedor puede constituir igualmente el objeto de una obligación: «esto ocurre cuando el deudor no solo tiene interés en obtener la eventual retribución, sino también cuando tiene un interés directo, legal o contractualmente reconocido a ejecutar la prestación debida o a percibir que el resultado se encuentra realizado. Esto puede ocurrir en el contrato con un artista de teatro; y esto ocurre en el mandato conferido también en interés del mandatario». Cfr. op. cit. en nota 474, p. 360.

[847]Observa TRIMARCHI que puede ocurrir que el acreedor se niegue a recibir la prestación porque considere que ésta sea inexacta, o porque desea hacer aparecer al deudor como incumplidor a los fines de obtener la resolución del contrato. También indica que puede suceder que el acreedor sencillamente no desee el resultado de la prestación que se le debe. O, incluso, el acreedor puede negarse a cooperar en un momento en el que le resultaría muy gravoso, como, por ejemplo, cuando no existe espacio suficiente en su almacén para organizar la

Cuando esto ocurre, la falta de cooperación ocasiona un perjuicio al deudor, puesto que desde el momento del vencimiento de la obligación, al no ser cumplida por aquél, puede ser constituido en mora, al menos de modo aparente, y asume de esta forma los riesgos, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubieran podido ocasionarse y, en todo caso, el vínculo obligatorio permanece todavía constante a pesar de que el deudor lo que realmente pretende es su extinción[848].

7.1.2. EL CARÁCTER NECESARIO DE LA COOPERACIÓN DEL ACREEDOR AL CUMPLIMIENTO

7.1.2.1. GENERALIDADES

Se ha señalado que ante una conducta del acreedor que impida el cumplimiento de la obligación o ante la falta de cooperación del mismo, el Ordenamiento Jurídico proporciona al deudor dos medios concretos, a los fines de evitar las posibles consecuencias dañosas que la falta de cumplimiento pudiera acarrearle, éstos son las *mora creditoris* y la consignación[849].

En relación al primero de ellos, la falta de cooperación al cumplimiento de la obligación, únicamente constituye en mora al acreedor cuando se entienda que tales actos de colaboración asumen el carácter de necesarios e imprescindibles para que el deudor pueda ejecutar la prestación a la que está obligado[850]. Así, la cooperación del acreedor se

---

mercancía ofrecida por el deudor. Asimismo, prosigue el autor, la falta o insuficiente cooperación del acreedor puede estar debida a su propia negligencia, o al mal funcionamiento de su organización, o, finalmente, al caso fortuito o a la fuerza mayor. Igualmente mantiene este autor que el rechazo a percibir la prestación por parte del acreedor puede estar justificado frente a una oferta inexacta, o parcial, o realizada antes de tiempo, si el término está establecido en interés del acreedor. Para este autor, fuera de estos casos, la falta de cooperación determina la mora del acreedor. Vid. op. cit. en nota 474, pp. 359-360.

[848]Vid. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 481; CABANILLAS, op. cit. en nota 842, p. 119; CATTANEO, op. cit. en nota 843, pp. 73-74.

[849]Cfr. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 481.

[850]Vid. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 97; TRIMARCHI, op. cit. en nota 474, pp. 360 y ss.; CATTANEO, op. cit. en nota 843, pp. 111 y ss.; GAZZONI, op. cit. en nota 65, p. 559.

estimará necesaria si de esta manera lo han establecido, de forma expresa o tácita, la Ley, el propio negocio jurídico, la buena fe o la voluntad unilateral del acreedor[851].

Para indagar acerca de si un determinado comportamiento del acreedor es o no necesario para el cumplimiento de la obligación, bastará establecer cuál es exactamente el contenido de esa concreta prestación debida. En este caso, por tanto, si resulta obvia la necesidad de esa precisa actividad creditoria, no será posible el cumplimiento de la obligación y, por ende, tampoco la liberación del deudor sin que esa presencia se haga efectiva[852].

Sin embargo, no todo comportamiento que el acreedor pueda desplegar, en el ejercicio de su derecho, puede ser considerado relevante a los efectos de la *mora creditoris*. Solamente la falta de aquella actividad que sea indispensable para el cumplimiento de la obligación y la liberación del deudor, puede originar un estado de mora en el sujeto activo de la relación obligatoria[853].

Aunque no siempre la necesidad de una cierta cooperación es evidente. Existen casos en los que la prestación del deudor puede realizarse sin el concurso del acreedor, pero que, sin embargo, se admite que aquél pueda constituir a su acreedor en mora y subordinar, de este modo, el cumplimiento a su colaboración. Es necesario, por ello, identificar el criterio que distingue la cooperación del acreedor de las prestaciones a las que el mismo puede estar obligado respecto del deudor.

En determinados supuestos la cooperación del acreedor es una verdadera condición

---

[851]Advierte CABALLERO LOZANO que en el contrato de obra la cooperación será indispensable cuando, por mutuo acuerdo, se haya pactado que el comitente se obligue a suministrar los materiales -artículo 1.590 del Código civil-. De otro lado, continúa este autor, para el contrato de transporte, el deber de colaboración del acreedor puede tener un origen unilateral, cuando el cargador utilice el poder de contraorden respecto de las mercancías que ordenó transportar. En este supuesto, si el cargador anula la orden anterior, deberá comunicar al porteador el nuevo destino de las cosas entregadas para su traslado, porque, de otro modo, el transportista podrá depositar judicialmente los efectos, toda vez que desconocería la persona de su destinatario. Vid. op. cit. en nota 844, p. 98.

[852]CATTANEO se refiere a la obligación de reparar una cosa determinada. En este caso, es, sin duda, necesaria la entrega de la cosa por parte del acreedor cuando el deudor no la tenga en su poder por cualquier otro motivo. Igualmente este autor señala que es necesario que el pasajero embarque a los fines de que se pueda ejecutar la prestación de transporte, dado que ésta consiste, precisamente, en el traslado de la persona de un lugar a otro. Vid. op. cit. en nota 843, p. 112.

[853]Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 112; CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 98.

sin la cual el deudor no puede cumplir[854].

Por el contrario, en otros casos el deudor estaría en condición de cumplir la obligación por sí mismo, pero el acreedor debe ayudar a la ejecución de la prestación para que el sacrificio que el deudor ha de realizar no resulte superior a aquel impuesto por la propia relación obligatoria[855].

Puede también considerarse necesaria la cooperación del acreedor cuando consista en un comportamiento imprescindible para que el deudor, al ejecutar la prestación, no sufra un daño, en su propia persona o en sus bienes. En este caso, el deudor, cuando el acreedor no realice cuanto esté en sus manos para evitar tales daños, puede negarse a cumplir y, además, constituirle en mora[856]. La conducta del acreedor no tiene solamente el fin de hacer posible o de no agravar la prestación del deudor, ya que tiende también, y sobre todo, a tutelar a la persona y a los bienes de este último, además de la persona y el patrimonio de sus auxiliares[857].

---

[854]Apunta CATTANEO que en estas hipótesis existe una verdadera relación entre la cooperación del acreedor y la prestación del deudor, que una vez definido el ámbito de la prestación debida, resulta evidente sin necesidad de demostración de clase alguna. Vid. op. cit. en nota 843, pp. 113-114.

[855]Por ejemplo, en el contrato de mandato, el anticipo de una suma de dinero al mandatario puede considerarse que cumple la función de otorgar al deudor un medio para poder cumplir, sin que tenga por ello que soportar un sacrificio superior al debido.

[856]MENGONI, por su parte, hace referencia a determinadas hipótesis en las que la prestación del deudor se considera inexigible, de acuerdo con los principios de corrección y de buena fe. En este sentido, advierte que la buena fe es esencialmente un criterio de reciprocidad, que debe ser observado correlativamente por acreedor y deudor, en relación a los principios de solidaridad social. «...la prestación puede devenir inexigible no solo por incompatibilidad con un interés prevalente no patrimonial del deudor, sino también cuando el cumplimiento expondría a un grave riesgo la integridad de sus bienes, por ejemplo, del objeto de la prestación (tratándose de un contrato obligatorio de restitución) o bien de los instrumentos técnicos que deberían servir para procurar la obra o el servicio prometido. Se argumenta, en efecto que del artículo 388 del Código de la navegación, el fletante no está obligado a emprender un viaje que expondría la nave a un peligro no previsto en el momento de la conclusión del contrato, aunque el peligro de la nave no implique, en este caso, un peligro para las personas». Cfr. op. cit. en nota 149, pp. 283-286.

[857]Apunta CATTANEO que un riesgo de este tipo, que amenace a la persona del deudor en la realización de la prestación, no solamente puede obligar al acreedor a tomar medidas particulares, que no serían necesarias en otras circunstancias, sino que autorizaría, además, al deudor a sustraerse del cumplimiento cuando tales medidas no hubieran sido tomadas por el acreedor. «Nadie puede ser obligado a sufrir un daño injusto, o a tolerar que un tercero lo sufra: esto lo demuestra el instituto de la legítima defensa [...] En nuestro caso el deudor, para evitar exponer su persona o sus cosas o las de sus auxiliares a un riesgo que el acreedor ha creado o ha omitido eliminar, puede experimentar un agravamiento en su prestación, y puede también perder toda posibilidad de ejecutarla: tales eventos se ponen, evidentemente, a cargo del acreedor. Lo cual se resuelve en la aplicación a tal hipótesis de los efectos de la *mora accipiendi*, o sea, la obligación del resarcimiento de los daños, la liberación *invito creditore* y, si la prestación deviene inejecutable, la obligación de retribuir el importe de aquello que el deudor hubiera ganado

También, en esta misma línea, se ha mencionado que se considera cooperación del acreedor, la expedición del recibo de pago, la restitución del título de crédito y la anotación del pago sobre el título[858]. Si tales actos faltan, el deudor se expone, al cumplir la obligación, al riesgo de no poder probar el pago realizado y ceder, por ello, frente a nuevas pretensiones injustificadas del mismo acreedor[859].

Asimismo, existen otros supuestos en los que, a pesar de que en principio pudieran considerarse como de necesaria cooperación al cumplimiento, no lo son por la falta de relación de esencialidad entre la conducta del acreedor y la prestación del deudor. En este sentido, no constituyen actos de cooperación aquellas actividades del acreedor que no impiden el cumplimiento, sino que sencillamente lo dificultan. Este es el caso de lo preceptuado en el artículo 1.719 del Código civil[860] para el contrato de mandato. La omisión por el acreedor de sus precisas instrucciones no impide el cumplimiento de la obligación, pero, sin embargo, lo complica, pues el mandatario habrá de ejecutar la prestación por sí mismo, sin la seguridad que supone la sumisión a las directrices del mandante[861].

---

o ahorrado». Cfr. op. cit. en nota 843, pp. 118-119.

[858]En el § 371, segunda parte, del B.G.B. se dispone que si el acreedor afirma no estar en condiciones de restituir el título, el deudor puede exigir el reconocimiento, públicamente autenticado, de que la deuda ha quedado extinguida. Por su parte, PADILLA se pregunta que si la negativa del acreedor a dar recibo del pago al deudor o si éste pretende imputar el pago a deuda diferente de la que el deudor quería extinguir, aun tratándose de un incumplimiento de deberes creditorios, podría constituir en mora al acreedor: «En verdad esa conducta impediría la completa liberación del deudor: en el primer supuesto, porque corre el riesgo de que se desconozca la existencia del pago y con ello el derecho a liberarse; en el segundo, pues no habría cumplimiento de la obligación respecto de la cual el deudor quería liberarse. En ambas situaciones, parece menoscabarse el *ius solvendi*, pues queda aún, por parte del acreedor, satisfacer deberes que tienen por concluido el *iter solutionis*, aunque en el primer caso se puede pensar que se trata únicamente de un problema de prueba y no de configuración de mora creditoria». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 566-567.

[859]CATTANEO señala que con la finalidad de evitar tal daño injusto al deudor, podría subordinar su pago a la expedición del recibo, o a la restitución del título, o a la anotación. «También estos actos tienen la función típica de la cooperación del acreedor al cumplimiento, en cuanto sirven para hacer que la obligación pueda ser cumplida sin riesgo para el deudor». Cfr. op. cit. en nota 843, p. 120; en contra, vid. PADILLA, op. cit. en nota 1, pp. 566-567.

[860]Artículo 1.719 del Código civil. «En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante.

A falta de ellas hará, todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un bien padre de familia».

[861]CABALLERO indica que esta omisión por parte del acreedor de las instrucciones, aunque carezca de consecuencias negativas para sí mismo, es contraria a la buena fe. Y, por ello, este autor opina que la ausencia de cooperación por parte del acreedor no debería ser indiferente a nuestro Ordenamiento Jurídico. Vid. op. cit. en nota 844, p. 100.

Por otro lado, en torno a si cabe considerar el acto de la intimación al cumplimiento, que el acreedor dirige al deudor a los fines de constituirlo en mora, como un acto de cooperación necesario, la doctrina se encuentra dividida.

Para unos autores, el requerimiento de pago es un acto de cooperación del acreedor al cumplimiento, pues presupone que el hecho de realizarlo implica que el acreedor no solo desea recibir la prestación, sino que, además, se halla dispuesto a ello[862].

Para otros, por el contrario, la *interpellatio* no es un acto de cooperación del acreedor ya que su falta no impide el cumplimiento de la prestación por parte del deudor, ni su realización facilita en modo alguno el cumplimiento[863].

Tampoco se consideran actos de cooperación necesaria aquellos que el acreedor ha de realizar una vez se haya producido el cumplimiento, pues el no desarrollo de los mismos no impide el cumplimiento que, ciertamente, ya ha sido ejecutado[864].

---

[862]RAVAZZONI, a este respecto, indica lo siguiente: «La intimación elimina en el deudor cualquier posible duda sobre la voluntad por parte del acreedor de recibir la prestación. La intimación es necesaria, en los supuestos en los que la prestación deba ser ejecutada en un lugar distinto del domicilio del acreedor, porque, a través de ésta, el deudor viene a saber que, cuando deba cumplir, encontrará al acreedor dispuesto a recibir la prestación o a realizar los actos de cooperación necesarios. No parece justo, prosigue este autor, que aún habiendo vencido el término para el cumplimiento, el deudor se constituya en mora cuando habiéndose presentado a cumplir corriera con el riesgo de no encontrarse con la cooperación del acreedor». *La costituzione...*, cit. en nota 90, pp. 14-17 y en *Mora...*, cit. en nota 90, pp. 901-904.

[863]CARDENAL FERNÁNDEZ advierte que las doctrinas que califican la interpelación del acreedor como un acto de cooperación han de ser acogidas con alguna reserva, y deben valorarse en función de todas las circunstancias de la obligación de que se trate. «Efectivamente, la falta de cooperación del acreedor al cumplimiento no excusa siempre al deudor ni de mora ni de incumplimiento: de la primera le libera el ofrecimiento; de la segunda, la consignación de la cosa debida, con las formalidades legales». Obviamente, en este caso el autor no hace referencia las obligaciones de hacer. Vid. op. cit. en nota 3, p. 213, nota 27; CATTANEO señala que acoger la tesis según la cual la intimación es un acto de cooperación al cumplimiento, supone haber perdido de vista el particular significado normativo del término «cooperación». Para este autor, es claro que nadie puede pensar en una constitución en mora del acreedor por el hecho de que éste no realice la intimación. «La función típica de la cooperación en sentido técnico está aquí ausente, ya que la intimación omitida no impide ni agrava el cumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 843, p. 117; en similares términos se expresa CABALLERO LOZANO: «Nosotros creemos que la *interpellatio* no es acto de cooperación, porque su ausencia no impide el cumplimiento del deudor, ni su verificación facilita el mismo, a no ser que entendamos que demandar judicialmente a los deudores es ayudarles a cumplir sus obligaciones». Cfr. op. cit. en nota 844, p. 101.

[864]CABALLERO LOZANO señala como ejemplo aquellos supuestos en los que no se produce un aprovechamiento del resultado de la prestación. Así, cuando el arrendatario no ocupa la casa arrendada, el enfermo no toma las medicinas recetadas por el médico o cuando no se utiliza el vehículo que ha sido alquilado. «El acreedor puede estar obligado a realizar su conducta en base a un interés autónomo de la otra parte, pero ya no es un acto de cooperación, en sentido estricto, porque excede el ámbito de la obligación. Por ejemplo, el arrendador interesado que el piso no se deteriore. Depende, en todo caso, del título de la obligación». Cfr. op. cit. en nota 844, pp. 101-102; PADILLA se manifiesta en contra de la consideración de que estos actos no obstan a la liberación de deudor: «Es un despropósito concebir una mora creditoria por incumplimiento de deberes posteriores a la

Por todo ello, lo que verdaderamente distingue a los actos de cooperación del acreedor de otros comportamientos que pueden estar impuestos al mismo por la relación obligatoria, supone que tales actos tienen como objeto exclusivo el facilitar o ayudar al deudor en el cumplimiento de la obligación. Ésta, por tanto, constituye la función típica de los actos de cooperación del acreedor y, en este sentido, se ha señalado que su función es instrumental respecto de la prestación del obligado[865].

Por último, al igual que ocurre con los actos de cumplimiento por parte del deudor, la actividad de cooperación del acreedor tendrá que acomodarse al propio contenido de la obligación, a lo determinado en el programa de prestación pactado por las partes, pues una cooperación inexacta, según lo determinado por el título de la obligación, equivale, por regla general, a su no ejecución o realización. De esta manera, únicamente pueden considerarse como necesarios aquella conducta del acreedor que se adapte íntegramente al tenor de la obligación[866].

Por lo tanto, para la calificación de una determinada actuación del acreedor como necesaria para el cumplimiento de la obligación, se requerirá un examen de la prestación que el deudor ha de ejecutar, de la actividad que el acreedor haya de desarrollar, así como de la relación o la conexión que existe entre las dos[867].

---

actividad solutoria. Cuando se piensa, por ejemplo, en el ulterior deber de certificar obras que el deudor ha realizado en favor del acreedor, no se alude en verdad a un deber colaborativo posterior a la obra ejecutada por el *solvens*, sino a un deber previo al de su propia obligación de pagar el precio por la obra realizada. Dicho en otros términos, quien tiene ahí el deber es un deudor, no un acreedor, de manera que cabe desestimar la hipótesis». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 566.

[865]Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 843, pp. 120-123; CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 109.

[866]Vid. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 162; vid. asimismo PADILLA que indica lo siguiente: «Creemos que el deber de colaboración que liga al acreedor con su deudor, nace, en efecto, con el débito principal y ha de hallarse, en consecuencia, sujeto a idénticas o similares contingencias que él». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 563.

[867]Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 114; CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 99.

7.1.2.2. EL CARÁCTER NECESARIO DE LA COOPERACIÓN DEL ACREEDOR EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER

Cuando no es posible para el deudor ejecutar la prestación sin la colaboración del acreedor, ésta adquiere la condición de necesaria y, en consecuencia, se conforma como susceptible de producir efectos jurídicos. Cuando, por el contrario, a pesar de la pasividad del acreedor, el deudor es capaz de desarrollar por sí mismo la ejecución de la prestación, la cooperación de aquél no es indispensable, lo cual sucede en numerosas hipótesis[868].

La cooperación del acreedor se muestra necesaria siempre en las obligaciones de hacer que se resuelven en un dar[869], pues en estos supuestos aquél ha de recibir la cosa que el deudor debe entregarle en el cumplimiento de su obligación[870].

En el contrato de obra, el acreedor-comitente ha de recibir la obra una vez ésta haya sido realizada, pero, además recae sobre este último la necesidad de desplegar otras pautas de colaboración que propicien la liberación definitiva del deudor[871].

De otro modo, cabe que la obligación de hacer pueda ser completamente ejecutada

---

[868]Cfr. GIOACOBBE, *Mora del creditore, Diritto civile*, Enciclopedia del Diritto, T. XXVI, Milano, 1976, p. 956.

[869]Vid. GIACOBBE, op. cit. en nota 868, p. 958; RAVAZZONI, *Mora...*, cit. en nota 90, p. 902; para el contrato de obra SÁNCHEZ CALERO señala que son dos las obligaciones del contratista, una de ellas consiste en una obligación de hacer y estriba en la ejecución de la obra y, la otra, constituye una obligación de dar, y supone la entrega de aquélla, una vez realizada. Por ello, «el comitente tiene un verdadero y propio derecho a obtener la entrega, ya que la toma de posesión del resultado conseguido constituye el complemento necesario para la satisfacción de su interés». Cfr. op. cit. en nota 597, pp. 127 y 138.

[870]Vid. GAZZONI, op. cit. en nota 65, p. 559.

[871]Se hace referencia, en este sentido, a la necesidad de permitir la entrada en el terreno donde se va a construir la obra. SÁNCHEZ CALERO alude al supuesto en el cual se haya pactado que el acreedor tenga la facultad de fijar el término de entrega de la obra. «Sobre el acreedor pesa una carga o deber de colaboración que haga posible esta liberación. En efecto, el acreedor está obligado no sólo a fijar un plazo, sino, además, un plazo cuya duración tenga en cuenta, conjuntamente, su interés en la demora de la entrega y el del deudor que desea liberarse de su débito lo más rápidamente posible. En otro caso decidirá el juez». Cfr. op. cit. en nota 597, p. 132; por su parte, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN señalan, a este respecto que una de las obligaciones fundamentales del comitente es la de la recepción de la obra, paralela a la del contratista de entregarla, y que, asimismo, se deduce de los principios generales en materia de pago: el deudor necesita de la cooperación del acreedor para liberarse de su obligación. Igualmente, indican lo siguiente: «El comitente debe poner en situación al contratista de hacer la obra y ello mediante la entrega de los materiales (si ha de suministrárselos él), obtención de las autorizaciones administrativas oportunas e incluso mantenerlo en la pacífica posesión de los terrenos (en la edificación), indemnizándole de los daños que sufriera por la oposición de terceros». Cfr. op. cit. en nota 262, pp. 466 y 468.

mediante la actividad unilateral del deudor, en este supuesto, por tanto, no se precisa la colaboración del acreedor. Son hipótesis en las que el obligado puede alcanzar el resultado debido, dentro de su propia esfera de autonomía, pues es posible la realización de la prestación sin invadir el espacio posesorio del acreedor[872].

También se considera que no se precisa la cooperación del acreedor cuando la ejecución de la prestación requiera la concurrencia de elementos externos ajenos a la propia conducta del acreedor y de los cuales éste no deba responder[873].

La diferencia se encuentra en la posibilidad, o no, de prescindir, para la realización del resultado material perseguido por la obligación, de la cooperación del acreedor[874].

Sin embargo, se ha señalado que incluso en aquellas obligaciones en las que no es necesaria la cooperación del acreedor al cumplimiento, cabe la posibilidad de que el acreedor incurra en mora al omitir su colaboración. Se trata de aquellos supuestos en los que aquél utiliza una facultad reconocida por la Ley, de tal manera que no sea posible, de modo definitivo o temporal, ejecutar la prestación por el obligado sin tal comportamiento creditorio. El acreedor deberá cooperar con su actividad en un momento posterior, a los

---

[872]Como ejemplo, pueden señalarse, con carácter general, determinados supuestos de prestaciones de servicios profesionales, donde se requiere un especial conocimiento o pericia por parte del deudor. Así, la obligación de un arquitecto de proyectar los planos de un edificio, la de un abogado de emitir un dictamen jurídico, la realización por parte de un escritor de una obra literaria, la elaboración por un ingeniero de un proyecto para la construcción de un puente, etc.

[873]Cfr. TONDO, *Obbligazione in generale, adempimento e mora del creditore, Commentario a los articulos 1.173-1.217 del Codice civile italiano, Commentario teorico-pratico al Codice civile diretto da V. de Martino*, Roma, 1970, p. 446.

[874]MORENO QUESADA hace mención a la clasificación de las obligaciones de hacer según el *facere* pueda ser realizado en el ámbito de los poderes sustanciales del acreedor o, por el contrario, cuando para conseguir el resultado debido, se necesite invadir la esfera de poder del deudor, en cuyo ámbito habría de llevarse a cabo normalmente. «Ejemplo del primer supuesto sería la obligación de un maestro de obras de construir una piscina en terreno del que se lo encargó: no haciéndolo, puede el acreedor satisfacer su interés dentro de su propia esfera de disponibilidad sustancial, por el sencillo procedimiento de hacer que se lleve a cabo por otro la construcción de la piscina. Para ello, no necesita invadir el ámbito privativo del deudor, que queda al margen en esa realización por otro interés del acreedor. Ejemplo del segundo supuesto sería el de todos aquellos casos en que su ejecución forzosa no puede actuarse si no es invadiendo la esfera del deudor, por lo que resulta inconcebible independientemente del ejercicio de la acción ejecutiva: tal sería el de las obligaciones asumidas por los parcelantes, o adquirentes de parcelas, de una urbanización, de realizar en las suyas una porción de un parque a fin de hacer un conjunto armónico, o construir un pozo en beneficio de todos o, más sencilla y frecuentemente, de construir edificaciones con determinadas peculiaridades estéticas, o la simple obligación de construir dentro de un plazo determinado. En caso de incumplimiento, el acreedor o acreedores necesitarían para obtener el resultado por sí mismos, invadir la esfera personal de actuación del deudor, introducirse y afectar al ámbito de su posesión, lo que es una circunstancia totalmente distinta a la anterior». Cfr. op. cit. en nota 152, pp. 477-478.

fines de que el deudor se libere de su obligación, pues tal colaboración se ha hecho necesaria de forma sobrevenida[875]. La mora, en este caso, es consecuencia de la actividad posterior que se ha hecho necesaria, no en virtud de la propia obligación, sino por voluntad del acreedor.

De otro modo, si el acreedor, que carece de la anterior facultad de disposición, impide el cumplimiento de una obligación que no requiere de su colaboración, el deudor puede cumplir sin necesidad alguna de actividad por parte de aquél y, por ello, se excluye la protección que la *mora creditoris* pudiera suponerle al mismo[876].

7.1.3. TIPOS DE COOPERACIÓN DEL ACREEDOR

Se ha indicado que la actividad de cooperación del acreedor podría ser clasificada atendiendo a los siguientes puntos de vista: según el sujeto que ha de cooperar, el objeto de la cooperación, el tiempo en que ha de efectuarse, el modo en que éste se desenvuelva y los efectos que ocasione[877].

En primer lugar, con carácter general, habrá de ser el propio acreedor el que deba realizar aquellos actos de cooperación, pero también cabe que esta actividad sea desarrollada por terceras personas. Así, de igual modo, pueden ejecutar los actos de cooperación los trabajadores del acreedor, su representante legal e, incluso, el tercero beneficiario de la prestación. En estos casos, la responsabilidad por *mora creditoris* dependerá de las facultades que tenga el acreedor para exigir la colaboración al tercero y de la responsabilidad que aquél haya contraído en relación al deudor respecto al efectivo

---

[875]Se señala el ejemplo del cargador que suspende el cumplimiento de la obligación utilizando el poder de contraorden. En este caso, deberá notificar al porteador sus nuevas instrucciones, pues, de otro modo, la prestación se prolongaría indefinidamente. En este sentido, el acreedor puede incurrir en mora toda vez que la colaboración, que antes no era necesaria, ahora es imprescindible para la completa liberación del deudor. Vid. FALZEA, op. cit. en nota 866, pp. 143-144.

[876]Indica CABALLERO LOZANO que el deudor puede en todo caso cumplir y por ello no goza de la protección de la *mora creditoris*, pues no es necesaria actividad alguna por parte del acreedor. Vid. op. cit. en nota 844, p. 104.

[877]Cfr. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, pp. 105-110.

cumplimiento de la obligación[878].

En segundo lugar, por razón del objeto de la cooperación, ésta puede ser personal o real, según haga referencia a la persona del acreedor o a la prestación en sí misma[879]. De carácter personal es, por ejemplo, la asistencia del enfermo a la consulta médica, o el cliente que se presenta ante el sastre para la confección de un traje. De carácter real, es la aceptación o la recepción de la cosa debida, que se entrega en cumplimiento de una obligación de dar o de una de hacer que se resuelve en dar, como, por ejemplo, en el contrato de obra[880].

Prestación del deudor y cooperación del acreedor no son dos comportamientos que inexcusablemente hayan de coincidir. Una prestación de hacer puede requerir una actividad de colaboración consistente en un dar, como, por ejemplo, en el contrato de obra con suministro de material por el comitente, o, contrariamente, una prestación de dar puede reclamar una cooperación consistente en un hacer, como en el supuesto de retirar la cosa en una compraventa[881].

---

[878]Vid. CABALLERO LOZANO que, además, hace referencia al supuesto de solidaridad activa, en el que la cooperación puede corresponder a uno solo de los coacreedores, a varios o incluso a todos ellos conjuntamente. «Si de todos o varios uno de ellos es el causante de la falta de cumplimiento de la obligación, todos los coacreedores serán tenidos por morosos, aunque la responsabilidad definitiva recaiga sobre el negligente en sede de relación interna, porque el Código civil faculta a cada coacreedor para hacer lo que es útil para los demás no lo que les sea perjudicial (art. 1.141 C.C.)». Cfr. op. cit. en nota 844, p. 105; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO señala a este respecto lo siguiente: «Si la solidaridad es de acreedores puede el deudor ofrecer y consignar la cosa objeto de la prestación a nombre de uno, algunos o todos los acreedores; lo que será indiferente a los efectos de constituir la mora del grupo acreedor en su conjunto y, en su caso, de extinguir la obligación, debido a que la relación interna entre acreedores permite cobrar a cualquiera de ellos en su nombre y en beneficio de los demás». Cfr. op. cit. en nota 51, pp. 94-95.

[879]Vid. FALZEA, op. cit. en nota 866, p. 162.

[880]La cooperación del acreedor tiene un carácter pasivo en las prestaciones que consisten en la entrega de una cosa, y asume naturaleza activa en las prestaciones que consisten en recoger algo. Igualmente, puede consistir también en suministrar los medios necesarios para el cumplimiento, como en la entrega de dinero al mandatario, la entrega de materiales o la realización de ciertos trabajos preliminares en el contrato de obra, facilitar la mercancía al porteador, entregar el borrador de la obra al editor, etc. Además, estos medios pueden tener un carácter inmaterial, como en el caso de las órdenes o instrucciones del mandante, o la información que el mandatario ha de proporcionar al mandante con la presentación de la cuenta final. Cooperaciones ambas, personal y real, instantáneas o periódicas, según los casos.

[881]Vid. PADILLA que se expresa en los siguientes términos: «Al determinar el contenido del deber de colaborar, la primera reacción, casi natural, consiste en creer que reina una suerte de paralelismo prestación-deber de cooperación, por aquello de que deuda y crédito se corresponden. No es así; pueden coincidir, pero no es forzoso que suceda, y así el débito obligacional puede requerir la realización de deberes de dar o de hacer, y a la inversa. Hasta es posible imaginar colaboraciones diversificadas, de distinta naturaleza, sumadas y distribuidas

En tercer lugar, en función del momento en el que debe producirse la colaboración del acreedor, ésta puede tener lugar antes de comenzar el cumplimiento, durante el desarrollo de la prestación o como culminación de ésta.

La cooperación previa al cumplimiento se produce cuando el deudor precisa de ciertos actos antes del comienzo de la ejecución de la prestación[882].

La cooperación coetánea al cumplimiento supone una correcta colaboración entre acreedor y deudor y suele revelarse en obligaciones de tracto sucesivo, como por ejemplo el suministro de materiales en el contrato de obra[883].

Por último, la doctrina considera que los actos típicos de colaboración del acreedor son aquellos que debe realizar en el momento final de la prestación, cuando el deudor ha ejecutado todo aquello que dependía de él para que tuviera lugar el cumplimiento del deber de prestación[884]. La cooperación, en este sentido, puede consistir en la simple recepción o en la toma de posesión de la cosa debida[885].

---

temporalmente de acuerdo con las necesidades que reclame el cumplimiento de la obligación». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 568.

[882]Vid. PADILLA que, en esta línea, apunta lo siguiente: «Aunque en realidad los deberes que así calificamos no se identifican temporalmente con el acto de cumplimiento, ninguna duda existe de que sin ellos el deudor no puede pagar». Indica que pueden señalarse como ejemplos los deberes de contar, pesar, medir, elegir, etc. Vid. op. cit. en nota 1, p. 564.

[883]Vid. PADILLA que señala que si la cooperación del acreedor es coetánea al cumplimiento, no cabe imaginarse una hipótesis en la que el acreedor pueda incurrir en mora antes que el deudor. «En este caso, el vencimiento del plazo sólo convertirá el débito de cooperación en exigible, pero no producirá la mora del titular. Y aun convertido en exigible, no podrá reclamárselo si el deudor no se halla en disposición de cumplimiento, lo cual supone que su obligación misma se convirtió en exigible, es decir, su deber en prestable. Cumple puntualizar, a propósito del deber coetáneo de colaboración, que la incidencia que tiene esa prestación creditoria respecto del débito solutorio convierte, en la práctica, al acreedor en coautor del pago, lo que puede sonar bastante absurdo por aquello de que nadie podría pagarse a sí mismo. Pero ¿quién dijo que no se puede pagar a sí mismo? Cuando el acreedor recibe la cosa que el *tradens* le entrega realiza un acto bilateral material, y de alguna manera se está *pagando* al posibilitar la satisfacción de la obligación de dar del deudor. Pero cuando el *accipiens* realiza los actos materiales con asentimiento del *tradens* se ve con mayor claridad que quien realiza la conducta determinante es el acreedor, que no se limita al acto relativamente pasivo de recibir: hay actos físicos positivos, *de hacer*, que implican la configuración del negocio traditorio (art. 2379 Cód. civ. argentino). Por otro lado, si se trata de un deber de cooperación con plazo de vencimiento simultáneo al de la obligación principal, en la medida en que no se caiga en el absurdo -que MOISSET DE ESPANÉS rechaza por inadmisible-, de que ambas partes de la relación incurran en mora, la colaboración concomitante es verificable». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 565-566.

[884]Vid. CABANILLAS, *La mora del acreedor*, Anuario de Derecho Civil, 1987, pp. 1358 y ss.

[885]Señala CABALLERO LOZANO como en otras ocasiones, además de la recepción de la cosa debida, se exige del acreedor un acto de aceptación de la misma, sin el cual el deudor no consigue la plena liberación. Unas veces la aprobación es anterior a la recepción, como en la venta sobre muestra y, otras veces, la recepción precede

En cuarto lugar, según el modo en que se desarrolle la actuación del acreedor, la cooperación puede ser expresa o tácita, lo cual depende de si ésta se revela de un modo claro o patente o se infiera, de otro modo, de la conducta irrefutable del propio acreedor[886].

Finalmente, en relación a sus efectos, el acto de cooperación puede liberar o no al deudor. Cuando el deudor ha realizado todo lo que de él dependía para cumplir, la liberación del deudor se subordina a la cooperación del acreedor, pues solamente restan sus actos para el completo cumplimiento de la obligación. Viceversa, cuando la cooperación del acreedor es previa o coetánea al cumplimiento, el deudor no se libera, ya que únicamente se encuentra en disposición de comenzar o de continuar la actividad de cumplimiento[887].

7.1.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COOPERACIÓN DEL ACREEDOR

Se ha señalado que en la relación obligatoria el interés del deudor está integrado por la posibilidad de liberarse de su deuda, y el del acreedor, por su parte, en la ejecución de la prestación. Estos dos intereses se realizan coetáneamente en virtud del exacto cumplimiento de la obligación. Pero, como acertadamente se ha indicado, no solo al deudor le corresponden deberes, ni únicamente al acreedor derechos, sino que nos encontramos, en la relación obligatoria, con dos posiciones jurídicas complejas, cada una de ellas con ventajas

---

a la aprobación, como en el contrato de obra. Vid. op. cit. en nota 844, p. 108; Apunta SÁNCHEZ CALERO que la recepción en el contrato de obra es diferente a la que se produce en el cumplimiento de otras obligaciones. Pues en este segundo caso, los acreedores desempeñan un papel puramente pasivo, ya que se limitan a la recepción física de la prestación. Por el contrario, en el contrato de obra, el comitente tiene, en la recepción de la obra, una participación activa, por cuanto que, además de la recepción física, emite una declaración de voluntad, mediante la cual se produce la aceptación de la prestación del contratista. «Esta diferencia viene determinada por la misma naturaleza de la obligación asumida por el contratista. Este se obliga a conseguir para el comitente un resultado determinado, la obra concluida y en las condiciones convenidas. Por consiguiente, el resultado se produce en un momento posterior a la perfección del contrato, y el comitente no puede limitarse a la mera recepción física de ese resultado, sino que le asiste el derecho de comprobarlo, y, en caso de resultado favorable, la obligación de manifestar que su interés ha sido satisfecho». Cfr. op. cit. en nota 597, pp. 53 y ss.

[886]CABALLERO LOZANO propone como ejemplo el de la obra que se realiza por piezas o medidas. En este caso, el contratista puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción, «se presume aprobada y recibida la parte satisfecha (art. 1.592 C.C.). La ley interpreta la conducta del acreedor como cooperación a la liberación del deudor, pues en el tráfico de bienes y servicios nadie paga aquellas prestaciones con las que se muestra disconforme por vulnerar lo previamente acordado». Cfr. op. cit. en nota 844, p. 110.

[887]Cfr. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 108.

-mayores en la posición del acreedor- e inconvenientes -principalmente en la posición deudora- para quien se sitúa en las mismas[888].

7.1.4.1. LA POSICIÓN DEL DEUDOR EN LA OBLIGACIÓN

Con carácter general se ha subrayado que el deudor no detenta un derecho al cumplimiento de la obligación[889], sino que lo que verdaderamente le compete es un derecho a la liberación del vínculo obligatorio, puesto que toda deuda limita, en cierta medida, su particular libertad personal y su inherente disponibilidad patrimonial, y lo que no se puede admitir, por tanto, es que el acreedor pueda, a su parecer, limitarla en un mayor grado que el que ya resulta de la propia obligación[890].

No obstante, por algún autor se ha indicado que el deudor tiene un auténtico derecho al cumplimiento de la obligación[891].

---

[888]Cfr. GIACOBBE que, además, en este sentido, se pronuncia en los siguientes términos: la relación obligatoria «no consiente aislar una situación exclusivamente activa y una situación únicamente pasiva. Activo y pasivo se entrelazan en el ámbito de la misma realidad a través de un delicado equilibrio de articulaciones que cualifican el mecanismo de la actuación de la relación obligatoria». Cfr. op. cit. en nota 868, p. 951.

[889]En este sentido CATTANEO indica que tutelar el interés del deudor a ejecutar la prestación significaría otorgar a la prestación debida, y de ahí a la relación obligatoria, no solamente el objeto de satisfacer al acreedor, sino también el de satisfacer al mismo deudor. «Esto, sin duda, es lícito, pero no se puede decir que constituya la regla [...] La eventual tutela del interés a cumplir podrá resultar alguna vez de una norma especial, o de un negocio jurídico, pero no puede hacerse derivar de una norma general en materia de obligaciones, como el artículo 1.207 del *Codice civile*». Cfr. op. cit. en nota 843, p. 44.

[890]Vid. PUIG BRUTAU, *Mora*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XVI, Barcelona, 1978, p. 648; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil, Tomo II, Volumen I*, Madrid, 1931, p. 144; PUIG PEÑA, op. cit. en nota 643, p. 179 y nota 45; CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 93; CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 112.

[891]En este sentido, vid. MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, *Droit civil. Les obligations, Tome 2. Le régime*, París, 1989, p. 191; FALZEA, op. cit. en nota 866, pp. 33 y ss.; por otro lado, RAVAZZONI menciona que el acreedor está obligado a colaborar para que la recepción de la prestación tenga lugar, de este modo, se puede hablar de un derecho subjetivo del deudor a obtener tal resultado. «Si, por el contrario, subsiste un derecho del deudor (a cumplir), éste no puede ser de tal intensidad como para ponerse en el mismo plano que el derecho del acreedor y alterar, en definitiva, toda la economía de la relación obligatoria. Está claro que el deber del deudor a cumplir tiene una relevancia muchísimo mayor y sobre éste se sustancia la relación obligatoria. Pero este derecho del deudor, aún con todas sus limitaciones y su escasa relevancia, se corresponde siempre con la relación obligatoria [...] En realidad, (el deber del acreedor de recibir la prestación) es inherente a la relación obligatoria y representa uno de aquellos deberes accesorios, que no deben necesariamente gravar al deudor: un deber que, en cualquier caso, se armoniza y responde a aquel deber de comportamiento según la corrección, según el que el legislador ha querido inspirar la entera regulación de la relación obligatoria». Cfr. *Mora...*, cit. en nota 90, p. 904; por su parte, GIACOBBE apunta que el deudor tiene un verdadero derecho subjetivo al cumplimiento. «Correlativamente, si el

Sin embargo, en contra se sostiene que el obligado no tiene un derecho al pago[892]. Asimismo, para algún autor, el deudor tiene un evidente derecho a liberarse de la obligación[893].

Para otros, lo que verdaderamente caracteriza la posición del obligado es la existencia de un interés en cumplir la obligación, pero no podría, de este modo, afirmarse que, por ello, tuviera un derecho al cumplimiento[894].

De otro lado, también se ha considerado que el deudor tiene una facultad de liberarse de su deuda, de manera que, el acreedor no solamente no puede impedir tal liberación, sino que, además, recae sobre él una carga de colaboración para que la misma tenga lugar[895].

---

deudor puede poner en movimiento un mecanismo mediante el que aquella situación de responsabilidad consigue, con todos los efectos que se derivan, el resarcimiento del daño, al objeto de liberarse, incluso contra la voluntad del acreedor, no parece que tal situación pueda ser clasificada de otro modo más que como de derecho subjetivo». Cfr. op. cit. en nota 868, p. 966; de otro modo, señala PADILLA, a este respecto, lo siguiente: «Que el deudor tenga el deber y a la vez el derecho a pagar sería tanto como reconocerle el derecho, pero imponerle la obligatoriedad de su ejercicio, configurándose como una suerte de *ejercicio obligatorio de un derecho*. La cuestión se patentiza en el art. 505 *in fine* del Cód. Civil (argentino) cuando previene que el cumplimiento confiere al deudor el derecho a obtener la liberación correspondiente, lo que implícitamente significa sostener que el obligado ostenta el derecho a liberarse pagando, como escribe FALZEA. Por otro lado, ese criterio se mantiene en numerosas disposiciones de nuestro Código Civil, como por ejemplo, en los arts. 1322, 1411, 1427, y las recordadas por MOISSET de los arts. 1337, 1430, 1431, entre otros. Entonces, no merece objeciones la posibilidad de predicar en el ámbito solutorio un derecho a pagar (*ius solvendi*). Pero, no se nos oculta que ese derecho del deudor debe encontrar correspondencia en el ámbito creditorio, para lo cual debemos examinar el llamado *deber de recibir* del acreedor». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 554-555.

[892]Vid. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, pp. 197-198; CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, pp. 112-118.

[893]Vid. ALBALADEJO que, en este sentido se pronuncia: «Como ya sabemos, el deudor tiene derecho a liberarse de la obligación, cuando llegue el momento oportuno. Ahora bien, como el acreedor no está obligado a recibir el pago, cuando la obligación no se extinguió por otra causa y el acreedor rechaza éste, la ley establece otro procedimiento liberatorio, en el que la obligación se extingue normalmente mediante la consignación de lo debido a disposición de la autoridad judicial, previo el infructuoso ofrecimiento de pago al acreedor». Cfr. op. cit. en nota 107, p. 163.

[894]Vid. BÉRCOVITZ que indica, en esta orientación, lo siguiente: «Desde el momento en que no se puede argumentar con el interés de los acreedores para imponer su actuación conjunta en la demanda, cabe preguntarse si, en todo caso, esto no vendrá impuesto por el interés del deudor; se entiende, por el interés del deudor que sea digno de protección, ya que, de lo contrario, carecerá de sentido dotarle (al deudor) de una excepción al respecto. El interés legítimo del deudor está en liberarse en su momento de la deuda, de manera que los demás acreedores no puedan impugnar el pago realizado». Cfr. *Las obligaciones divisibles e indivisibles*, Anuario de Derecho Civil, 1973, p. 578; vid. también NATOLI y BIGLIAZZI-GERI, op. cit. en nota 54, pp. 2 y ss.; GIORGIANNI, *Lezioni di Diritto civile*, Milano, 1956, p. 99.

[895]Vid. en este sentido, DÍEZ-PICAZO que señala que además, el Ordenamiento Jurídico estructura en determinados supuestos, los medios necesarios para que la liberación del deudor tenga efecto, a pesar de la oposición o la falta de cooperación del acreedor, tales como, en las obligaciones de dar, el ofrecimiento de pago y

Frente a esto, se ha objetado que admitir que el deudor se encuentra revestido de una facultad para liberarse del vínculo obligatorio, podría tener como consecuencia el que no pudiera rechazarse la idea de la «situación de deuda» como una posición jurídica compleja, así como, que también, tendría que considerarse al sujeto pasivo de la obligación tanto como acreedor como deudor, lo cual sería desechable pues daría lugar a que toda obligación aparecería como sinalagmática o recíproca[896].

Análogamente, se señala que tanto el interés del deudor a la liberación del vínculo como la invulnerabilidad de su propio patrimonio, frente a actos no ventajosos del acreedor, se encuentran amparados por nuestro Ordenamiento Jurídico, pero no un derecho del

---

la consignación. «Mayores dificultades suscita el problema cuando se trata de una prestación de hacer. No existe en nuestro Derecho Positivo un texto legal expreso que contemple la cuestión y que establezca en tal caso la vía de liberación del deudor. No obstante la laguna legal, parece necesario admitir que, frente al acto del acreedor que rehúsa injustamente la prestación de hacer que se le ofrece o frente a la inercia del acreedor, el deudor ha de estar en condiciones de hacer patente su voluntad de cumplir, de poner en juego las consecuencias de la «*mora creditoris*» y finalmente de liberarse del vínculo». Cfr. op. cit. en nota 3, p. 122.

[896]Apunta CRISTÓBAL MONTES que las facultades forman parte del contenido de un derecho y debe reservarse dicha denominación para designar los poderes especiales, privados de autonomía, que pueden distinguirse analizando el contenido de un derecho subjetivo y que alguna vez han sido llamados impropiamente derechos facultativos. «Si el deudor, por definición, no es titular de un derecho sino de un débito, aquellas posibilidades jurídicas de actuación que tenga en relación a su *status* no cabe catalogarlas como facultades, en cuanto no hay forma de ponerlas en conexión con el contenido de derecho subjetivo alguno que, desde luego, el deudor no ostenta. Serán otra cosa. ¿Qué concretamente? Pienso que son tan sólo meras emanaciones, consecuencias obligadas o mecanismos instrumentales que la *ratio iuris*, y, desde luego, la norma positiva ponen a su disposición para humanizar, favorecer y facilitar el cumplimiento del deber que soporta, al objeto de que tenga lugar de la manera más fácil posible y con la menor carga traumática. La normalidad jurídica requiere que las obligaciones se cumplan sin problemas y la posición de deudor, aunque no excepcional (según pretende DÍEZ-PICAZO), debe tratarse de manera tal que coadyuve a ese objetivo primario sin perjuicio de un cierto trato favorable al mismo: el famoso principio del *favor debitoris* (que, pienso, opera no tanto en razón de que alguien sea deudor, sino en virtud de que los deudores contractuales suelen ser la «parte débil» del contrato). En consecuencia, no es propiamente que el deudor tenga la facultad de liberarse, sino que ello es tan sólo la instrumentación del deber de prestación que soporta: si ha de pagar, debe encontrarse en situación de hacerlo, y esta posibilidad no es más que el vehículo jurídico de su deber [...] La supuesta facultad del deudor para enervar la pretensión extralimitada o abusiva de su acreedor no es más que un recurso procesal puesto a disposición de todo demandado por lo que hace a los hechos impeditivos y extintivos. La limitación de responsabilidad no es otra cosa que una mera consecuencia de la particular naturaleza del débito o de los pactos que han acompañado su nacimiento. Es obvio que el principio del *favor debitoris* y la regla de la interpretación más favorable al deudor (*odiosa restringenda*) poco o nada tienen que ver con la existencia de genuinas facultades jurídicas a su favor, pues se trata de un principio genérico que no se plasma en concretos poderes jurídicos». Cfr. *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, pp. 93-95; frente a esto CABALLERO LOZANO se ha manifestado en contra, pues indica que éste último autor no explica de modo exacto cual es la naturaleza jurídica de los poderes del deudor, «aparte de que introduce nuevos conceptos que no clarifican suficientemente el panorama de la relación obligatoria y, concretamente, la situación pasiva». Cfr. op. cit. en nota 844, p. 115.

deudor a cumplir la obligación[897].

Para las obligaciones de hacer, se ha declarado que, el interés del deudor en ejecutar la prestación es, sin duda, más frecuente que en las obligaciones de dar. El deudor de un hacer puede tener un interés en realizar la prestación, no solamente para obtener la retribución a sus servicios, o el pago de la obra, sino también para tener la satisfacción de ocuparse de un asunto importante o que sea conocido por el público y, en igual modo, para obtener fama o para realizar una labor científica significativa. También, en el supuesto de un artista, éste puede tener interés en ejecutar la prestación debido a su deseo de mostrar sus habilidades y cualidades al público, y de ser conocido, adquirir fama y de pretender la consecución de otros contratos[898].

No obstante, a pesar de la existencia real de ese interés del deudor en cumplir, se estima que ello no implica que el tenga un derecho a la realización de la prestación[899], y que,

---

[897]Para CABALLERO LOZANO, además, existen una serie de razones que conducen a la conclusión de que ni el deudor tiene un derecho a cumplir la obligación, ni el acreedor está obligado a recibir el pago, éstas son para el autor las siguientes: 1. La libertad que existe en torno a la posibilidad de que un tercero realice el pago, según el artículo 1.158 del Código civil; 2. La posibilidad del acreedor de proceder a la condonación de la deuda o a la reducción de su importe a su voluntad; 3. La aptitud del acreedor de desistir del contrato; 4. La facultad de alterar, en ciertos contratos, unilateralmente algunas circunstancias de la prestación; 5. Y, por último, la existencia misma de la institución de la mora del acreedor y la del pago por consignación. Vid. op. cit. en nota 844, pp. 116 y ss.; vid. también CATTANEO, op. cit. en nota 843, pp. 40 y ss.

[898]Vid. TRABUCCHI que, en esta línea, indica lo siguiente: «En algunos casos, sin embargo, el interés del deudor al cumplimiento hace surgir un derecho contra el acreedor. Un ejemplo que encontramos en las fuentes romanas es el siguiente: después de la venta de material resultante de la destrucción de un edificio, el deudor puede tener interés en que el acreedor lo retire, dejando así libre el solar para una futura utilización del mismo. Tomemos como segundo ejemplo el de un artista de teatro que tiene interés en que, el empresario-acreedor no se limite a pagarle el sueldo, sino también a hacerle representar su papel en la obra, ya que esto le reportaría una publicidad en el mundo teatral. Pero no podemos engañarnos por las apariencias: tanto en uno como en otro caso las relaciones son complejas; se encuentran conexos en ellas derechos y obligaciones, y por tanto, a los efectos del descombro de los materiales o de la representación del papel, el acreedor de la prestación principal es al mismo tiempo deudor». Cfr. *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1967, p. 68; en el mismo sentido vid. TRIMARCHI que indica que la cooperación al cumplimiento constituye una auténtica obligación para el acreedor cuando el deudor no solamente tiene interés en ejecutar la prestación, sino cuando este interés dirigido al cumplimiento se encuentra legal o contractualmente reconocido. Sin embargo, en estos casos, tales como la prestación de un artista o la del mandato conferido en interés del mandatario, el interés del deudor carece de tutela jurídica, aunque exista en la relación obligatoria. Vid. op. cit. en nota 474, p. 360; en este sentido, CABALLERO LOZANO se manifiesta de este modo: «En la actividad de artistas, productores de cine o teatro, etc., el empresario está obligado a permitir la representación de la obra, porque el artista tiene un interés en la propia prestación, como es la fama, el aumento de la propia capacidad artística, etc., que se lesionaría de estar largo tiempo inactivo, etc. Aquí, al igual que en los casos anteriores, sí que se puede hablar de un derecho al cumplimiento». Cfr. op. cit. en nota 844, p. 121.

[899]FALZEA señala, para demostrar que el Ordenamiento Jurídico italiano protege el derecho del deudor al cumplimiento de la obligación, que, en base al artículo 1.236 del *Codice* (vid. al final de esta nota), éste puede oponerse a la condonación de la deuda realizada por el acreedor.Vid. op. cit. en nota 866, p. 33; en contra se

ni mucho menos éste se encuentre tutelado por el Ordenamiento Jurídico[900]. El objeto típico de la obligación es el de procurarle al acreedor un resultado útil, y la Ley requiere precisamente ese interés del acreedor expresamente como requisito de la obligación, no el interés del deudor[901].

De modo general, se afirma que el fin social de las normas sobre las obligaciones es el de asegurar a ciertas personas el resultado útil que puede alcanzarse en virtud de la actividad de otras. La satisfacción, la fama, la capacidad de ganancia que otros sujetos puedan conseguir, como efecto inmediato de su propia actividad, no son, ciertamente, un fin típico de aquellas normas[902].

Por otro lado, en las prestaciones de los profesionales liberales, la tutela del interés del deudor a ejecutar la prestación se excluye, pues este tipo de relaciones jurídicas se fundan en la confianza del cliente, y esto descarta cualquier coacción a cargo de este último a fin de que se permita al profesional el cumplimiento de su prestación[903].

---

pronuncia CATTANEO pues entiende que tal norma por sí sola no demuestra nada ya que ésta puede interpretarse en el sentido de «evitar que el deudor sea constreñido a recibir un beneficio gratuito en contra de su propia voluntad». Cfr. op. cit. en nota 843, p. 37; nuestro Ordenamiento Jurídico no confiere al deudor una facultad similar a la del Ordenamiento italiano. En este sentido, CABALLERO LOZANO considera que, en torno a la figura de la condonación, que «si el deudor tuviese derecho al cumplimiento, el acreedor no podría disponer, de este modo, de su crédito, y tendría que cooperar ineludiblemente al cumplimiento (recibir el pago)». Cfr. op. cit. en nota 844, p. 116; vid. también DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 561 y ss.

Artículo 1.236 *Codice civile* italiano. «*La dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore, salvo che questi dichiari in un congruo termine di non volerne profittare*».

«La declaración del acreedor de condonar la deuda extingue la obligación cuando se comunica al deudor, salvo que éste declare en un término adecuado no querer aprovecharla».

[900]Se señala que en realidad el interés del deudor a ejecutar la prestación es un fenómeno esporádico, frecuente en ciertas obligaciones, pero muy poco común en la mayoría de ellas. En este sentido, CATTANEO indica que: «Y, precisamente por esto, la existencia de un interés similar del deudor no es condición suficiente para su protección, no estando prevista por las normas generales sobre las obligaciones: es preciso, por el contrario, que tal tutela excepcional esté dispuesta por una norma especial o por la autonomía privada». Cfr. op. cit. en nota 843, p. 37.

[901]Cfr. GIORGIANNI, *La obligación*, Barcelona, 1958, pp. 135 y 216 y ss.

[902]Cfr. CATTANEO, op. cit. en nota 843, pp. 38-39.

[903]Para CATTANEO es claro que en este tipo de obligaciones está suprimida toda tutela del interés del deudor a ejecutar su prestación. «Mientras que el desistimiento del profesional no está admitido más que por una justa causa, el cliente puede siempre rescindir el contrato; pero a diferencia del contrato de mandato, de arrendamiento y de obra, las obligaciones del cliente se limitan directamente al reembolso de los gastos y a la compensación por la obra desarrollada, con exclusión del lucro cesante o, si el contrato es a tiempo indeterminado, del preaviso -art. 2231 *Codice civile* italiano-. Evidentemente, la relación no puede durar cuando la confianza del

Asimismo, en los contratos del tipo *locatio operis* -arrendamiento de obras y servicios- se prevé la facultad de desistimiento, sin necesidad de justa causa, por parte del acreedor del *opus*, mientras que el deudor del *facere* no puede sustraerse en modo alguno a su obligación. De este modo, el acreedor puede promover, a su voluntad, la extinción de la relación obligatoria, todo lo cual indica que la ley tutela únicamente el interés del acreedor al cumplimiento de la obra y no aquél que el deudor pueda tener en ejecutarla y demuestra igualmente la ausencia, en éste último, de un derecho al cumplimiento de la obligación[904]. El acreedor está obligado a asegurar al contratista o al artesano el mismo provecho que habría obtenido por la ejecución contrato[905], pero no a resarcirle por la falta de consecución de otras ventajas indirectas, tales como la publicidad que del cumplimiento de la obra habría obtenido, o los sucesivos contratos que el deudor hubiera podido concluir con otras personas[906].

Por la doctrina italiana, se ha señalado que en el contrato de mandato, ambas partes pueden rescindir el mismo, pero, mientras el mandatario que renuncia sin justa causa debe,

---

cliente decae por cualquier motivo: el carácter de confianza de la relación es tan intenso que excluye cualquier garantía de duración a favor del profesional. Con mayor razón se niega cualquier tutela al interés que el profesional pueda tener a la efectiva ejecución de su prestación: tal interés debe ceder también frente a una voluntad contraria del cliente. Se recuerda, en este sentido, que el profesional liberal no debe estar interesado personalmente en la propia prestación: se piensa en el alejamiento que por tradición se exige al jurídico acerca de la causa por él defendida (donde, entre otras, se prohíbe el pacto de *cuota litis*) y en la completa entrega que el médico debe tener hacia el paciente. En relación al interés que el profesional pueda tener en cumplir su trabajo, la voluntad del cliente es siempre soberana en este sentido. En el caso del médico, se puede dudar directamente de la validez de una cláusula contractual que atribuya al profesional el derecho a realizar una cura o una operación, o que se acuerde el resarcimiento del daño en el supuesto de un rechazo posterior por parte del cliente: aunque se admitiera que fuera lícito someterse a un experimento científico, no parece posible asumir tal obligación». Cfr. op. cit. en nota 843, pp. 42-43.

[904]Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 40; CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, pp. 117-118.

[905]Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentario al Artículo 1.594 del Código civil en Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XX, vol. II*, Madrid, 1986, pp. 401 y ss.

[906] Cfr. CATTANEO que, además, señala que: «Cierto, no se puede excluir que el desistimiento del comitente pueda ocasionar al arrendatario de la obra o al artesano un daño resarcible, cuando viole un interés tutelado *erga omnes* lesionando, por ejemplo, su honor o su reputación: pero esto es evidentemente otra cuestión, pues se trata de bienes tutelados independientemente de la existencia de un contrato de obra o de arrendamiento entre el causante del daño y el perjudicado. En sustancia, el acreedor debe respetar la esfera jurídica del deudor, como la de cualquier otro sujeto, pero no está obligado a hacer que el deudor pueda procurarse, con la prestación, ulteriores resultados útiles». Cfr. op. cit. en nota 843, pp. 40-41.

en todo caso, resarcir los daños -artículo 1.727 *Codice civile*[907]-, el mandante que revoca el mandato antes del vencimiento del término o sin preaviso está obligado a un resarcimiento solamente si el contrato fuera oneroso -artículos 1.723, párrafo primero[908] y 1.725[909] *Codice civile*-.

En este sentido, el resarcimiento al que tiene derecho el mandatario, deudor del *facere*, atañe, únicamente, a la pérdida de la retribución, no ya a la falta de ejecución del encargo.

Este último daño deviene, por el contrario, resarcible, también si el contrato es gratuito, cuando las partes hayan pactado la irrevocabilidad, dando así al interés del deudor a la ejecución del mandato aquella tutela que por norma está ausente -artículo 1.723, párrafo primero *Codice civile*-, tutela que es todavía más intensa en el caso del mandato conferido también en interés del mandatario -artículo 1.723, párrafo segundo[910] *Codice civile*-.

---

[907]Artículo 1.727 *Codice civile* italiano. «*Il mandatario che rinunzia senza giusta causa al mandato deve risarcire i danni al mandante. Se il mandato è a tempo indeterminato, il mandatario che rinunzia senza giusta causa è tenuto al risarcimento, qualora non abbia dato un congruo preavviso.*

In ogni caso la rinunzia deve essere fatta in modo e in tempo tali che il mandante possa provvedere altrimenti, salvo il caso d'impedimento grave da parte del mandatario».

«El mandatario que renuncia sin justa causa al mandato debe resarcir los daños al mandante. Si el mandato es por tiempo indeterminado, el mandatario que renuncia sin justa causa está obligado al resarcimiento, cuando no haya dado un preaviso conveniente.

En todo caso la renuncia debe ser hecha en modo y en tiempo tal que el mandante pueda proveerse de otra manera, salvo el caso de impedimento grave por parte del mandatario».

[908]Artículo 1.723, párrafo primero, *Codice civile* italiano. «*Il mandante può revocare il mandato; ma, se era stata pattuita l'irrevocabilità, risponde dei danni, salvo che ricorra una giusta causa*».

«El mandante puede revocar el mandato; pero si había sido pactada la irrevocabilidad, responde de los daños, salvo que concurra una justa causa».

[909]Artículo 1.725 *Codice civile* italiano. «*La revoca del mandato oneroso, conferito per un tempo determinato o per un determinato affare, obbliga il mandante a risarcire i danni, se è fatta prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare, salvo che ricorra una giusta causa.*

Se il mandato è a tempo indeterminato, la revoca obbliga il mandante al risarcimento, qualora non sia dato un congruo preavviso, salvo che ricorra una giusta causa».

«La revocación del mandato oneroso, conferido por un tiempo determinado o para una asunto determinado, obliga al mandante a resarcir los daños, si se ha hecho antes del vencimiento del término o del cumplimiento del asunto, salvo que concurra una justa causa.

Si el mandato es a tiempo indeterminado, la revocación obliga al mandante al resarcimiento, cuando no haya sido dado un preaviso conveniente, salvo que concurra una justa causa».

[910]Artículo 1.723, párrafo segundo, *Codice civile* italiano. «*Il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi non si estingue per revoca da parte del mandante, salvo che sia diversamente stabilito o ricorra una giusta causa di revoca; no si estingue per la morte o per la sopravvenuta incapacità del mandante*».

«El mandato conferido también en interés del mandatario o de terceros no se extingue por revocación de

Por consiguiente, las normas sobre el mandato ofrecen un cuadro bastante claro de la tutela del deudor, es decir, por norma, parece que únicamente se encuentra protegido el interés a la retribución, si éste era debido, y, naturalmente, el interés a no sufrir un sacrificio mayor del prometido. Por el contrario, el interés del deudor a ejecutar la prestación aparece amparado solamente cuando así haya sido dispuesto en el mismo contrato[911].

Finalmente, se ha señalado que el esquema típico de la obligación no prevé la tutela del interés del deudor a ejecutar la prestación, pues se trata de un mecanismo que se desarrolla exclusivamente en función del acreedor. El interés a ejecutar la prestación por el deudor está protegido, en la relación obligatoria, de un modo secundario, y se añade al que es el fin típico de la relación obligatoria entre acreedor y deudor[912].

---

parte del mandante, salvo que se haya establecido diversamente o concurra una justa causa de revocación; no se extingue por la muerte o por la incapacidad sobrevenida del mandante».

[911]Cfr. CATTANEO que, por otro lado, indica también cómo en la relación de trabajo subordinado, parece que por norma se prevé la tutela del interés a ejecutar la prestación laboral. «En la mayoría de los casos, tanto en la empresa como en la comunidad familiar, la prestación de trabajo está vista como un bien que pertenece al empresario, y que éste dirige en función de sus propios fines y del que hace lo que quiere. Esto no se encuentra desmentido por la tendencia hacia una mayor protección del trabajador, considerado como el contratante más débil. Tal tendencia está dirigida a garantizar, de varias maneras, el interés a una retribución suficiente y a proteger a los trabajadores contra riesgos de índole variada, pero no a tutelar su eventual interés en prestar efectivamente su trabajo. Todo esto se encuentra probado por la norma que consiente al empresario destinar al trabajador a un domicilio distinto del pactado -art. 2.103 C. civ. it.- : tal norma tutela el interés del trabajador a la retribución, que no debe disminuirse, y prohíbe, además, cualquier otra «modificación sustancial en la posición de aquél». Una confirmación de la falta de tutela para este interés está provista por la disciplina del despido sin justa causa y sin preaviso, la cual obliga al empresario, si el contrato era por tiempo indefinido, a una indemnización equivalente al importe de la retribución que habría correspondido por el período de preaviso -art. 2.118, párrafo segundo C. civ. it.-. Tal disciplina asegura al trabajador la retribución por el hecho de no haber podido desarrollar su actividad hasta el final. Naturalmente el despido puede, por otro lado, constituir un perjuicio ilícito para el trabajador, pero no por el solo hecho de que éste no haya podido trabajar». Cfr. op. cit. en nota 843, pp. 41-44; para el Derecho español señala CABALLERO LOZANO que el deudor tiene un interés independiente al de la mera liberación cuando el mandato es retribuido en razón de un tanto por ciento. «Es evidente que cuanto mayor sea la actividad del mandatario o comisionista, mayores cantidades se devengarán en su provecho». Cfr. op. cit. en nota 844, pp. 120-121.

[912]Cfr. CATTANEO que, además, señala que: «tutelar el interés del deudor a ejecutar la prestación significa dar a la prestación debida -y de ahí a la relación obligatoria- no solo el fin de satisfacer al acreedor, sino también el de satisfacer al deudor mismo. Esto es sin duda lícito, pero no se puede decir que constituya la regla. Se puede concluir, por tanto, que el instituto de la mora del acreedor tiene la función típica de proteger solamente dos tipos de intereses del deudor: el interés a la retribución, y el interés a no sufrir agravación en el vínculo obligatorio. La eventual tutela del interés a cumplir podrá resultar alguna vez de una norma especial, o de un negocio jurídico, pero no puede hacerse derivar de un norma general en materia de obligaciones». Cfr. op. cit. en nota 843, p. 44.

7.1.4.2. NATURALEZA DE LA COOPERACIÓN DEL ACREEDOR

Tres son las posturas fundamentales en torno a la naturaleza jurídica de los actos de cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación. La primera de ellas supone considerar que la actividad de cooperación constituye una obligación, la segunda estima que nos encontramos ante un deber jurídico, y la tercera que el comportamiento de colaboración del acreedor debe ser conceptuado como una carga.

En primer lugar, se sostiene que la cooperación del acreedor al cumplimiento es objeto de una obligación. De este modo, el acreedor de la prestación principal es igualmente deudor de una obligación cuyo objeto son los actos de cooperación necesaria para la efectiva realización de la prestación. Esta teoría asume como consecuencia la siguiente hipótesis: el deudor tiene derecho a cumplir la obligación, mientras que el acreedor tiene la obligación de recibir el pago y de cooperar por ello al cumplimiento de la prestación. Igualmente se admite, en este sentido, que la mora del acreedor es una subespecie de la *mora solvendi*, lo que tiene como resultado que existe una equivalencia entre ambas instituciones[913].

Se indica, también, que el acreedor tiene una obligación de cooperación porque el deudor puede obtener, en caso de omisión de tal conducta de colaboración, la liberación de su deuda «en forma específica» mediante el depósito u otro procedimiento liberatorio[914]. Si a ello se le añade el hecho de que el acreedor en mora está obligado al resarcimiento del daño, es decir, sufre la sanción típica de los deberes jurídicos en el Derecho privado, la existencia de una obligación resulta de esta manera acreditada[915].

Además, se advierte que si verdaderamente el acreedor no puede negarse a colaborar, salvo que concurra en él un motivo legítimo para tal rechazo, con la consecuencia de que la omisión de la cooperación hace derivar, a cargo del acreedor, un estado de

---

[913]Vid. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 123; CATTANEO, op. cit. en nota 843, pp. 45 y ss.

[914]FALZEA indica que la ley prevé, en estos casos de ausencia de cooperación, un particular tipo de ejecución forzada de una obligación de hacer, distinta de las otras en su estructura, pero análoga en cuanto a su función. Vid. op. cit. en nota 866, pp. 29 y ss., 89 y ss., 384 y ss.

[915]Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 48.

responsabilidad, no se ve como pueda negarse la cualificación de obligación a la situación que de ésta deriva[916].

A la anterior tesis se le ha objetado el hecho de que si el acreedor estuviese obligado a colaborar, no existiría diferencia alguna entre la *mora accipiendi* y la *debendi*, pues ambas producirían los mismos efectos[917].

También se le critica el que señale que de las normas que regulan la *mora accipiendi*, no se deriva una función de asegurar al deudor la cooperación del acreedor, sino la de tutelar el interés del deudor a no perder el derecho a la retribución por un hecho del acreedor[918]. Por ello, únicamente se puede decir que la ausencia de cooperación se asume como criterio para cargar al acreedor con el riesgo de los obstáculos que puedan impedir la exacta realización de la prestación por el deudor[919].

Se advierte, asimismo, que otros efectos de la *mora accipiendi*, tales como la liberación *invito creditore* y el resarcimiento de los daños, apoyan las anteriores conclusiones[920].

Por otro lado, en algunas ocasiones, la duración del vínculo obligatorio viene determinada por la ley o por la autonomía privada sin referencia alguna a procedimiento liberatorio. Se trata de obligaciones cuyo cumplimiento debe acaecer en un tiempo determinado, transcurrido el cual, la prestación ya no puede ser ejecutada. En estos casos, si el deudor ofrece puntualmente la prestación, pero el acreedor no coopera, su liberación

---

[916]Cfr. GIACOBBE, op. cit. en nota 868, p. 966.

[917]CABALLERO LOZANO indica, igualmente, que el deudor, además, estaría protegido por una genuina acción de condena contra el acreedor, lo cual no está contemplado por el Ordenamiento Jurídico. «La oferta real sería una ejecución forzosa, la ley no concede acción de condena frente al acreedor; proporciona otros medios de tutela: la mora del acreedor y la consignación judicial». Cfr. op. cit. en nota 844, p. 123.

[918]Cfr. CATTANEO que, además, indica que: «La norma del artículo 1.207 del *Codice*, según la cual «cuando el acreedor está en mora está a su cargo la imposibilidad sobrevenida de la prestación por una causa no imputable al deudor», de ella no se deriva una interpretación en el sentido de hacer surgir una obligación de cooperar. Ésta contiene simplemente uno de los criterios que sirven para repartir entre los contratantes los riesgos relativos a la ejecución de los contratos con prestaciones bilaterales. Junto con los artículos 1.463 y 1.464 del *Codice*, ésta concurre a establecer si y en qué medida, devenida inejecutable la prestación de un contratante, la prestación de la otra parte continúa siendo debida». Cfr. op. cit. en nota 843, p. 49.

[919]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1369.

[920]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1369.

tiene lugar automáticamente, sin necesidad de depósito o de otro procedimiento[921].

Para el resto de las obligaciones, aunque permanezca la posibilidad de ejecutarlas después de haber transcurrido el término señalado para el cumplimiento, el deudor puede provocar la extinción del vínculo obligatorio cuando se produce un retardo debido a la falta de cooperación del acreedor[922].

Con la liberación coactiva se trata de que el deudor pueda provocar la extinción del vínculo, cuando se produce una demora debida a la falta de cooperación del acreedor en el cumplimiento[923].

Pero, sin embargo, la liberación coactiva del deudor no debe ser considerada como una especie de ejecución forzada en forma específica de obligaciones de hacer, pues las normas relativas a ésta no tienden a procurar al deudor una prestación posterior, sino que determinan el contenido y los límites de la prestación que puede ser exigida por el acreedor[924].

En cuanto al reembolso de los gastos y al resarcimiento de los daños, se observa que la determinación de la prestación debida no es siempre suficiente para individualizar exactamente cual sea el sacrificio impuesto al deudor. Normalmente, aunque no surja la *mora accipiendi*, el cumplimiento de la obligación da lugar a gastos. Estos gastos y el lucro cesante constituyen precisamente el coste de la prestación. Cuando la ley establece que el acreedor reembolsará los gastos y resarcirá los daños ocasionados por su mora, no hace otra cosa que imponer al propio acreedor el costo de lo señalado. El daño resarcible, no puede ser, por tanto, asimilado al que el acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, puede reclamar, ni la responsabilidad del acreedor por *mora accipiendi* puede ser calificada como «contractual»[925].

En general, la mora del acreedor por sí sola no trae consigo la liberación del deudor.

---

[921]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 568-601; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 165.

[922]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1370.

[923]Cfr. CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1369.

[924]Cfr. CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 52.

[925]Cfr. CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1370; CATTANEO, op. cit. en nota 843, pp. 52-54.

El deudor está obligado a hacer todo cuanto sea necesario para asegurar la satisfacción del acreedor. Pero el costo suplementario de la prestación debe ser soportado por el acreedor: no solamente los mayores gastos, sino también las ganancias que el deudor no pudo obtener por el hecho de haber tenido que continuar con el cumplimiento después de la constitución en mora, todos ellos son a cargo del sujeto activo[926].

De lo anterior, se ha deducido que la cooperación del acreedor no es objeto de una obligación, pues los problemas que la norma trata de resolver con la *mora creditoris* son completamente diversos de aquellos para los que el Ordenamiento impone como soluciones, obligaciones en sentido técnico. El resarcimiento, en particular, es debido en este caso no a la falta de realización de una prestación determinada, sino a la necesidad de transferir sobre el acreedor una parte del coste que el deudor ha debido experimentar, para cumplir su obligación. En definitiva, la cooperación del acreedor es solamente un criterio del cual la Ley se sirve a los fines de repartir entre las partes el costo de la prestación debida por el deudor[927].

Otros autores, sin embargo, han tratado de adaptar la Teoría de la consideración de los actos de cooperación como objeto de una obligación, a las evidentes diferencias existentes entre las dos figuras de la mora, *accipiendi* y *debendi*, y a su distinto régimen jurídico. En esta línea, se ha indicado que la cooperación del acreedor es objeto de una obligación, pero de carácter secundario y complementaria respecto de la relación principal en torno a la que gira todo el fenómeno del crédito, que es la prestación del deudor[928].

Se indica, igualmente, que existe un deber general de respeto a todo lo relativo a la esfera jurídica ajena y que, cuando el cumplimiento de la obligación exige la colaboración

---

[926]Cfr. CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1370; CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 53.

[927]Apunta CATTANEO que destinatario de una cooperación, en el sentido señalado en el texto, como criterio para repartir entre las partes el costo de la realización de la prestación, es solamente el sujeto activo, cuya actividad deviene a su vez relevante únicamente en la medida en la que pueda influir sobre el sacrificio impuesto al obligado. Discrepa, igualmente, este autor, de BETTI en el sentido de que no considera que la ley imponga al acreedor el cumplimiento de una actividad a los fines de satisfacer la necesidad de cooperar entre los coasociados. Vid. op. cit. en nota 843, p. 54.

[928]Cfr. FALZEA, op. cit. en nota 866, pp. 77 y 84.

del acreedor, este deber se transforma en una obligación[929].

Frente a ello se ha criticado el hecho de que no se ve claro como un deber general de respeto pueda transformarse en una obligación patrimonial[930]. Así como, también, se ha afirmado que el Ordenamiento Jurídico no protege el interés del deudor al cumplimiento de la obligación, pues ésta es una relación jurídica destinada a satisfacer únicamente el interés del acreedor[931].

Se indica, además, que la confusión a la que llega la anterior Teoría tiene precisamente su origen en la identificación entre el derecho a la liberación del vínculo y el derecho al cumplimiento, o, con el derecho a liberarse por medio del cumplimiento[932].

En segundo lugar, parte de la doctrina ha entendido que la colaboración del acreedor al cumplimiento es un deber jurídico[933]. Es un deber de todo sujeto el observar un respeto por el ámbito jurídico-patrimonial ajeno. El acreedor que no coopera al cumplimiento de la obligación incurre en culpa[934]. El sujeto que efectúa alguna intromisión, aunque legítima, en

---

[929]Cfr. FALZEA, op. cit. en nota 866, p. 69.

[930]Vid. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 124.

[931]Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 843, pp. 34-44.

[932]Vid. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 124.

[933]Cfr. PADILLA, op. cit. en nota 1, pp. 557 y 560 y ss.

[934]FALZEA se apoya en lo preceptuado en el artículo 1.227 del *Codice* (vid. final de la nota) para demostrar la necesidad de la culpa a los fines de la *mora accipiendi*. Vid. op. cit. en nota 866, pp. 162 y ss. y allí en p. 173; en contra se manifiesta CATTANEO que entiende que no es necesario el requisito de la culpa para la mora del acreedor. Naturalmente, señala, que no se niega que en determinadas hipótesis sea necesaria la culpa del acreedor para que éste pueda sufrir los efectos de la mora, pero esto no constituye la regla general. Incluso, es frecuente que para ciertas hipótesis los riesgos los soporte enteramente el acreedor, aunque no le sean imputables. Para este autor, este es el caso del paciente que soporta el riesgo económico del éxito o del fracaso de la cura del médico, pues, con independencia del resultado, habrá de abonar la retribución al facultativo por su trabajo. También, señala como ejemplo el del mandatario que asume, a su cargo, los gastos de la gestión del negocio, igualmente éste se arroga los riesgos de un desembolso mayor del que inicialmente había sido previsto, cuando el costo de la prestación aumente por eventos sobrevenidos y no imputables a las partes. Vid. op. cit. en nota 843, pp. 131-134; vid. también, CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1.370 y ss.; asimismo, CABALLERO LOZANO comentando la posición de CATTANEO señala que: «Pero la dificultad que presenta la «teoría de las esferas» es que no resuelve de inmediato el problema, sino que lo traslada de lugar. La cuestión tradicional era la de si el comportamiento del acreedor debía ser culpable o no, para, así, hacerle responsable en el primer caso y eximirle en el segundo. Ahora, la doctrina tampoco ha resuelto definitivamente la cuestión porque, supuesta la responsabilidad del acreedor mediando culpa, cosa que nadie niega, habrá que ver si el hecho -ajeno al acreedor- que impidió el cumplimiento obstaculizó la actividad del acreedor o la del deudor. No todo caso fortuito, en definitiva, se imputa al acreedor; únicamente los que se han producido en su «esfera de riesgo», esto es, los que exclusivamente han impedido la actividad del acreedor, los que constituyen caso fortuito para la concepción objetiva. En consecuencia, la mora del

el ámbito jurídico del obligado, debe hacer lo necesario para no rebasar los límites establecidos por el Ordenamiento Jurídico. La relación obligatoria constituye una intervención lícita en la esfera del deudor y, por ello, el acreedor debe procurar la finalización de tal injerencia y permitir el cumplimiento por aquél. De este modo, el acreedor que no coopera desborda con su actitud los límites de lo permitido y, con ello, causa un daño injusto al obligado[935].

A esta tesis se le ha censurado el hecho de que el concepto de deber presupone que la relativa sanción se aplique solamente cuando el sujeto obligado haya estado en condición de sostener el comportamiento debido, no pudiendo existir una violación de un deber de conducta cuando la responsabilidad sea objetiva[936].

Igualmente, se ha precisado que la cooperación del acreedor no puede configurarse como un deber de prestación pues ello implica la correlativa facultad de exigir el acto debido, lo cual no cabe en este supuesto, ya que el acreedor no puede ser compelido forzosamente a prestar la cooperación necesaria para que el deudor pueda ejecutar la prestación y, en este caso, no se puede admitir que sean aplicables las consecuencias que se vinculan al incumplimiento de las obligaciones[937].

También se ha subrayado que no podría, asimismo, aceptarse la tesis del deber si consideramos la función propia del instituto de la obligación, cuyo objeto es la satisfacción

---

acreedor se revela aquí como una zona acotada dentro de los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, de modo que comprende sólo el primero de ellos». Cfr. op. cit. en nota 844, p. 138.

[935]Cfr. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 125.

[936]Vid. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1959, pp. 1294-1297.

[937]Vid. CABANILLAS que, en este sentido, señala: «Esta conclusión, que consideramos indudable, no significa en modo alguno que no tengamos en cuenta el interés del deudor. El no configurar la cooperación del acreedor como un deber de prestación o un deber accesorio o de protección no implica desconocer la necesidad de que el deudor goce de una adecuada protección jurídica, sino todo lo contrario, ya que de los artículos de nuestro Código civil se deduce que si se produce la imposibilidad transitoria o definitiva de la prestación por no prestar el acreedor la cooperación necesaria para la ejecución de la prestación por el deudor, será el acreedor el único que soporte las consecuencias de dicha imposibilidad. Como puntualiza BIANCA, el principio de que el deudor no haya de soportar el agravamiento de la prestación por un hecho reconducible a la esfera del acreedor, se desprende de la propia función de la obligación como instrumento de satisfacción del interés del sujeto activo de la relación. Esta función muestra en el hecho impeditivo del acreedor un hecho perjudicial para su propio interés tutelado, que se le imputa totalmente de acuerdo con una elemental y general exigencia de distribución del riesgo». Cfr. op. cit. en nota 842, p. 118.

del interés del acreedor y, en este sentido, la cooperación del mismo sujeto activo no puede constituir otra cosa mas que una carga[938].

Finalmente, la mayoría de la doctrina estima que la cooperación del acreedor al cumplimiento es objeto de una carga[939]. El acreedor habrá de realizar todo aquello que esté en su poder para que el deudor pueda liberarse del vínculo obligatorio. Esta disposición reúne un doble carácter, es decir, positivo por un lado, en el sentido de facilitar el cumplimiento del obligado y, negativo por otro, en el de no agravar el esfuerzo del deudor para ejecutar la prestación.

Cuando el acreedor se niega a recibir la prestación o no coopera al cumplimiento omite una conducta necesaria para que el deudor pueda liberarse, según lo establecido en el propio programa de prestación. Esta conducta necesaria constituye una auténtica carga legal, toda vez que solamente si el acreedor facilita la liberación del deudor, podrá hacer

---

[938]En contra se manifiesta RAVAZZONI en los siguientes términos: «si se quiere conceder a la figura de la carga una verdadera autonomía respecto a la figura del deber, ésta debe necesariamente ser centralizada bajo la plena libertad de comportamiento del sujeto; el cual, para la consecución de algunos intereses propios debe sacrificar otros; mientras la satisfacción de intereses ajenos, tendría solamente un relieve mediato e indirecto. No parece, por tanto, que una afirmación de este estilo se sostenga con referencia al instituto de la mora del acreedor -que está basada, por el contrario, sobre la preocupación de tutelar el interés del deudor a liberarse del débito, a través del cumplimiento- sin contar que, omitiendo la actividad de recibir la prestación, el acreedor puede incurrir también en la obligación del resarcimiento de los daños». Cfr. *Mora...*, cit. en nota 90, p. 904; GIACOBBE, por su parte, subraya que la tesis de la carga, que se basa exclusivamente en la consideración del interés del acreedor, descuida el análisis del mecanismo de actuación de la relación obligatoria, que se articula a través de la conexión funcional entre situaciones contrapuestas, cuya realización está puesta en función de situaciones complejas de intereses. «El nacimiento de la obligación obedece a una lógica compleja de atemperamento de intereses contrapuestos, y, parece operar de un modo excesivamente individualista quien admite la preeminencia absoluta y exclusiva (de la posición) del acreedor. En realidad, la consideración objetiva de la conexión funcional de las situaciones contrapuestas, consiente individualizar también el interés del deudor que es, pues, un momento del más complejo interés individual a la realización de la relación, interés en el que se coloca el problema de la cooperación». Cfr. op. cit. en nota 868, p. 961.

[939]Vid. por todos, CABANILLAS que indica que la carga es un concepto jurídico perfectamente perfilado en el ámbito del Derecho de obligaciones. Éste ha sido señalado por la doctrina alemana, al precisar que la carga constituye un «tener que» para «poder hacer». «Esta idea es la esencial para diferenciar la carga de la obligación y de otros conceptos afines (deber accesorio o deber de protección), pues la carga aplica una conducta que el sujeto (en nuestro caso, el acreedor) ha de observar en su propio interés para ejercitar una facultad. La inobservancia de la carga determina la imposibilidad para ejercitar el poder de actuación en que consiste la facultad». Cfr. op. cit. en nota 842, p. 119; y también en op. cit. en nota 884, p. 1375, nota 106, observa que: «Es lógico, pues, que si el acreedor no observa la carga de cooperación encaminada a facilitar la liberación del deudor, prestando el necesario concurso cuando tiene lugar el ofrecimiento de pago, surgirá una serie de consecuencias perjudiciales para el acreedor, derivadas de la *mora creditoris*, no estando facultado el acreedor para hacer responsable al deudor de la demora en el cumplimiento. Desde la óptica de la distribución del riesgo, si el acreedor no acepta la prestación que le ha sido regularmente ofrecida por el deudor, soportará el riesgo en lo sucesivo [...] la mora del acreedor, derivada de la falta de cooperación del mismo, da lugar a que el deudor quede descargado del riesgo de la prestación».; vid. también DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 109-111; GIACOBBE, op. cit. en nota 868, p. 960.

efectiva la responsabilidad en que ha incurrido éste por mora. Y, únicamente si acepta la ejecución de la prestación llevada a cabo por el deudor, el acreedor podrá eludir las consecuencias perjudiciales que puedan surgir de la *mora creditoris*[940].

Sin embargo, se ha advertido que calificar de carga la conducta del acreedor supone descuidar el interés del deudor en la obligación, que no por tener una condición secundaria debe quedar desfavorecido. La cooperación del acreedor al cumplimiento es una conducta que también deberá desarrollarse en interés del propio deudor, ya que este último no carece de interés en el cumplimiento de su obligación. De este modo, si se tratara de una carga en sentido técnico, la falta de cooperación del acreedor estaría desprovista de sanción de clase alguna.

Por el contrario, el Ordenamiento prevé la figura de la *mora creditoris* y la consignación como medidas que contrarrestan los efectos perjudiciales que pudieran derivarse de la falta de cooperación[941].

Asimismo, frente a lo anterior, se ha añadido que configurar la conducta de cooperación del acreedor como una carga, no supone ignorar el interés del deudor, sino todo lo contrario, pues la inobservancia de la carga genera una serie de consecuencias lesivas para el acreedor, vinculadas a la mora del mismo, y que, a su vez, son provechosas para el obligado[942].

En esta línea, además se resalta que la inobservancia de la actividad de cooperación constituye un auténtico supuesto de responsabilidad contractual, puesto que la cooperación al cumplimiento constituye un deber para el acreedor que es una consecuencia de la buena

---

[940]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 884, pp. 1374-1375; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 112; LACRUZ, op. cit. en nota 112, p. 253.

[941]Vid. PADILLA que señala, en este sentido, lo siguiente: «Se ha pensado que recibir la prestación constituye una carga (*onus, onere*) del acreedor. Pero, en tanto la conceptuemos como la necesidad de adoptar determinada conducta para la obtención de un beneficio o simplemente para hacer efectiva una ventaja, se nos desdibuja el instituto, pues evocamos el ejercicio por parte del acreedor de un derecho potestativo. Dicho de otro modo: si entendemos por carga un imperativo del propio interés, -a diferencia de la obligación, que también es un imperativo, pero en interés ajeno-, reducimos el derecho subjetivo creditorio a un mero poder, al tiempo que lo aislamos del *ius solvendi* debitorio». Cfr. op. cit. en nota 1, p. 556.; vid. también GIACOBBE, op. cit. en nota 868, p. 961.

[942]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1375; CABALLERO LOZANO, en contra, apunta que en este caso no se indica en qué consiste dicho interés, ni se analiza con detalle cuáles son las consecuencias perjudiciales para el acreedor. Vid. op. cit. en nota 844, p. 128.

fe[943].

Finalmente, se ha especificado que ciertamente no hace falta acudir al concepto de carga, que es una noción propia del Derecho Procesal, ya que el mismo objetivo puede alcanzarse en base a considerar y exigir que el derecho de crédito que corresponde al acreedor tiene que hacerse valer, en todos sus aspectos, formas de manifestación y a través de las distintas facultades que lo integran, de acuerdo a lo que dicta la buena fe, la corrección, la lealtad y la honestidad en la vida de relación[944], según el artículo 7 del Código civil[945].

7.1.5. LAS CONSECUENCIAS DEL DEFECTO DE COOPERACIÓN DEL ACREEDOR

Ya se ha señalado que la falta de cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación, únicamente provoca consecuencias jurídicas cuando tal cooperación es imprescindible, pues de otro modo, el deudor podría por sí solo, proceder a la ejecución de la prestación y liberarse, de esta manera, del vínculo jurídico que le vincula[946].

En determinados casos, ante la falta de cooperación del acreedor, no se requiere medida alguna específica del Ordenamiento Jurídico, a los fines de proteger el interés del deudor, pues la prestación deviene imposible y, en el supuesto de que ésta sea recíproca, al deudor le bastará reclamar su derecho a la contraprestación.

En otras hipótesis, cuando se mantenga aún posible la realización de la prestación, la Ley habrá de procurar la liberación del deudor o, por lo menos, que su cumplimiento no

---

[943]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 842, p. 117; CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, pp. 128-129; CATTANEO, op. cit. en nota 843, pp. 60-68.

[944]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 896, pp. 99-100.

[945]Artículo 7 Código civil. «1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

[946]Cfr. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 163.

le sea más gravoso que si hubiera obtenido esa necesaria colaboración por parte del acreedor[947].

De este modo, el deudor tiene la posibilidad de requerir al acreedor a que reciba la prestación, o bien a que ejecute aquello que se necesita para que pueda efectuarla y si, injustificadamente se niega a llevarlo a cabo, las consecuencias pueden ser dos: en primer lugar, que la falta de cooperación provoque la imposibilidad de realizar la prestación definitivamente. En este supuesto, la obligación se extingue sin responsabilidad para el deudor, que queda liberado. O, en segundo lugar, que se provoque simplemente un retardo en el cumplimiento y, consecuentemente, la mora del acreedor[948].

7.1.5.1. LA FALTA DE SATISFACCIÓN DEL CRÉDITO

Se ha indicado que la falta de satisfacción del crédito no asume, en un gran número de casos, alguna particular relevancia; cuando esta falta de satisfacción es provocada por la propia conducta del acreedor éste sufre el daño, pero ello no produce efecto jurídico alguno en particular. En general, ésta es irrelevante hasta que el cumplimiento deviene definitivamente imposible, siendo además intrascendente cuando el acreedor no se encuentra obligado a contraprestación alguna.

Solamente el daño eventual que pudiera haber sufrido el deudor y la dilación del mismo en la liberación del vínculo obligatorio podrían, en esta hipótesis, dar lugar a la mora del acreedor[949].

Sin embargo, la falta de realización de la prestación asume una relevancia autónoma cuando nos encontramos ante obligaciones recíprocas y cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación sea definitiva. En este caso, se ha observado que el acreedor está obligado a ejecutar la contraprestación a su cargo, pero que, no obstante, aquélla puede disminuir en

---

[947]Cfr. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, pp. 148-149.

[948]Vid. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 164; CABANILLAS, op. cit. en nota 842, p. 119; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, pp. 481 y 487.

[949]Vid. CATTANEO que, además, afirma que, aparte de que el acreedor sufra el daño por el retardo, causado por su propia conducta, no surge otro problema mientras el cumplimiento sea aún posible. Vid. op. cit. en nota 843, p. 75.

proporción a la que el deudor obtuvo o ahorró por efecto de la *mora accipiendi*[950]. Para que pueda aplicarse esta disciplina es necesario que la relación no pueda ser ejecutada de modo definitivo, pues mientras el cumplimiento del deudor sea aún posible, el acreedor está obligado a la íntegra contraprestación[951].

---

[950]En este sentido se pronuncia GALGANO que señala que, en virtud del artículo 1.207 del *Codice*, la imposibilidad sobrevenida de la prestación, por una causa no imputable al deudor, se encuentra a cargo del acreedor, y, en este caso, el obligado conserva el derecho a la contraprestación aunque el acreedor no pueda ya recibir la prestación del deudor, pues ésta ha devenido de imposible cumplimiento.Vid. op. cit. en nota 12, p. 87; vid. asimismo, RAVAZZONI, *Mora...*, cit. en nota 90, p. 903; GIACOBBE, op. cit. en nota 868, p. 970; en el Derecho alemán, esta situación se contempla expresamente en el § 324 del B.G.B. que regula que: «Si la prestación que incumbe a una parte, deriva de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder la otra parte, conserva aquélla su pretensión a la contraprestación. Debe, sin embargo, tolerar que se le impute aquello que ahorre a causa de la liberación de la prestación o aquello que adquiera o deje maliciosamente de adquirir mediante ulterior utilización de su actividad de trabajo»; en igual modo, en el Derecho portugués también se contempla esta situación en su artículo 792, 2º: «Si la prestación se hace imposible por causa imputable al acreedor, no deja de estar éste obligado a la contraprestación; pero si el deudor obtuviese algún beneficio por la exoneración, el valor del beneficio será deducido de la contraprestación»; la doctrina española se ha planteado si cabe o no la posibilidad de aplicar la misma solución que se propone, para el Derecho alemán, en el § 324 del B.G.B., en este sentido Pérez González y Alguer señalan que cabe la misma solución, para el Derecho español, que da el § 324 del B.G.B. alemán: «Si ponemos en relación los arts. 1.182 y 1.184 con el espíritu de la doctrina reiteradamente consagrada por el Tribunal Supremo (Ss. 4 enero 1866, 24 noviembre 1908, 12 diciembre 1914, 6 noviembre 1923, 11 de marzo, 11 abril y 4 diciembre 1924, 20 marzo, 1 abril y 12 junio 1925, 8 octubre 1927, 1 mayo y 3 diciembre 1928, 10 abril 1929, 11 julio 1930, etc.), según la cual la facultad de resolución que se establece en el art. 1.124 no se da a favor del que ha incumplido su obligación, y con la idea básica que alienta el art. 1.119, llegaremos a la misma conclusión del texto: que el deudor se libera según la regla general de los arts. 1.182 y 1.184, y que el acreedor tiene que hacer la contraprestación. La solución del § 324 apartado 1 del C.c. alemán nos parece también aplicable en derecho español, no obstante el defecto de toda regla semejante, como derivación de los principios sobre el enriquecimiento sin causa». Cfr. op. cit. en nota 642, p. 248; vid. también SANTOS BRIZ, que observa lo siguiente: «De la interpretación lógica de los arts. 1.124 y 1.101 de nuestro Código civil y de los principios del enriquecimiento injusto por nuestra jurisprudencia, puede llegarse a la misma conclusión de la legislación alemana (§ 324 del BGB)». Cfr. Notas al *Derecho de obligaciones, Tomo I, de LARENZ*, Madrid, 1958, p. 386; CABANILLAS apunta que debe admitirse en nuestro Derecho la solución acogida por el § 324 del B.G.B, pues entiende que en los contratos bilaterales sería manifiestamente injusto que el deudor perdiese el derecho a la contraprestación por una imposibilidad de la prestación imputable a una conducta del acreedor. «Nuestro Código civil no lo dice expresamente, pero parece poco equitativo que no se tenga en cuenta que el deudor no va a ejecutar la prestación debida por la falta de cooperación del acreedor. Esto no significa que desconozcamos el enriquecimiento que va a experimentar el deudor, ya que habrá que computar aquello que el deudor haya ahorrado a consecuencia de quedar libre de la prestación, o lo que adquiera mediante otro empleo de su capacidad de trabajo, o lo que maliciosamente haya dejado de adquirir, como dice el BGB. No puede admitirse que el deudor consiga una utilidad mayor que la que hubiese obtenido si el contrato hubiese sido ejecutado de forma regular. La aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, ampliamente admitida por nuestra jurisprudencia y doctrina, sirve para justificar esta solución». Cfr. op. cit. en nota 842, p. 128; vid., igualmente, DIEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 598 y MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 488.

[951]Cfr. CATTANEO que, además, apunta lo siguiente: «El impedimento definitivo puede estar ligado por un nexo causal directamente con la omisión del acreedor, pero también puede sobrevenir por otra causa durante la mora: ésta es la hipótesis prevista expresamente por el artículo 1.207, párrafo primero del *Codice*. Además, la falta de satisfacción del crédito puede también ser efecto de la resolución del contrato obtenida por el deudor, después, precisamente, de la mora del acreedor. Esto mismo no sucede cuando el deudor se libere por medio del depósito o del secuestro, pues en tal caso la «contraprestación» no ha sido privada de su posibilidad de

En el caso del contratista, por ejemplo, si el acreedor, al omitir su cooperación, impide o retarda la ejecución de la prestación, asume éste los efectos de la mora, cuando el incumplimiento deviene definitivo. La cooperación a la que se hace referencia es solamente aquella que es necesaria para cumplir la obra.

En cuanto a la verificación de la obra, en el Derecho italiano no se considera que tal acto sea necesario para el cumplimiento de la obligación, ya que se entiende que si el comitente omite la verificación, sin justa causa, o no comunica el resultado en el término establecido expresamente o conforme a la buena fe, la obra se considera aceptada -artículo 1.665, párrafo tercero del *Codice civile* italiano[952]-. De este modo, no cabe la *mora creditoris* pues la omisión del acreedor no impide la liberación del deudor[953].

---

cumplimiento, ya que ha sido ejecutada por medio de un subrogado del cumplimiento: así que el acreedor debe, en todo caso, la íntegra contraprestación». Cfr. op. cit. en nota 843, pp. 75-76.

Artículo 1.207, párrafo primero, *Codice civile*. «*Quando il creditore è in mora, è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Non sono più dovuti gli interessi né i frutti della cosa che non siano stati percepiti dal debitore*».

«Cuando el acreedor está en mora, está a su cargo la imposibilidad de la prestación sobrevenida por una causa no imputable al deudor. No se deben más los intereses ni los frutos de la cosa que no han sido percibidos por el deudor».

[952]Artículo 1.665 *Codice civile* italiano. «*Il commitente, prima di ricevere la consegna, ha diritto di verificare l'opera compiuta.*

La verifica deve essere fatta dal commitente appena l'appaltatore lo mette in condizione di poterla eseguire.

Se, nonostante l'invito fattogli dall'appaltatore, il committente tralascia di procedere alla verifica senza giusti motivi, ovvero non ne comunica il risultato entro un breve termine, l'opera si considera accettata.

Se il committente riceve senza riserve la consegna dell'opera, questa si considera accettata ancorchè non si sia proceduto alla verifica.

Salvo diversa pattuizione o uso contrario, l'appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l'opera è accettata dal committente».

«El comitente, antes de recibir la entrega, tiene derecho a verificar la obra cumplida.

La verificación debe ser hecha por el comitente en cuanto el contratista lo ponga en condición de poderla ejecutar.

Si, no obstante la invitación hecha por el contratista, el comitente omite proceder a la verificación sin justos motivos, o bien no comunica el resultado en un breve término, la obra se considera aceptada.

Si el comitente recibe sin reservas la entrega de la obra, ésta se considera aceptada aún cuando no se haya procedido a la verificación.

Salvo diverso acuerdo o uso en contra, el contratista tiene derecho al pago de la retribución cuando la obra sea aceptada por el comitente».

[953]La aprobación se realiza en interés del acreedor, no del deudor, pues va dirigida a constatar la buena ejecución de la obligación. El deudor no puede, en este sentido, solicitar judicialmente la aprobación de la obra. Vid. FALZEA, op. cit. en nota 866, p. 157 y nota 126; en el Derecho español, CABALLERO LOZANO indica que en nuestro Ordenamiento Jurídico no hay una disposición similar a la del *Codice* italiano respecto a esta materia, pero que a favor de la mora se podrían invocar los artículos 1.589 y 1.590 del Código civil, «alegando que la verificación es una fase de la recepción: sin embargo, no resulta convincente fundamentar en dichos preceptos esta

En la misma línea, por el Ordenamiento Jurídico italiano, en la prestación del transportista, si las cosas no llegan a su destino por un hecho del remitente, o, el pasajero no se embarca o interrumpe el viaje, se aplican precisamente las mismas reglas típicas de la *mora accipiendi*, y se considera que aquél no pierde por ello el derecho a la retribución o a la ganancia que la ejecución del contrato habría debido reportarle[954].

Un problema interesante lo plantean aquellas obligaciones en las que la prestación del deudor se encuentra determinada en relación al tiempo[955], pues se ha señalado que no siempre está claro que ésta consista en la ejecución de una concreta actividad o en el estar preparado para ejecutarla por todo el tiempo convenido. Por un lado, existen casos en los que la contraprestación se encuentra íntimamente ligada a la realización de un resultado concreto que el deudor debe procurar: si, en este supuesto, la actividad del deudor es impedida por el acreedor, la prestación no puede decirse que haya sido realizada y, por ello, deberán aplicarse las normas sobre la *mora accipiendi*. Por otro, nos encontramos en determinadas situaciones en las que el deudor ejecuta también su prestación poniendo su actividad únicamente a disposición del acreedor. En esta última hipótesis, si la actividad de cumplimiento se impide por el acreedor, la prestación se considera igualmente ejecutada, y la retribución se debe por el acreedor de forma íntegra, sin detracción de clase alguna[956].

Cuando la obligación de uno de los contratantes tenga como objeto un *facere* determinado en relación al tiempo, puede señalarse que en singulares ocasiones no es tan importante el cumplimiento instantáneo de la obligación sino la actitud del deudor de estar

---

opinión, porque el Código civil no está empleando en sentido técnico la recepción de la obra, distinguiéndola de la verificación y aceptación». Cfr. op. cit. en nota 844, p. 153; CABANILLAS señala que la demora injustificada del comitente en comunicar al constructor el resultado de la verificación de la obra entregada, puede motivar la consideración de que la obra se considere aceptada. «Nosotros pensamos que nada se opone a ello. Se cumplen todas las condiciones exigidas por nuestra jurisprudencia y doctrina para que el silencio opere como declaración de voluntad [...] Como ya hemos puesto de relieve, la demora injustificada del comitente en comunicar al constructor el resultado de la verificación de la obra construida y entregada, a pesar del requerimiento del constructor, puede comportar que la obra se entienda tácitamente aceptada». Cfr. *La recepción de la obra*, Anuario de Derecho Civil, 1978, pp. 292-293 y 295.

[954]Cfr. CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 77.

[955]Vid. PADILLA, op. cit. en nota 1, pp. 71-73 y 266-270; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 322-325; HERNÁNDEZ GIL, op. cit. en nota 2, p. 427; CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 3, p. 40.

[956]Cfr. CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 78.

dispuesto o preparado para cumplir en cualquier momento en que el acreedor le requiera.

Así, por ejemplo, en la obligación consistente en el pago de una suma periódica a un profesional, a los fines de que por este último se le faciliten consejos, informes o dictámenes sobre determinadas cuestiones en las que el cliente pueda tener necesidad. En este caso, si el interesado no requiere, durante un cierto período temporal, el dictamen del profesional, deberá, igualmente, abonar el importe de la retribución al experto. En este sentido, se considera que la prestación se cumple por el solo hecho de que el profesional esté preparado para proveer a la actividad de cumplimiento.

Análogamente que si un sujeto no se sirve de un taxi y lo deja libre después de un cierto tiempo, debe igualmente pagar el costo de la suma indicada por el taxímetro, pero no a título de *mora accipiendi*, sino porque el conductor, al haber tenido su vehículo a su disposición por un espacio temporal, ha ejecutado, asimismo, la prestación a su cargo.

En el Derecho italiano, se ha precisado que para la actividad de transporte, puede darse el caso de que la falta de cooperación del acreedor no de lugar a la *mora accipiendi*, sino al pago de la íntegra retribución. Un ejemplo lo suministra el transporte de cosas, regulado en el Código italiano de la navegación que, según su artículo 452, si el cargador no presenta las mercancías para su embarque dentro del término establecido por los usos, el comandante tiene la facultad de partir del mismo modo, y el cargador, en su caso, estará obligado a pagar el precio completo del transporte[957].

Consideraciones similares permiten excluir la mora del acreedor cuando éste, con su omisión, impida no una actividad del deudor, sino, únicamente la verificación de un resultado útil para él, y del que depende en todo o en parte su obligación de contraprestación. En este sentido, en el Derecho italiano, se ha señalado como ejemplo, el supuesto en el que el asunto promovido por el agente no haya sido ejecutado por causa imputable al proponedor del negocio -artículo 1.749, párrafo primero, del *Codice civile*

---

[957]Se ha apuntado que en este supuesto, se trata de un tipo de transporte que se verifica habitualmente por medio de servicios de línea, con horarios preestablecidos y en favor de una pluralidad de acreedores, de tal modo que parece excluido que la falta de entrega de cosas singulares pueda, normalmente, ser motivo de ahorro de gastos o de otros beneficios a favor del transportista. Por razones similares, se ha indicado que deberá excluirse que se encuentre en *mora accipiendi* el espectador que ha comprado un billete y no se presenta después al teatro o al cine o al estadio. Ni siquiera aquí la falta de presencia del acreedor puede aliviar en modo alguno la prestación del deudor. Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 80.

italiano[958]-. En este caso, no es la actividad del deudor la que es impedida, sino solamente el evento del cual el contrato hace depender la comisión, es decir, la ejecución del asunto -artículo 1.748, párrafo primero del *Codice civile* italiano[959]-[960].

Por el contrario, en cuanto al contrato de fletamento de nave, en el Ordenamiento italiano, cuando el flete es «a tiempo», la prestación del fletante consiste en navegar por el tiempo establecido, y no solamente en tener la nave a disposición del fletador si, en este caso, éste no la utiliza, omite una conducta, que debe de calificarse como de cooperación necesaria para el cumplimiento, por lo que incurre, de este modo, en *mora accipiendi*. Lo anterior, parece deducirse de la interpretación del artículo 391, párrafo segundo, del Código italiano de la navegación, que dispone que si el fletador no está en disposición de utilizar la nave, como consecuencia de una retención por causa del mar o por una accidente repentino en la carga, o bien por disposición de la autoridad, éste no debe el flete completo, como sucedería si el fletante hubiera cumplido su prestación, según los propios principios de la *mora accipiendi*[961].

En cuanto a la prestación de trabajo subordinado, la doctrina italiana ha indicado que, en muchos casos, la actividad del acreedor, con la finalidad de «dar trabajo» a sus dependientes, no constituye cooperación, pues su falta u omisión no impide la ejecución de la prestación. Si, por ejemplo, el empresario no le da ocupación para realizar a la mecanógrafa, y ésta se encuentra en su puesto de trabajo durante toda la jornada, no se puede hablar de falta de cooperación al cumplimiento de la prestación, toda vez que la mecanógrafa ha cumplido su obligación al estar, a disposición del empresario y, por ello,

---

[958] Artículo 1.749, párrafo primero, *Codice civile* italiano. «*La provvigione spetta all'agente anche per gli affari che non hanno avuto esecuzione per causa imputabile al preponente*».

«La comisión corresponde al agente también para aquellos asuntos que no han tenido ejecución por causa imputable al proponedor».

[959] Artículo 1.748, párrafo primero del *Codice civile* italiano. «*L'agente ha diritto alla provvigione solo per gli affari che hanno avuto regolare esecuzione. Se l'affare ha avuto esecuzione parziale, la provvigione spetta all'agente in proporzione della parte eseguita*».

«El agente tiene derecho a la comisión solo para aquellos asuntos que han tenido una ejecución regular. Si el asunto ha tenido una ejecución parcial, la comisión corresponde al agente en proporción a la parte ejecutada».

[960] Cfr. CERAMI, *Agenzia (contratto di)*, Enciclopedia del Diritto, T. I, Milano, 1958, p. 878.

[961] Cfr. ROMANELLI, *La locazione nel sistema dei contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, Rivista Trimestralle di Diritto e Procedura Civile, 1964, p. 256 y ss.

deberá ser retribuida[962].

7.1.5.2. LA FALTA DE COOPERACIÓN DEL ACREEDOR Y LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR

La falta de ejecución por el acreedor de los actos de cooperación necesarios para el cumplimiento puede dar lugar a una imposibilidad definitiva de la prestación. Tal omisión por parte del acreedor determina el que la prestación se haga irrealizable para el deudor, bien porque su cumplimiento resulte impracticable o bien porque el mismo ya no sea útil para satisfacer el interés creditorio de ninguna manera[963]. En ambos casos, al ser el acreedor el causante de tal imposibilidad la doctrina considera aplicables las normas sobre la *mora accipiendi* y sus efectos[964].

Cuando la prestación deviene imposible, de un modo definitivo, por falta de cooperación del acreedor, se considera que la obligación se extingue y que el deudor se libera del vínculo obligatorio, pues se está en presencia de una imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al propio obligado[965].

Esto tiene una singular relevancia en el campo de las obligaciones de hacer, pues se ha entendido que el comportamiento debido, al concernir al ámbito de la conducta del deudor, únicamente podía quedar impedido por el mismo obligado, y solamente éste, en consecuencia, era considerado culpable de tal incumplimiento. Las anteriores consideraciones se basaban en una extensión del esquema típico de las obligaciones de dar, respecto de las cuales la única actividad de cooperación del acreedor consistía en la

---

[962]Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 843, pp. 81-82.

[963]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 842, p. 123; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 112; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 164.

[964]Vid. por todos, CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 50.

[965]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 842, p. 119, y nota 7; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 487; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 164.

recepción o en la aceptación del pago[966].

Sin embargo, en el tráfico jurídico actual, caracterizado por una gran expansión del sector de las prestaciones de servicios, se impone un atento examen de la relación obligatoria, para determinar cuando la lesión sufrida por el acreedor, o la falta de satisfacción de su interés han sido motivados por un comportamiento que ha de serle imputado, y, en su caso, dilucidar que tipo de consecuencias habrán de aplicarse al supuesto concreto[967].

El deudor, en cualquier caso, habrá de ejecutar todos aquellos actos que sean necesarios para vencer los obstáculos que impidan el cumplimiento, y siempre con arreglo a la buena fe, en tanto que, esta última, puede considerarse como criterio delimitador del contenido de lo debido[968]. En esta hipótesis, la imposibilidad sobrevenida de la prestación no es imputable al deudor, pues tiene su causa en la propia conducta del acreedor[969]. Aquí se tratará de determinar cuál es el deber de esfuerzo que es exigible al deudor en el supuesto concreto. El límite de esta imposibilidad habrá que referirlo, en este sentido, al preciso comportamiento inferido de la propia obligación, pues el carácter absoluto y objetivo de la imposibilidad habrá que precisarlo con referencia a la específica configuración de la prestación de que se trate[970].

En esta línea el Tribunal Supremo señala que, en relación a la dificultad de cumplimiento, no se exige al deudor la denominada prestación exorbitante, es decir, cuando ésta requiera superar obstáculos tales que pudieran ser comparados con una auténtica imposibilidad y reclamar del deudor sacrificios desproporcionados o violación de deberes superiores.

---

[966]Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Volumen I, Introducción, Teoría del Contrato, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1970, p. 721; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 487.

[967]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 966, p. 721; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, pp. 487-488.

[968]Vid. MENGONI, op. cit. en nota 149, pp. 282 y ss.; CABANILLAS, op. cit. en nota 842, p. 120; JORDANO FRAGA, op. cit. en nota 673, pp. 352-364; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 652.

[969]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 842, p. 120; MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 487.

[970]Vid. MENGONI, op. cit. en nota 149, pp. 282-283; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 652; CABANILLAS, op. cit. en nota 842, p. 121.

Es de destacar, en esta orientación jurisprudencial, a la Sentencia de nuestro más alto Tribunal de 9 de noviembre de 1.949 (R. J. A. núm. 1.245) que, entre otros pronunciamientos, ha indicado lo siguiente: «...y sobre ello hay que tener en cuenta que el artículo 1105 del Código civil, al decir 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 hubiera podido preverse o que previstos fueran inevitables, suscita u interesante problema de interpretación que debe resolverse de acuerdo con la doctrina en el sentido de que, siendo la posibilidad de prever los sucesos un concepto teóricamente amplísimo y de límites imprecisos, hay que entenderlo en su aplicación legal y práctica como excluyente de aquellos sucesos totalmente insólitos y extraordinarios, que, aunque no imposibles físicamente y por tanto previsibles en teoría no son de los que pueda calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar; y en cuanto a la imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presenten, no exige sin embargo la llamada prestación exorbitante, es decir aquella que exigiría vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de deberes más altos, pues basta para excusar el incumplimiento que éste no sea imputable al deudor por haber procedido con la diligencia que las circunstancias requerían, con arreglo a lo establecido en el artículo 1104 de dicho Código,...»[971].

---

[971]La Sentencia de 9 de noviembre de 1949 da por probados los siguientes hechos: «Que el hecho básico de donde dimanan las cuestiones debatidas en este pleito es el contrato celebrado en 14 de diciembre de 1940 por el que la parte actora, Almacenistas de coloniales y cereales de Asturias, agrupados para el pago, recepción y distribución de los artículos destinados por la Comisaría General de Abastecimientos para el consumo de la región, según órdenes de la Delegación Provincial de Oviedo, concertó con la Sociedad N. y Cía. de Córdoba, parte demandada y recurrente, la compra de 300.000 kilos de aceite puro de oliva corriente, con uno a cuatro grados de acidez y precio de 3,95 pts. por kilo, sobre vagón en la provincia de Jaén; 4 pts. kilo bordo Sevilla, portes fletes y seguros por cuenta del comprador, mercancía que debía ser entregada a razón de 100.000 kilos en cada uno de los meses de enero, febrero y marzo de 1941, estipulándose en cuanto a los envases que éstos serían prestados, mediante fianza, por el vendedor, a devolver en portes o fletes pagados, y de este contrato, reconocido por ambas partes y al cual se incorporó otro celebrado en las mismas condiciones por la Sociedad demandada con don Ricardo P., sólo interesa, para lo que en casación se discute, el extremo que hace referencia a los envases. [...] la demandada entiende que, al devolver a la actora las fianzas constituidas en garantía de los envases, tenía derecho a descontar, como efectivamente descontó al hacer por su parte la liquidación final, la cantidad de 94.020, 50 pts. en concepto de alquileres de dichos envases, fundándose para ello en la Instrucción del Delegado del Ministerio de Agricultura en el Sindicato del Olivo, fecha de 26 de marzo de 1941, una de cuyas normas dispuso que pasado el plazo de 45 días sin haber hecho la devolución de los bidones de aceite, se cobraría medio céntimo por litro y día de retraso, y por su parte el actor, Almacenistas de Asturias, reclama el abono íntegro de las fianzas constituidas, no reconociendo a la Sociedad demandada el derecho que pretende a detraer para sí la expresada cantidad en concepto

De este modo, para que no se atribuya al obligado la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación, será suficiente que éste no le sea imputable, por haber actuado con la diligencia que las circunstancias del caso reivindicaban, y en virtud de lo señalado por el artículo 1.104[972] del Código civil[973].

También se ha señalado que la liberación del deudor, como consecuencia de la imposibilidad sobrevenida imputable al acreedor, se produce aún estando aquél en mora. El acreedor, en la situación de *mora solvendi* del obligado, debe aceptar el cumplimiento tardío de la prestación cuando ésta sea todavía útil o idónea para satisfacer su interés, pues, en caso contrario, si no acepta la prestación retardada, incurre en *mora accipiendi* que, en igual forma, excluye la mora ya iniciada del deudor[974].

Asimismo, cuando la prestación está sujeta a término esencial[975], la falta de cooperación del acreedor provoca la extinción de la obligación cuando ésta no pueda

---

de alquiler de los envases. [...] En juicio de mayor cuantía interpuesto por la Asociación de Almacenistas se dictó sentencia condenando a la sociedad demandada a abonar a la actora el importe de las fianzas correspondientes a los envases que la actora le había devuelto y absolviéndola de la petición de intereses por el importe referido. Interpuesto recurso de casación, a nombre de N. y Cía, por infracción de ley no se dio lugar a él».

[972]Artículo 1.104 del Código civil. «La culpa o negligencia del deudor 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».

[973]Vid. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, pp. 317-320.

[974]CABANILLAS, op. cit. en nota 842, pp. 123-124.

[975]Indica FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que la influencia del tiempo en los contratos se manifiesta en que la llegada del término pactado implica la exigibilidad de la obligación y que, en caso de que sean incumplidas, comienza la mora para el incumplidor, siempre que se realicen, los requisitos exigidos por el artículo 1.100 del Código civil. Pero, igualmente, es posible que el tiempo ejerza una mayor influencia en los contratos. Señala que, en relación a las consecuencias que puede tener la llegada del término, se distinguen dos especies de término esencial, de un lado, el llamado término esencial impropio o absoluto y, de otro, el termino esencial propio. El primero de ellos, supone que la designación del tiempo de la prestación tiene el significado de que la prestación no puede ser realizada fuera del tiempo convenido, y de que transcurrido el término pactado la prestación no ejecutada deviene imposible. En segundo lugar, en los negocios fijos propios, la determinación del tiempo de la prestación es contenido esencial del acuerdo negocial, pero la llegada del *dies* pactado no provoca la imposibilidad de la ejecución de la prestación, sino que otorga al acreedor un derecho a resolver el contrato y, consiguientemente, a rechazar la prestación tardía. Vid. op. cit. en nota 237, pp. 938-939; vid. también, entre otros, NICOLÓ, *Termine esenziale e mora debendi*, Il Foro Italiano, 1944-46, pp. 931 y ss.; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 338-340; PADILLA, op. cit. en nota 1, pp. 248-250; CARDENAL FERNÁNDEZ, op. cit. en nota 3, pp. 74-106.

cumplirse a tiempo[976]. Este término de cumplimiento puede afectar bien a la actividad del acreedor o bien a la del deudor. El cumplimiento de la obligación se vuelve, en este caso, inexigible, pues el comportamiento del obligado, según la propia configuración de la prestación, ya no puede producir los efectos satisfactorios precisos, así como tampoco cabe la posibilidad del ofrecimiento de pago ya que no existe un derecho a la liberación que amparar[977].

Como ejemplos de prestaciones de hacer sometidas a término esencial se pueden señalar, entre otras, la del profesor que ha de impartir una clase a un alumno, el concierto que debe ser ofrecido por un artista, el contrato de trabajo con prestación continuada, la creación y entrega de una obra intelectual, el contrato de fletamento a tiempo, el contrato de pasaje, y determinados supuestos de prestaciones de servicios.

7.1.5.3. EL CUMPLIMIENTO UNILATERAL DE LA OBLIGACIÓN

Se hace referencia en este epígrafe a aquellas hipótesis en las cuales la ley, ante la falta de cooperación del acreedor al cumplimiento, no determina la aparición de la *mora creditoris*, sino que hace surgir en el deudor la posibilidad de liberarse del vínculo obligatorio mediante el cumplimiento de la prestación.

Como ejemplo se ha propuesto el de las obligaciones alternativas, cuando la elección

---

[976]Cfr. CATTANEO que, asimismo indica que en estas hipótesis el tiempo tiene la función de elemento individualizador de la prestación «fuera del tiempo fijado, la prestación no sería la misma, y no puede, por ello, ser pretendida por el acreedor ni ofrecida por el deudor. Esto hace que si el acreedor, omitiendo su propia cooperación, impide definitivamente la ejecución, en cuanto al deudor, transcurrido el tiempo fijado para el cumplimiento, no está ya obligado a cumplir. Entre las prestaciones de este tipo, se puede poner como ejemplo, el concierto que un artista esté obligado a realizar en un determinado día, y se puede también recordar el viejo caso de escuela de el vehículo que una persona hace venir al objeto de tomar un cierto tren. Así también, en los transportes públicos de personas, si el billete vale exclusivamente para un viaje determinado con salida un día y a una hora prefijada, la prestación del transportista queda definitivamente inejecutada cuando el pasajero no se presenta a la partida [...] En tal caso, si el deudor ofrece puntualmente la prestación y el acreedor no coopera, la liberación tiene lugar automáticamente, sin necesidad de depósito o de otro procedimiento [...] Se recuerda que el retardo en la liberación del deudor no es posible, cuando la prestación debida está determinada con referencia a un cierto tiempo, transcurrido el cual ésta ya no puede ser ejecutada». Cfr. op. cit. en nota 843, pp. 33-34, 51 y 95.

[977]Vid. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 150; CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 33.

corresponde al acreedor -artículo 1.132, párrafo primero, del Código civil[978]-. En este caso, el acreedor, tiene, como acto de cooperación, que elegir una de las prestaciones para que el deudor pueda cumplir la obligación y liberarse del vínculo.

Tanto en el Derecho italiano como en el alemán, esta hipótesis no constituye un supuesto de *mora creditoris*[979], pues se permite al deudor la elección que en principio correspondía al acreedor, si éste no la ejercita en el plazo establecido o señalado para ello[980].

En la norma italiana del artículo 1.287, se observa que por el simple transcurso del plazo fijado contractualmente o el señalado por el deudor, sin que el acreedor haya ejercitado la facultad de elección, ésta se traslada al deudor sin necesidad de otro singular requisito y, de este modo, se faculta al obligado a ejecutar la prestación y extinguir con ello la obligación[981].

Se ha precisado, en contra, que la única dificultad que plantea esta regulación legal es la asunción, por parte del deudor, de la obligación de desarrollar un comportamiento que excede de lo que inicialmente debía. Mediante la necesidad de ejercitar la opción, se impone al obligado una actuación más gravosa de la que, en un principio, debía, pues va más allá de la actividad que, en origen, constituía el cumplimiento de la obligación[982].

---

[978]Artículo 1.132 del Código civil. «La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor.

El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación».

[979]§ 264, párrafo segundo, B.G.B. alemán. «Si el acreedor titular de la elección está en mora, el deudor puede requerirle para la realización de dicha elección bajo determinación de un plazo prudencial. Con el transcurso del plazo pasa al deudor el derecho de elección, si el acreedor no lleva a cabo dicha elección en tiempo oportuno».

Artículo 1.287, párrafo segundo, *Codice civile* italiano. *«Se la facoltà di scelta spetta al creditore e questi non l'esercita nel termine stabilito o in quello fissatogli dal debitore, la scelta passa a quest'ultimo».*

«Si la facultad de elección corresponde al acreedor y éste no la ejercita en el término establecido o en aquel fijado por el deudor, la elección pasa a este último».

[980]Vid. FALZEA, op. cit. en nota 866, p. 155; vid. además, RAMS ALBESA que, en este sentido, indica lo siguiente: «El no ejercicio por el acreedor-elector de su facultad no puede considerarse una forma especial de *mora accipiendi*, puesto que para ello es preciso una oferta formal de pago por parte del deudor, sino más bien de una sanción dirigida a proteger los intereses del deudor y liberarle, mediante un sistema de extinción de la obligación por cumplimiento, de la acrecida responsabilidad que pesa sobre él en las obligaciones alternativas con acreedor-elector». Cfr. *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, p. 280.

[981]Vid. por todos, RAMS ALBESA, op. cit. en nota 980, p. 280.

[982]Cfr. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 151.

En nuestro Derecho positivo no existe una regulación legal como la señalada en los Ordenamientos alemán e italiano, pero la doctrina ha señalado que nada impide acoger la misma solución que la propuesta en la normativa ya indicada, con base en los principios generales de la buena fe, preceptuados en los artículos 1.258[983] y 7.1 del Código civil[984].

7.1.5.4. LA LIBERACIÓN *IPSO IURE*

Se ha indicado que, para el contrato de obra, la verificación por el comitente de la misma se considera un acto de cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación[985].

Para el Derecho italiano, no obstante, esta cooperación del acreedor no es necesaria para la ejecución de la prestación, pues, según el párrafo tercero del artículo 1.665 del *Codice civile*, si el comitente se retrasa en verificar la obra cumplida o bien no comunica el resultado de tal verificación sin justa causa, la obra se entenderá aceptada[986]. En esta hipótesis no cabe la mora del acreedor ya que el deudor se libera mediante el cumplimiento a pesar de la omisión de aquél[987]. La obra, de este modo, se considera cumplida y, por ello, no se precisan los actos de verificación del acreedor para producir la plena liberación del deudor[988].

En el Derecho español, no existe disposición legal al respecto, pero se ha señalado que cabe la posibilidad de admitir que el silencio del acreedor pueda operar como una declaración de voluntad y, en este sentido, considerar la obra aceptada, tal y como, para el

---

[983]Artículo 1.258 del Código civil. «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

[984]Vid. por todos, CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 152; RAMS ALBESA, op. cit. en nota 980, p. 280.

[985]Vid. SÁNCHEZ CALERO, op. cit. en nota 597, pp. 25-52.

[986]Vid. FALZEA, op. cit. en nota 866, p. 156; NATOLI, op. cit. en nota 481, pp. 221 y ss.; CABANILLAS, op. cit. en nota 953, p. 292.

[987]Vid. FALZEA, op. cit. en nota 866, p. 157; NATOLI, op. cit. en nota 481, pp. 221 y ss.; vid. igualmente, CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 153; CABANILLAS, op. cit. en nota 953, p. 292.

[988]Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 77.

Ordenamiento italiano lo preceptúa la norma del artículo 1.665. De este modo, se consideraría que la obligación se ha extinguido si, tras el cumplimiento de la obra, el acreedor no realiza los actos necesarios para la completa liberación del deudor, por lo que se produciría la misma *ipso iure*[989].

7.1.5.5. LIBERACIÓN POTESTATIVA

Señala el párrafo primero del artículo 1.728 del Código civil[990], que el mandante habrá de adelantar al mandatario la suma que este último precise para realizar el encargo en que consista la prestación.

En el Derecho italiano se preceptúa que el mandante está obligado a anticipar las cantidades necesarias para el cumplimiento de la gestión por el mandatario[991].

Se considera que, a pesar de que el deudor pueda cumplir la obligación por sí mismo, el acreedor debe ayudarle a tal cumplimiento, y si tal ayuda falta, el obligado está autorizado a negarse a ejecutar la prestación.

A pesar de que el anticipo de cantidades no siempre está impuesto por una rigurosa necesidad sobre un plano fáctico, al menos cuando se trate de dinero o de cosas fungibles, toda vez que el mandatario podría cumplir sirviéndose de medios propios equivalentes, tal anticipo viene sancionado por la Ley pues es más conveniente para el desarrollo del objeto típico que las partes se proponen con el contrato de mandato[992].

En nuestra doctrina, se ha considerado que la negativa del mandante al anticipo se

---

[989] Vid. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 153; CABANILLAS, op. cit. en nota 953, p. 293.

[990] Artículo 1.728, párrafo primero, del Código civil. «El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato».

[991] Artículo 1.719 *Codice civile* italiano. «*Il mandante, salvo patto contrario, è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratte in propio nome*».

Artículo 1.719 del Código civil italiano. «El mandante, salvo pacto en contrario, está obligado a suministrar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandato y para el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin haya contraído en nombre propio».

[992] Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 843, p. 114.

puede entender como constitutiva de un desistimiento tácito del encargo[993].

Frente a esto se ha señalado que tal opinión es cuanto menos dudosa, pues el mandante, aún siendo el mandato gratuito, es responsable del incumplimiento del encargo. El anticipo de cantidades se entiende, de este modo, que es un acto de cooperación al cumplimiento de la obligación, no por su propia naturaleza, sino por ministerio de la Ley, en cuanto que la norma -artículo 1.728 Código civil- obliga al acreedor a tal adelanto, principalmente si tenemos en cuenta la gratuidad del mismo, que, en casi todos los casos, supone la no profesionalidad del mandatario[994].

---

[993]En este sentido se pronuncia LEÓN ALONSO: «Muy por el contrario, entendemos que el mandatario estará suficientemente justificado y legitimado para estimar desistido el interés del mandante, y, en consecuencia, para considerarse en adelante exonerado de sus obligaciones como tal mandatario; pero siempre en el bien entendido de que es el desistimiento del propio mandante el que viene a justificar el del mandatario, lo que obvia cualquier referencia tanto a la revocación del uno como a una posible renuncia del otro. Ni siquiera funcionalmente resultaría aconsejable el empleo de una expresión o una idea como la revocación, ya que al estar la representación en sus momentos preliminares y no haber surgido aún acto representativo de ningún tipo, parecería más exacto aludir a un efecto de paralización, o algo similar, de los efectos inicialmente previstos. O, si se quiere, puede estimarse que es la representación misma la que queda suspendida y, en su virtud, interrumpidos, temporal o definitivamente, los efectos de la gestión que se encomendó». Cfr. *Comentario a los artículos 1.728 y 1.729 del Código civil, en Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XXI, Volumen II*, Madrid, 1986, pp. 401-402.

[994]Cfr. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 154.

7.2. EL ARTÍCULO 1.217 DEL *CODICE CIVILE* ITALIANO

Dispone el artículo 1.217 del *Codice civile* italiano que, si la prestación consiste en un *facere*, el acreedor se constituye en mora mediante la intimación para que reciba la prestación o realice los actos necesarios para ello. La intimación, podrá, asimismo, efectuarse en la forma prevista por los usos[995].

La presente norma se aplica a todas aquellas prestaciones de hacer cuyo objeto no consista en la realización de un bien determinado. En este último caso, la oferta ha de ser efectuada, si con ella se persigue la constitución en mora del acreedor, según la forma solemne prescrita por los artículo 1.208 y 1.209 del *Codice*. Así, además de reunir una serie de requisitos para su validez, debe ser realizada por conducto de un funcionario público -judicial o notario-, directamente al acreedor, y si no fuera posible, en el domicilio del mismo y, también, deberán ofrecerse materialmente -oferta real- las cosas que sean objeto de la prestación[996].

---

[995]Artículo 1.217 *Codice civile* italiano: «*Se la prestazione consiste in un fare, il creditore è costituito in mora mediante l'intimazione di ricevere la prestazione o di compiere gli atti che sono da parte sua necessari per renderla possibile.*

L'intimazione può essere fatta nelle forme d'uso».

[996]Artículo 1.208 *Codice civile* italiano: «*Affinché l'offerta sia valida è necessario:*

1) che sia fatta al creditore capace di ricevere o a chi ha la facoltà di ricevere per lui;

2) che sia fatta da persona che può validamente adempiere;

3) che comprenda la totalità della somma o delle cose dovute, dei frutti o degli interesi e delle spese liquide, e una somma per le spese non liquide, con riserva di un supplemento, se è necessario;

4)che il termine sia scaduto, se stipulato in favore del creditore;

5) che si sia verificata la condizione dalla quale dipende l'obbligazione;

6) che l'offerta sia fatta alla persona del creditore o nel suo domicilio;

7) che l'offerta sia fatta da un ufficiale pubblico a ciò autorizzato.

Il debitore può subordinare l'offerta al consenso del creditore necessario per liberare i beni dalle garanzie reali o da altri vincoli che comunque ne limitino la disponibilità».

«Para que la oferta sea válida es necesario: 1) que sea hecha al acreedor capaz para recibirla o a quien tenga la facultad de recibirla por él; 2) que sea hecha por persona que pueda válidamente cumplir; 3) que comprenda la totalidad de la suma o de la cosa debida, de los frutos o de los intereses y de los gastos líquidos, y una suma para los gastos no líquidos, con reserva de un suplemento, si es necesario; 4) que el término esté vencido, si está estipulado en favor del acreedor; 5) que se haya verificado la condición de la cual depende la obligación; 6) que la oferta sea hecha a la persona del acreedor o en su domicilio; 7) que la oferta sea hecha por un oficial público a ello autorizado. El deudor puede subordinar la oferta al consentimiento del acreedor necesario para liberar los bienes de las garantías reales o de otros vínculos que como fuere limitan su disponibilidad».

Artículo 1.209 del *Codice civile* italiano: «*Se l'obbligazione ha per oggeto danaro, titoli di credito, ovvero cose mobili da consegnare al domicilio del creditore, l'offerta deve essere reale.*

Se si tratta invece di cose mobili da consegnare in luogo diverso, l'offerta consiste nell'intimazione al creditore di riceverle, fatta mediante atto a lui notificato nelle forme prescritte per gli atti di citazione».

De este modo, únicamente cabe la utilización de aquél precepto para todas aquellas obligaciones cuyo contenido no consista en la entrega de cosas, pues, se entiende que en ellas no es posible su cumplimiento sin la necesaria cooperación del acreedor[997].

La intimación supone, en este caso, el acto en virtud del cual el acreedor, en las obligaciones de hacer, se constituye en mora. Se trata de una declaración de voluntad[998] recepticia, cuya función consiste en inducir al acreedor a cooperar con el deudor, y cuyos efectos no surgen hasta el momento en que ésta llega a conocimiento de su destinatario. Además, es un procedimiento caracterizado por un menor rigor formal que el previsto para la oferta solemne, regulada para las obligaciones que tienen por objeto dinero, títulos de crédito o la entrega de bienes muebles en el domicilio del acreedor, ya que es el propio artículo 1.217 del *Codice* el que permite efectuar la señalada interpelación debitoria en las formas de uso[999].

Asimismo, tal requerimiento debe efectuarlo el deudor a fin de que por el acreedor se proceda a recibir la prestación que aquél está obligado a ejecutar o, en su caso, cumpla los actos que sean de su parte necesarios para hacer posible tal recepción[1000].

«Si la obligación tiene por objeto dinero, títulos de crédito, o bien cosas muebles a entregar en el domicilio del acreedor, la oferta debe ser real. Si se trata por el contrario de cosas muebles a entregar en un lugar distinto, la oferta consiste en la intimación al acreedor de recibirlas, hecha mediante acto a él notificado en las formas prescritas para los actos de citación».

[997]Vid. CATTANEO que indica que, por ejemplo, en el supuesto de arrendamientos de obras o de servicios, basta una simple intimación en las formas de uso, tal y como prevé el artículo 1.217 del *Codice*, «si el comitente se retrasa en suministrar al contratista la materia o el proyecto o en ejecutar la "entrega de los trabajos"; pero es necesario, por el contrario, una oferta solemne notificada, cuando se quiera imponerle la recepción del edificio terminado». Cfr. *Comentario al artículo 1.217 del Codice civile italiano, Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Arts. 1.206-1.217,* Bologna, 1973, pp. 251-252; vid. también GIACOBBE, *Offerta reale, Diritto privato, Enciclopedia del Diritto, V. XXIX*, Milano, 1979, p. 793; ZACCARIA, *Comentario al artículo 1.217 del Codice civile italiano, Commentario breve al Codice civile, direttori G. Cian e A. Trabucchi*, Padova, 1981, p. 492; RAVAZZONI, *Mora...*, cit en nota 90, p. 902.

[998]Una de las principales diferencias, en el terreno de la constitución en mora del acreedor, de las obligaciones de hacer respecto de las de dar consiste en el hecho de que en estas últimas se requiere siempre un acto material de exhibición de la cosa ofrecida -oferta real-. Para las obligaciones de hacer, por contra, la oferta por intimación se agota en un mero acto declarativo. Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 997, pp. 254-255; ZACCARIA, op. cit. en nota 997, p. 492; TONDO, op. cit. en nota 873, p. 527.

[999]Cfr. GIACOBBE, op. cit. en nota 997, p. 793.

[1000]Vid. BARASSI, *Instituciones de Derecho civil, Vol. II*, Barcelona, 1955, p. 560; GAZZONI, op. cit. en nota 65, p. 560.

En este sentido, se ha criticado la expresión utilizada en esta norma de «recibir la prestación», por su impropiedad, cuando ésta venga referida a las obligaciones de hacer. Se indica, de este modo, que es preferible el empleo, en cualquier caso, de locuciones tales como «cooperación o concurso necesario por parte del acreedor»[1001].

El acto de la intimación debe contener aquellas indicaciones que sean necesarias, según las circunstancias de la obligación, para que el acreedor comprenda exactamente que es lo que se requiere de él. Debe quedar perfectamente claro, por ello, cual es la actividad que el deudor pretende ejecutar, así como cuáles son los actos que el acreedor ha de verificar a fin de que pueda realizarse el cumplimiento de la obligación. Deberá indicarse, por ejemplo, la cuantía que el deudor necesite para ejecutar la prestación o, también, cuál debe ser la calidad o la cantidad de los materiales requeridos al mismo[1002].

De igual modo, del acto de la intimación debe quedar perfectamente manifiesto tanto la seriedad y la firmeza de la voluntad del deudor en cumplir, como la exigencia de situar al acreedor en las condiciones de valorar exactamente cuál sea el comportamiento del obligado y de ahí, en consecuencia, inferir los efectos que de la misma puedan derivársele[1003].

En relación al contenido de la intimación, es necesario tener en cuenta lo señalado en el párrafo primero del artículo 80 de las normas para la aplicación del *Codice civile - Disposizioni di attuazione del Codice civile-*, que establece que, en el supuesto de que no se haya fijado el momento en el que deba ser ejecutada la prestación, o, en todo caso, cuando la misma deba ser cumplida en una localidad diferente de la del domicilio del acreedor, el acto de la intimación ha de contener la información relativa al día, la hora y el lugar en el que el deudor pretenda ejecutar la prestación. Dicha fecha deberá precisarse con un intervalo de, al menos, tres días a partir de la notificación, salvo que de la propia

---

[1001]CATTANEO, op. cit. en nota 997, p. 259.

[1002]Cfr. GIACOBBE, op. cit. en nota 997, p. 794.

[1003]Cfr. CATTANEO, op. cit. en nota 997, p. 264; GIACOBBE, op. cit. en nota 997, p. 794.

naturaleza de la obligación se derive un período de tiempo inferior[1004].

Se excluyen del ámbito de aplicación de la precitada norma los supuestos en los que ya haya sido determinado el tiempo en el que deba ejecutarse la prestación, así como todas aquellas hipótesis de cumplimiento de la obligación en el domicilio del acreedor.

De esta suerte, el contenido de este precepto se emplea únicamente cuando el acreedor no conozca de antemano el momento en el que ha de prestar su colaboración al cumplimiento, o cuando, deba, a tal fin, acercarse a un lugar distinto de aquél en el que tiene su domicilio habitual[1005].

Se ha señalado, en este sentido, que este artículo alude al «tiempo en el que la prestación debe ser ejecutada», y que tal expresión ha de entenderse como referida al momento en el que el acreedor ha de facilitar sus actos de colaboración.

En las obligaciones de hacer, tanto el momento en el que el acreedor ha de cooperar al cumplimiento, como aquél en el que ha de ejecutarse la prestación pueden no coincidir, incluso puede que, aunque las partes hayan acordado el momento en el que deba ser cumplida la obligación, no hayan especificado el tiempo en el que el acreedor debe contribuir a tal ejecución, o viceversa.

No obstante, deberá considerarse que lo relevante, a efectos de la constitución en mora del acreedor, es el hecho de que haya quedado o no fijado el término en el que el acreedor deba prestar su colaboración al cumplimiento, en tanto que es la falta de la misma la que verdaderamente motiva el surgimiento de la *mora creditoris*, y no la circunstancia de que el deudor cumpla o no en el momento señalado para ello[1006].

En cuanto a la locución «domicilio del acreedor», parece que ésta no debe

---

[1004]Artículo 80, párrafo primero, *Disposizioni di attuazione del Codice civile*: «*L'atto di intimazione previsto dall'articolo 1217 del codice, se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, e in ogni caso se la prestazione medesima deve effettuarsi in località diversa dal domicilio del creditore, deve contenere l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui il debitore intende eseguire la prestazione, col rispetto di un intervallo di almeno tre giorni, a meno che la natura del rapporto non imponga un intervallo minore*».

[1005]Para FALZEA, a propósito de la oferta real, el acto de la intimación debería contener siempre la indicación del momento en el que el intimante pretenda realizar la exhibición del bien objeto de la oferta, no solamente en las hipótesis contempladas en el párrafo primero del artículo 80 *disp. att.* del *Codice civile*. Vid. op. cit. en nota 866, p. 260.

[1006]Cfr. CATTANEO, op. cit. en nota 997, p. 260; ZACCARIA, op. cit. en nota 997, p. 492.

entenderse en un sentido riguroso, sino que se admite su equiparación a cualquier lugar en el que habitualmente se halle el acreedor, y sea, por ello, capaz de ejecutar la necesaria cooperación sin necesidad de preparativos especiales. Debe destacarse que también en este supuesto no debe considerarse el lugar de ejecución de la prestación, sino, principalmente, aquél en el que deba verificarse la necesaria colaboración del acreedor[1007].

De lo anterior, se deduce que el párrafo primero del artículo 80 de las normas para la aplicación del *Codice civile* se emplea cuando el tiempo en el que el acreedor debe cooperar no ha sido fijado por la ley, por las partes o por el juez, o bien, cuando, si tal momento ha sido determinado, la colaboración del acreedor deba desplegarse en un lugar en el que éste no tenga su domicilio, su residencia o su morada habitual o, en el caso de persona jurídica, carezca de sede o domicilio social o, de otro modo, no posea en tal lugar un centro de actividades del que, en cierto sentido, pueda derivarse que, en la señalada localidad, el mismo acreedor o sus auxiliares, puedan estar preparados para ejecutar su necesaria asistencia al cumplimiento de la obligación, sin necesidad del preaviso previsto por la normativa en cuestión.

En lo tocante a la hora, su señalamiento no es del todo indispensable para la plena eficacia de la intimación, pues ésta puede ser sugerida por el deudor en virtud de su propio interés, cuando no pueda o no quiera permanecer todo el día a la espera de la llegada del acreedor al lugar indicado, o cuando, de otro modo, sea necesaria la intervención de un tercero que tampoco disponga de un tiempo prolongado para ejecutar la precisa conducta.

Del mismo modo, se admite que el intimante únicamente indique el día en el que el acreedor haya de prestar su colaboración y, en este sentido, le posibilite el cumplimiento de tales actos cuando lo prefiera. Así, por ejemplo, tal hipótesis se puede acoger cuando el acreedor deba ejecutar su cooperación en la oficina o puesto de trabajo del deudor, en este caso, podrá trasladarse al lugar de cumplimiento en un momento cualquiera, siempre que se encuentre dentro de la jornada ordinaria de trabajo de aquél.

Referente al día en el que el acreedor ha de cooperar, su falta de fijación tampoco acarrea necesariamente la ineficacia de la intimación, pues, en este supuesto, cabe que el

---

[1007]Cfr. ZACCARIA, op. cit. en nota 997, p. 493; vid. asimismo, CATTANEO, op. cit. en nota 997, p. 260.

acreedor se constituya en mora, en virtud de la señalada norma, después del transcurso de tres días a partir de la notificación de la misma, salvo que de la propia naturaleza de la prestación se infiera un período menor, como, por ejemplo, cuando la ejecución de la prestación se considere urgente para el mismo acreedor[1008].

Cuando, por otro lado, la cooperación del acreedor requiera del transcurso de un importante período de tiempo, si ha sido fijado el término para el cumplimiento de los actos de colaboración, éste no podrá ser constituido en mora antes del vencimiento de tal fecha. No obstante, si antes de tal vencimiento, el acreedor se retrasa en el inicio de su actividad o en la finalización de la ya comenzada, debe el deudor solicitar tempestivamente el cumplimiento puntual de tales actos, pues, de lo contrario, su silencio podría ser considerado como una tolerancia de tal retraso. En este último caso, parece que la intimación puede ser efectuada antes del vencimiento de tal término. En esta hipótesis, será suficiente una declaración del deudor en la que notifique al acreedor su defecto de cooperación, así como, le manifieste su intolerancia respecto del retraso y su reserva de las acciones que, con arreglo a Derecho, le correspondan.

En el supuesto de que las partes no hayan precisado exactamente el término en el que el acreedor haya de desarrollar su conducta de colaboración, y ésta exija igualmente, por su naturaleza, el transcurso de un cierto tiempo, aquél podrá ser constituido en mora si, pasado el período normalmente necesario para cumplir, según la buena fe, no ha ejecutado sus actos de cooperación. Cuando no sea posible la aplicación de tal criterio, el deudor deberá requerir del juez la fijación de tal término[1009].

Acerca de la indicación del lugar de cumplimiento de los actos de cooperación creditoria, el deudor no es completamente libre para indicar un emplazamiento cualquiera, sino que éste deberá determinarse con arreglo a las características del propio negocio

---

[1008]Tampoco parece que, en este último caso, el término inferior a tres días deba estar necesariamente determinado en la intimación, pues cabe que el mismo pueda ser inferido de la propia interpretación del contrato, con arreglo a la buena fe. Cfr. CATTANEO, op. cit. en nota 997, pp. 261-262; vid. igualmente, ZACCARIA, op. cit. en nota 997, p. 493.

[1009]Vid. CATTANEO que, además, indica, respecto a este último inciso, lo siguiente: «Es claro que, en el primer caso, el deudor tiene la carga de comportarse de modo tal que excluya la tolerancia, invitando al acreedor a cumplir tempestivamente la actividad necesaria, e indicándole, eventualmente, un término adecuado para la ejecución de ésta». Cfr. op, cit. en nota 997, pp. 262-263; vid. también, ZACCARIA, op. cit. en nota 997, p. 493.

constitutivo, de los usos, o de la oportuna naturaleza de la prestación y de la cooperación del acreedor.

Asimismo, cabe la posibilidad de que expresamente no se determine el sitio en la intimación, cuando éste pueda deducirse directamente de las circunstancias o de la naturaleza de la actividad del acreedor.

Por otro lado, la constitución en mora del acreedor requiere la existencia de una obligación y el vencimiento del término establecido para su cumplimiento. El término relevante para estos fines, como ya se ha señalado, es aquél en el que han de ser ejecutados los actos de cooperación del acreedor, y no el que ha sido establecido para el cumplimiento de la obligación. En este sentido, cabe que el deudor realice la intimación al acreedor antes del vencimiento de tal término, para que este último pueda cooperar en el día del vencimiento o en un momento posterior[1010].

Sin embargo, si la obligación está sujeta a una condición suspensiva, entretanto ésta no se cumpla, no cabe que el deudor pueda dirigir la intimación al acreedor para que preste su colaboración, pues, mientras la misma existencia de la obligación dependa del acaecimiento de un evento futuro e incierto, este último podrá rechazar, por injustificado, el requerimiento debitorio[1011].

Con carácter general, se señala que debe ser el mismo deudor el que dirija la intimación al acreedor para que coopere. No obstante, se admite que un tercero pueda efectuarla si está, a su vez, legitimado para cumplir la obligación ajena, o cuando, por otro lado, su actividad haya sido objeto de una promesa por parte del deudor[1012].

[1010]Vid. GIACOBBE, op. cit. en nota 997, p. 795.

[1011]CATTANEO indica que, por otro lado, este problema ni siquiera podría surgir, pues la situación de incertidumbre impide al deudor indicar el momento en el que el acreedor deba cooperar. Sin embargo, señala este autor, podría configurarse una hipótesis particular en el supuesto de que, por ejemplo, en base a un determinado contrato de transporte, «el remitente debe entregar la mercancía al transportista antes aún de la concesión de una autorización pública que constituye una "*condicio iuris*" del contrato de transporte, de modo que, en el momento en el que la autorización se conceda, el deudor del transporte pueda inmediatamente dar inicio a su prestación. En tal hipótesis parece que quepa admitirse que el obligado pueda, durante la situación de pendencia, dirigir al acreedor una intimación para cooperar, cuya eficacia estará subordinada al mismo hecho del que depende el surgimiento de la obligación». Cfr. op. cit. en nota 997, pp. 256-257; vid. también ZACCARIA, op. cit. en nota 997, p. 492.

[1012]Cfr. ZACCARIA, op. cit. en nota 997, p. 492.

Relativo a la capacidad que se le exige al deudor para realizar la interpelación, ordinariamente, no se precisa capacidad de obrar, pues se considera que la capacidad necesaria para intimar es diferente de la que se requiere para el cumplimiento de la obligación. Precisamente en este caso, no se trata de ejecutar una prestación, sino de emitir una determinada declaración de voluntad, por ello, solo en el supuesto de incapacidad natural manifiesta por parte del intimante, el acto de la interpelación podrá ser considerado ineficaz, por su evidente falta de seriedad.

No obstante, la capacidad de obrar puede ser exigida cuando el *facere* consista en la realización de un acto jurídico, especialmente cuando se trate de un acto de naturaleza negocial[1013].

Por otro lado, se considera que destinatario de la intimación únicamente puede ser el acreedor, pues en las obligaciones de hacer no se admite la posibilidad de que un tercero tenga la facultad de recibir la prestación en lugar de éste[1014].

Se exige, del mismo modo, capacidad de obrar en el acreedor para recibir la intimación, y no tanto por la exigencia de la misma en relación a los actos de cooperación, cuanto al hecho de que la intimación, para que su fin tenga sentido, debe ser recibida por persona idónea para valorar sus consecuencias. En caso de que el acreedor sea menor de edad o incapaz, la intimación debe dirigirse al progenitor que ejerza la patria potestad o a su tutor[1015].

En el supuesto de que se desconozca el domicilio del acreedor o éste sea imposible de localizar, se admite que la intimación se efectúe según las normas del Código de procedimiento civil, que, en este caso, permiten superar este obstáculo.

Cuando exista pluralidad de acreedores, si todos ellos han de prestar su colaboración al cumplimiento, la intimación debe ser dirigida a todos en su conjunto. Cuando, de otro modo, solo uno de aquéllos ha de contribuir al cumplimiento, debe requerirse solamente a

---

[1013]Vid. CATTANEO que indica, en este sentido, que: «Si la prestación consiste en concluir un contrato, la capacidad del oferente se muestra indispensable. Si, de este modo, el deudor es incapaz, la intimación deberá ser realizada por su representante legal». Cfr. op. cit. en nota 997, p. 257; Vid. también, GIACOBBE, op. cit. en nota 997, p. 794.

[1014]Vid. GIACOBBE, op. cit. en nota 997, p. 794.

[1015]Vid. CATTANEO, op. cit. en nota 997, p. 258.

aquél de cuyos actos se requiere la cooperación, con la consecuencia de que, en este último supuesto, la mora no se extiende a los que no recibieron la intimación[1016].

La interpelación, por otro lado, no es necesaria en hipótesis de término esencial en beneficio del deudor. Se considera, de este modo que, desde el momento en que el vencimiento del término libera al obligado, no tendría sentido que éste intimase al acreedor para que preste su colaboración[1017]. Sin embargo, la intimación se considera necesaria cuando el deudor, a pesar del inútil transcurso del término fijado para la cooperación, tenga igualmente interés en ejecutar la prestación y requiera, de este modo, la necesaria asistencia del acreedor.

También se excluye la necesidad de intimación en el caso de que la falta de cooperación tenga como efecto inmediato la imposibilidad definitiva de la prestación debida. Tal imposibilidad excluye completamente la probabilidad de que surja la *mora accipiendi* y, por ello, se torna totalmente superflua la interpelación[1018].

No obstante, en ambas hipótesis es necesario una valoración de la conducta del deudor, pues si éste, en el momento establecido para ello, no está dispuesto y presto a cumplir, no puede pretender achacar al acreedor las consecuencias de la falta de cumplimiento, ni siquiera si este último, a su vez, no se ha presentado a cumplir los necesarios actos de cooperación[1019].

Asimismo, si el acreedor manifiesta expresamente no querer cooperar, el deudor puede, en su caso, no prepararse para ejecutar la prestación en el momento establecido para ello. La falta de cumplimiento de la obligación, será, de este modo, imputada al acreedor,

---

[1016]Vid. ZACCARIA, op. cit. en nota 997, p. 492.

[1017]Vid. TRIMARCHI, op. cit. en nota 474, pp. 364-365.

[1018]Cfr. CATTANEO, op. cit. en nota 997, p. 267; ZACCARIA, op. cit. en nota 997, p. 492; GIACOBBE, op. cit. en nota 997, p. 795.

[1019]Cfr. CATTANEO, que, además, indica lo siguiente: «Por ejemplo, el transportista, cuando no haya dispuesto el medio del transporte en el tiempo y lugar convenido, no podrá pretender el precio del pasajero, ni siquiera en el caso en el que alcance a probar que el mismo pasajero no se había presentado puntualmente en el lugar señalado para la partida. Esto no significa, sin embargo, que en estos casos el deudor tenga la carga de cumplir la intimación: es necesaria solamente su prontitud -*prontezza*-. Y se añade que, cuando sea acreditado por el deudor la falta de cooperación del acreedor, corresponde probablemente a este último la carga de probar el defecto de prontitud del primero». Cfr. op. cit. en nota 997, pp. 267-268.

siempre que la ausencia de disposición por parte del obligado se deba a esta declaración del acreedor, y no a otras razones, como puedan ser, por ejemplo, circunstancias ajenas a las partes. Si, por el contrario, el deudor declara, de antemano, no querer o no poder cumplir la prestación, en el momento acordado, el acreedor no está, en estas condiciones, obligado a prestar su colaboración[1020].

Para que surjan los efectos de la mora en el acreedor, el deudor no solamente ha de probar que ha efectuado la intimación al mismo, sino también la omisión de los actos de colaboración de este último. En este sentido, preceptúa el segundo párrafo del artículo 80 de las normas para la aplicación del *Codice civile* que «La falta de recepción de la prestación por parte del acreedor en el día establecido puede ser verificada en las formas de uso y desde tal día empiezan a correr los efectos de la mora».

Se observa que la expresión «formas de uso», que puede ser, por otro lado, equívoca, y dar lugar a múltiples interpretaciones, debe ser entendida en el sentido de una simple remisión a los medios ordinarios de prueba, cabe, por ello, la utilización tanto de la prueba testifical, como de la documental o de la pericial, en su caso[1021].

Por último, el segundo párrafo del artículo 1.217 del *Codice civile* se refiere a la forma que puede adoptar el acto de la intimación, y precisa, en este sentido, que es posible realizarla según las «formas de uso».

Por lo que se refiere a las obligaciones de hacer, ya se ha advertido que el acto de constitución en mora del acreedor se despacha mediante una declaración de voluntad en la que no se requiere, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones consistentes en la entrega de bienes, la exhibición material de la prestación.

La referencia a los usos, no debe entenderse como indicación de los usos normativos, sino en referencia a la práctica constante de los negocios y, de ahí, a las reglas de la buena fe y de la corrección -*correttezza*-[1022].

Esta intimación deberá ser ejercitada, por regla general, por escrito, salvo que la

---

[1020]Vid. ZACCARIA, op. cit. en nota 997, p. 492.

[1021]Cfr. CATTANEO, op. cit. en nota 997, p. 265; GIACOBBE, op. cit. en nota 997, p. 796.

[1022]Cfr. GAZZONI, op. cit. en nota 65, p. 562.

particular naturaleza de la relación obligatoria, en función de los usos específicos, dispense de esta forma escrita[1023]. Se admite, en este último caso, la intimación oral, siempre que vaya acompañada de un comportamiento del deudor que revele, de otro modo, la seriedad del acto[1024].

En esta línea, por ejemplo, se admite la intimación mediante la ejecución de un comportamiento concluyente, como en el supuesto de que el trabajador se presente en su puesto de trabajo. Y, respecto a la obligación de contratar, se considera suficiente la invitación dirigida al acreedor para que se presente ante el notario a los fines de que se proceda a la estipulación del contrato[1025].

[1023]Vid. RAVAZZONI, *Mora...*, cit. en nota 90, p. 902.

[1024]Vid. CATTANEO que, además, indica lo siguiente: «Y sobre todo de la simultánea exhibición de los medios que el deudor lleve consigo en el lugar convenido a los efectos de ejecutar la prestación». Cfr. op. cit. en nota 997, p. 264.

[1025]Vid. GALGANO, op. cit. en nota 12, p. 86.

7.3. CONSIGNACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE HACER

7.3.1. INTRODUCCIÓN

Si llegado el momento de cumplir el deudor ofrece al acreedor la ejecución de la prestación, a través de la intimación, y éste no la acepta o no coopera con aquél para que la misma pueda llevarse a cabo, surge la *mora creditoris*, la cual tiene, entre otros, el efecto de permitir la liberación del deudor a través del procedimiento judicial de consignación de la cosa debida[1026].

Señala el artículo 1.176 del Código civil que si el acreedor se negara a recibir la prestación, tras el ofrecimiento de pago hecho por el deudor, éste quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.

El ofrecimiento de pago se configura, pues, como un elemento necesario para que el deudor pueda consignar la cosa debida y, de este modo, liberarse del vínculo jurídico obligatorio[1027].

Tal oferta, no obstante, no equivale a cumplimiento de la obligación, ni siquiera en el supuesto de que el acreedor haya rehusado a aceptarlo. La razón estriba en que la oferta malograda no puede considerarse que satisfaga el interés del acreedor en el cumplimiento, en tanto que no le sitúa en una posición de poder beneficiarse inmediatamente de la prestación que le es debida[1028]. En este caso, se estima que el deudor, a pesar de haber efectuado todo aquello que dependía de él, no ha ejecutado toda la actividad en que el cumplimiento pudiera consistir. Por ello, el ofrecimiento por sí solo es insuficiente para liberar al deudor, y ésta solamente tendrá lugar, si no va seguida de consignación, en las hipótesis de imposibilidad sobrevenida de la prestación *ex* artículos 1.182 y siguientes del

---

[1026]Vid. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 483; CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 327; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 197.

[1027]Vid. LINARES NOCI, *Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago*, Revista de Derecho Privado, 1991, pp. 171 y ss.; MALUQUER DE MOTES, *Ofrecimiento de pago, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, S.A., Tomo XVIII*, Barcelona, 1986, pp. 430 y ss.

[1028]Cfr. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 327.

Código civil[1029].

Rechazado, sin motivo por el acreedor, el ofrecimiento de pago, puede el deudor proceder a la consignación de la cosa debida y, de este modo, liberarse de la obligación *ex* artículo 1.176 del Código civil.

De esta manera, la consignación proporciona al deudor la posibilidad de quedar libre de toda responsabilidad, y supone una facultad que se le confiere para desligarse del vínculo obligatorio cuando, por razones que dimanan del acreedor, no pueda aquél proceder al cumplimiento de la obligación a su cargo[1030].

El concepto legal de consignación viene puntualizado en el artículo 1.178 del Código civil que precisa que «se hará depositando las cosas debidas a disposición de la Autoridad judicial». La doctrina, a raíz de esta consideración, ha valorado a esta figura como una manifestación del depósito judicial de la cosa debida, con la finalidad de que ésta se encuentre a disposición del titular del crédito[1031]. En este sentido, ha sido definida como un depósito judicial con finalidad liberatoria, cuya perfección surgiría desde el momento en que las cosas debidas se hallan a disposición de la Autoridad judicial y, para que el deudor, en su caso, quede liberado por la misma, sería necesaria la admisión de la consignación por parte del acreedor o, de otro modo, la declaración judicial de la corrección de su constitución -artículo 1.180 del Código civil-[1032].

Sin embargo, parece desprenderse de la normativa del Código al respecto, que la consignación está únicamente pensada para las obligaciones de dar, lo que ha llevado a considerar que se trata de un medio extintivo aplicable solamente a este particular tipo de

---

[1029]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 884, pp. 1421 y ss.; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, Barcelona, 1986, pp. 360 y ss.; no obstante, consideran que en las obligaciones de hacer es suficiente el ofrecimiento de pago no aceptado por el acreedor para liberar al deudor BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, p. 508 y NUÑEZ BOLUDA, *Notas para un estudio sobre la consignación*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1982, p. 187.

[1030]Vid. LARENZ, op. cit. en nota 375, p. 420; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 204.

[1031]Cfr. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, pp. 534-535; vid. igualmente, ALBALADEJO, op. cit. en nota 107 pp. 168 y ss.

[1032]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 206.

obligaciones[1033]. Incluso, se ha llegado a estimar, en función de una interpretación restringida del artículo 1.761 que señala que solo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles, que quedan excluidos de la consignación los bienes inmuebles[1034].

No obstante, se piensa que no debe desconocerse que nos encontramos ante un depósito que tiene como finalidad la liberación del deudor-depositante y que, por tanto, a tal propósito debe quedar sujeta toda la regulación que nuestro Código hace de esta figura y, en este sentido, la naturaleza del mismo ha de amoldarse a las necesarias modificaciones, de tal modo que no se constituya en un impedimento para el logro de tal finalidad liberatoria. Sería absurdo que al ser la consignación un instrumento sustitutorio del pago y de liberación del deudor, éste solo debiera aplicarse a las obligaciones de dar cosas muebles porque la naturaleza de una parte de tal mecanismo -el depósito- no permitiera la recepción de bienes inmuebles[1035].

Asimismo, constituiría una inaceptable incoherencia legal admitir, con carácter general y para un particular tipo de obligaciones, las de entrega de bienes muebles, un determinado procedimiento de extinción y de liberación del deudor, y excluir su operatividad, respecto de las de entrega de inmuebles, por la sencilla razón de que uno de sus requisitos no se corresponde y encaja con una concreta variedad obligacional[1036].

Excluir la consignación de bienes inmuebles supondría, además, hacer de peor condición al deudor de cosa inmueble que al de mueble[1037]. No sería justo imponer al deudor de cosa inmueble la carga de seguir ocupándose indefinidamente de su conservación. La solución de Justicia, en este caso, sería la de permitir la consignación del inmueble[1038].

[1033]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 207.

[1034]Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, pp. 510 y ss.

[1035]Cfr. CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 208; vid. también, PASCUAL ESTEVILL, op. cit. en nota 1029, p. 390.

[1036]Señala a este respecto CRISTÓBAL MONTES que en tal caso lo que procede es soslayar tal supuesto inconveniente y adoptar el depósito -medio- al objetivo liberatorio -fin-. Vid. op. cit. en nota 15, p. 208.

[1037]Vid. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 169; PASCUAL ESTEVILL, op. cit. en nota 1029, p. 390.

[1038]Vid. CANO MATA, *La consignación*, Anuario de Derecho Civil, 1969, p. 761.

Asimismo, el término «depositar» no debería ser interpretado en el sentido estricto de contrato típico de depósito, al que cabría aplicársele el artículo 1.761 del Código civil, sino el significado de «guarda o custodia». El espíritu de la norma supone que la cosa quede bajo el poder de la Autoridad judicial y a disposición del acreedor, no es preciso, de este modo, la entrega material de la cosa en el Juzgado, pues es suficiente que, custodiada en otro lugar, el juez la tenga bajo el poder de su voluntad[1039].

Se ha considerado, en esta línea, que debe valorarse que en la consignación no se opera un contrato de depósito sino que se produce un secuestro necesario. La liberación, en este caso, se produciría en el momento de la puesta a disposición, comprobación del bien y consiguiente nombramiento de secuestratario o administrador judicial, por lo que cesarían, de este modo, para el deudor, las obligaciones conservativas a las que se refiere el artículo 1.094 del Código civil[1040].

También se ha dicho, en este sentido, que si el legislador hubiera querido excluir los bienes inmuebles de la consignación, lo habría hecho constar expresamente, así como habría dispuesto la creación de nuevas figuras jurídicas que hubieran posibilitado el abandono de los inmuebles por el deudor, una vez vencido el plazo de la obligación y sus condiciones[1041].

Finalmente, se ha señalado que la finalidad de la institución de la consignación es la de impedir que el cumplimiento de una determinada obligación resulte más oneroso para el deudor por causas que no le sean imputables, y este objetivo fracasaría si se excluyesen los inmuebles de la misma. Por ello, no se explica por qué idéntico razonamiento no debe aplicarse a las obligaciones cuyo objeto consista en la entrega de un inmueble, ya que es evidente que en estas últimas se manifiesta igualmente la misma necesidad en el sujeto obligado que en las de entrega de muebles[1042].

[1039]Vid. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 169; PASCUAL ESTEVILL, op. cit. en nota 1029, p. 389.

[1040]Vid. DE DIEGO LORA, *La consignación judicial*, Barcelona, 1952, p. 73; PASCUAL ESTEVILL, op. cit. en nota 1029, p. 391; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 208; CANO MATA, op. cit. en nota 1038, p. 761.

[1041]Vid. CANO MATA, op. cit. en nota 1038, p. 761; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 208.

[1042]Vid. CANO MATA, op. cit. en nota 1038, p. 761; CRISTÓBAL MONTES, op. cit. en nota 15, p. 208.

7.3.2. LA CONSIGNACIÓN Y LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR EN LA OBLIGACIÓN DE HACER

Respecto a las obligaciones de hacer, cabría diferenciar el tratamiento de esta materia según nos encontremos ante obligaciones de puro hacer o ante obligaciones de hacer relativas a cosas.

Cuando se trate de conductas relativas a cosas, como en el supuesto de que el *facere* que haya de ejecutarse tienda a la producción de una determinada cosa que se constituye en el resultado de tal actividad[1043], o bien, cuando tal cosa, a pesar de que la conducta solutoria no se dirija a la producción de la misma, aparezca como punto de referencia objetivo de tal actuación[1044], parece que no existen dudas acerca de la posibilidad de que semejantes cosas puedan ser objeto de consignación[1045].

Respecto al contrato de obra cuyo objeto sea la construcción inmobiliaria, cabe acoger los mismos argumentos anteriores relativos a la admisión de la consignación para los bienes inmuebles, ya vistos en el epígrafe precedente[1046].

El problema surge cuando se trata de obligaciones de puro hacer, de conductas en las que el actuar debido agota en sí mismo el contenido de la obligación, de comportamientos totalmente desvinculados de cualquier cosa o ente objetivo[1047].

Se ha señalado, a este respecto, que tales conductas no pueden ser objeto de consignación, pues existe una verdadera imposibilidad para tenerlas como objeto de una pretensión susceptible de interponerse en proceso de consignación, al no ser posible

---

[1043]Como por ejemplo, en el contrato de obra.

[1044]Como por ejemplo, las actividades de transporte o custodia.

[1045]Podrán ser, de este modo, objeto de consignación, entre otras, los muebles o el vehículo que el deudor estaba obligado a reparar, el cuadro que éste había de realizar, las mercancías que tenían que ser transportadas o custodiadas, los libros que habían de ser publicados, el informe que se estaba obligado a emitir, el documento o contrato que había de ser redactado, etc.

[1046]Vid. Además, SÁNCHEZ CALERO, op. cit. en nota 597, p. 137.

[1047]Tal es el caso, por ejemplo, de la obligación consistente en dar un recital de canto. En este caso, la prestación o actividad debida, no produce una modificación del mundo exterior, sino mediante la recepción por otros sujetos de la actividad misma. Vid. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, pp. 476-477.

constituir depósito alguno[1048].

Las dificultades que plantea la especial naturaleza de estas obligaciones, en orden a su consignación, han motivado que algún Código, como el italiano, las haya excluido de tal posibilidad[1049]. Para las obligaciones de hacer, se indica, no existe un procedimiento análogo a la consignación en las de dar que permita al deudor liberarse, sin sacrificar el interés del acreedor a la satisfacción de su crédito. En aquéllas, por tanto, el cumplimiento de la prestación prevista es el único medio idóneo para satisfacer tal interés creditorio[1050].

En este caso, el deudor quedaría obligado al cumplimiento, aunque el acreedor estuviera constituido en mora, hasta que la deuda se extinguiera por prescripción o por imposibilidad sobrevenida de la prestación[1051].

Del mismo modo, se ha observado que el deudor puede conseguir la liberación según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.256 del *Codice civile*, por lo que deberá equipararse a la imposibilidad temporal de la prestación el rechazo injustificado del acreedor, con la consiguiente extinción de la obligación cuando, en relación al título o a la naturaleza del objeto de la misma, el deudor ya no pueda ser considerado obligado a ejecutar la

---

[1048]Cfr. DE DIEGO LORA, op. cit. en nota 1040, p. 74; vid. también PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER que señalan, respecto a los servicios, que no hay posibilidad de consignación para el caso de que quien contrató el servicio se niegue a admitir el acto de cumplimiento del obligado. «El supuesto es interesante porque es evidente que muchas prestaciones de servicios implican la necesidad de una cooperación por parte de quien contrata el servicio, y que la falta de dicha cooperación puede, además de impedir el cumplimiento de la obligación, ocasionar un perjuicio al obligado a prestar el servicio (aunque sólo sea el representado por una pérdida de tiempo, molestias y gastos de un desplazamiento, etc.). Piénsese, por ejemplo, en el caso del médico, practicante, profesor, etc., obligado a una prestación de servicios en el domicilio de la persona que los ha requerido, y que al ir a prestarlos se encuentra con que ésta se ha ausentado. Teóricamente, la hipótesis encajaría en el molde de la mora del acreedor; pero prácticamente no habría ninguna posibilidad de poner en manos del deudor del servicio un remedio como el que el art. 1.176 y ss. brindan al deudor de una cantidad o de una cosa, a través del ofrecimiento de pago y de la consignación. No vemos posibilidad de afirmar una regla como solución para tales supuestos dada la ausencia de regulación de la *mora accipiendi* en el C.c. y la inagotable casuística con que pueden presentarse. Como posibles soluciones, en atención a la clase y a la importancia del servicio en cada caso, pueden indicarse las siguientes: a) extinción de la obligación de prestar el servicio y subsistencia de la obligación de retribuirlo (o derecho a retener esta remuneración si ya había sido pagada); b) subsistencia de la obligación de prestar el servicio, pero con la facultad de exigir una retribución mayor que la convenida o la usual, como compensación de las molestias o gastos originados por la mora; c) obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, independientemente de que se extinga o subsista la obligación de prestar el servicio». Cfr. op. cit. en nota 642, p. 488.

[1049]Cfr. GIACOBBE, op. cit. en nota 997, p. 807.

[1050]Cfr. TRIMARCHI, op. cit. en nota 474, p. 365.

[1051]Cfr. TRIMARCHI, op. cit. en nota 474, p. 365.

prestación o el acreedor ya no tenga interés en conseguirla[1052].

En base a estas argumentaciones se ha señalado que, en las obligaciones recíprocas, el medio ordinario para liberarse el deudor de una obligación de hacer es la resolución del contrato[1053].

En este sentido, dispone expresamente el artículo 95 del Código suizo de las obligaciones que «cuando el objeto de la obligación no consista en la entrega de una cosa, el deudor puede, si el acreedor se constituye en mora, rescindir el contrato, de conformidad con las normas que regulan la mora del deudor». Se considera, a este respecto, que en las obligaciones de hacer, a diferencia de las de dar, la consignación es evidentemente imposible y, por ello, a modo de protección del deudor, se reconoce el derecho a la resolución del contrato[1054].

Sin embargo, a pesar de que en nuestro Ordenamiento falte una norma similar a la del suizo, no puede ignorarse el hecho de que el deudor debe estar también asistido de un derecho a liberarse de su obligación, y la falta de normativa específica no puede ser justificativa de la admisión de una especie de *perpetuatio obligationis* en perjuicio del obligado y debida a un acto unilateral del acreedor. Tal consecuencia no debe ser admisible, y carece de toda justificación.

No ha de tolerarse, por tanto, un sistema en el que se acepte un procedimiento liberatorio-extintivo para un determinado tipo de obligaciones, las de dar, y se excluya un recurso similar para otras, las de hacer, de tal modo que en estas últimas el obligado no tendría posibilidad de liberarse si le falta la debida colaboración de quien ha de recibir el pago o el cumplimiento de la obligación, máxime cuando tal falta de satisfacción estaría motivada por un comportamiento propio y que es ajeno al mismo deudor, lo que además y

---

[1052]Vid. GALGANO, op. cit. en nota 12, p. 87; GAZZONI, op. cit. en nota 65, p. 562; TRIMARCHI, op. cit. nota 474, p. 365.

[1053]Vid. CATTANEO que, además indica lo siguiente: «Cuando el contrato se resuelve por mora del acreedor, queda por ver en qué medida éste permanece obligado a resarcir al deudor por la pérdida de la ventaja que el contrato le hubiera reportado». Cfr. op. cit. en nota 843, pp. 34 y 94; vid. igualmente ZACCARIA, op. cit. en nota 997, p. 492; y GIACOBBE que, en este sentido, señala que dada la heterogeneidad de relaciones agrupadas en la categoría de obligaciones de hacer, la solución a este problema no puede ser unívoca, «la solución probablemente no pueda ser obtenida aplicando un único criterio hermenéutico, sino, antes bien, investigando, para cada tipo de relación, la disciplina más apropiada». Cfr. op. cit. en nota 997, p. 807.

[1054]Vid. ENGEL, op. cit. en nota 631, p. 450.

al mismo tiempo, atentaría contra lo preceptuado en el artículo 1.256 del Código civil, según el cual no puede dejarse el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola de las partes[1055].

En esta orientación, para algún autor de nuestra doctrina, y dadas las especialidades que en torno a esta materia presentan las obligaciones de hacer, el procedimiento de liberación del deudor, en este caso, se agotaría en la fase del ofrecimiento de pago al acreedor[1056]. A ello se le ha objetado que lo que aparece justificado para la mora del acreedor, es decir, su constitución en mora tras su negativa a recibir el pago, después de recibir el ofrecimiento del deudor, no lo estará sin más para la liberación de éste, dadas sus mucho más importantes consecuencias[1057].

Otros autores, por el contrario, consideran que solamente a través de un juicio declarativo ordinario podría conseguirse una resolución judicial que tuviera efectos liberatorios para el deudor. En tal proceso especial, para alcanzar el depósito, se necesitaría acudir a un sistema supletorio del cumplimiento mediante el cual la consignación judicial se realizaría convirtiendo en dinero el valor de la obligación, a través de un criterio de valoración análogo al del artículo 1.098 del Código civil[1058].

En una postura intermedia se encuentran aquellos autores que consideran que el deudor se liberaría mediante la obtención por parte de la Autoridad judicial, a través de la aplicación del procedimiento seguido para la consignación, en cuanto lo permitiera la analogía, de una declaración de que estuvo dispuesto a ejecutar la prestación[1059].

Como argumentos a favor de tal interpretación se señala en primer lugar que, de otra

---

[1055]Cfr. PASCUAL ESTEVILL, op. cit. en nota 1029, p. 391; vid. igualmente MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 484; CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1421; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 174.

[1056]Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. en nota 14, p. 508; NUÑEZ BOLUDA, op. cit. en nota 1029, p. 187.

[1057]Vid. MORENO QUESADA, op. cit. en nota 152, p. 484; CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1421.

[1058]Cfr. DE DIEGO LORA que, también, señala lo siguiente: «Siempre encontraremos la dificultad del modo de determinar ese valor de sustitución si no quiere dejarse al criterio unilateral del deudor, pues se carece, en nuestros cuerpos legales, de una disposición de que analógicamente podamos servirnos». Cfr. op. cit. nota 1040, p. 74.

[1059]Vid. por todos, ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 174.

forma, el deudor quedaría obligado hasta el momento en el que el acreedor quisiera, lo cual es contrario a toda razón, al principio del *favor debitoris* y a la regla señalada en el artículo 1.256 del Código civil. En segundo lugar, se indica que no es injusto sancionar la negativa del acreedor y, en cuanto es arbitraria, cabría asignarle las consecuencias del perdón de la deuda. Y, en tercer lugar, se observa que puede considerarse que la negativa del acreedor supone una imposibilidad de la prestación por su causa, y de la que el deudor no es responsable[1060].

De este modo, se señala que es indispensable que la situación se transfiera al plano procesal para que sea posible obtener, con la intervención del juez y a través de una decisión suya, aquello que la declaración de voluntad del deudor por sí sola no sería suficiente para provocar, es decir, la extinción de la relación obligatoria.

En este caso, cabe considerar la resolución judicial como una auténtica Sentencia de liberación, pues es ciertamente tal fallo, y solamente él, el que determina la extinción de la obligación, y la subsiguiente desvinculación del deudor. El hecho de que, en estas hipótesis, no haya habido un verdadero cumplimiento sino, simplemente, una inclinación, por parte del deudor, de llevarlo a cabo, es motivo suficiente para fundamentar un distinto tratamiento respecto a las obligaciones de dar y la exigencia de unas mayores garantías en cuanto a la forma de probar la conducta debitoria, así como la necesidad de una Sentencia judicial para la liberación del deudor[1061].

Por otro lado, y en esta dirección, se ha admitido que el deudor pueda liberarse si alega en juicio declarativo ordinario el hecho de que no ha podido ejecutar la prestación porque el acreedor le ha negado la colaboración sin justa causa, de tal modo que le ha surgido una imposibilidad de cumplimiento que, conforme a la buena fe, debe tener carácter

---

[1060]Vid. ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, p. 174.

[1061]Vid. MORENO QUESADA que señala que esto no significa que haya que acudir a un juicio declarativo ordinario, sino que cabe admitir el que se utilice, en la medida que la analogía lo permita, el mismo procedimiento que el regulado para la consignación. «En cuanto a su eficacia y relación con la irrevocabilidad que puede plantearse al no ser un procedimiento declarativo ordinario, son de aplicación los mismos argumentos, dado que la situación es la misma, que se utilizan para el procedimiento de consignación, tal como se regula en los artículos 1.176 y sigs. del Código civil que es el adaptado a nuestro supuesto». Cfr. op. cit. en nota 152, pp. 485-486.

liberatorio[1062].

Finalmente, se estima que si bien será de imposible depósito la prestación objeto del débito, no lo es, por el contrario, la puesta en conocimiento del juez de aquella actividad que el deudor ejecutó frente al acreedor para intentar el pago de la obligación. Si el ofrecimiento llevado a cabo por el deudor lo fue de aquello que realmente adeudaba, no existe inconveniente alguno para que el juez pueda aprobar la oferta realizada. En este caso, se considera que tanto el documento acreditativo de la oferta efectuada, como el anuncio de la misma son prueba bastante de la voluntad solutoria del deudor y, en función del artículo 1.119 del Código, cabría, por tanto, la posibilidad de solicitar su liberación[1063].

[1062]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1422; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 191; BERCOVITZ, *Comentario al artículo 1.176 del Código civil, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II*, Madrid, 1993, p. 249.

[1063]Cfr. PASCUAL ESTEVILL que, además señala que: «La idea fundamentada en el ejercicio de la acción declarativa, en demanda de la liberación de una obligación de hacer, no parece la más aconsejable si se repara en el principio de que al deudor no se le puede hacer más oneroso su cumplimiento del que de por sí reclama el propio compromiso, conforme se desprende del título originario». Cfr. op. cit. en nota 1029, p. 391; en este sentido, vid. también CABALLERO LOZANO, aunque no entiende por qué ha de producirse esta agravación en el deudor, pues considera que la consignación es igualmente un procedimiento judicial. Vid. op. cit. en nota 844, p. 329.

7.4. LA PURGACIÓN DE LA *MORA SOLVENDI* COMO EFECTO EXONERATORIO CAUSADO POR LA MORA DEL ACREEDOR

El ofrecimiento de pago realizado por el deudor produce una serie de consecuencias jurídicas, efectos que son resultado de la situación de inimputabilidad en la que se encuentra el propio obligado y no de la específica condición de mora en el acreedor. De entre ellas, destaca la interrupción de la *mora solvendi*, que se manifiesta en virtud de la predisposición del deudor al cumplimiento de la obligación y del rechazo por parte del acreedor ha admitirlo[1064].

El ofrecimiento de pago no solamente impide el surgimiento de la constitución en mora en el deudor, sino que también ocasiona la desaparición de la ya principiada, de tal modo que éste ya no podrá ser reputado moroso en un momento posterior al mismo[1065].

Se ha señalado, en este sentido, que no es la situación de mora del acreedor la que excluye el nacimiento de la misma en el deudor, ni la que hace cesar la *mora solvendi* ya comenzada, sino el propio ofrecimiento de pago que precede en el tiempo a aquélla[1066].

Ambas situaciones de mora, *solvendi y credendi*, se excluyen mutuamente, es decir, no es posible que en una determinada relación obligatoria, ambas partes se encuentren en mora de un modo simultáneo y al mismo tiempo, sus efectos, por tanto, son contemporáneamente incompatibles entre sí[1067].

[1064]Vid. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 281; CABANILLAS, op. cit. en nota 884, p. 1393.

[1065]Vid. LINARES NOCI, op. cit. en nota 1027, p. 190; PASCUAL ESTEVILL, op. cit. en nota 1029, p. 370; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, p. 595; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 189.

[1066]Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 190; CABANILLAS, op. cit. en nota 884, pp. 1394 y ss.; CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 282.

[1067]Cfr. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, pp. 281-282; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, op. cit. en nota 51, p. 36, nota 52; por otro lado, señala PADILLA a este respecto lo siguiente: «Además, hay una razón de orden práctico: si el acreedor ya está en mora no puede sobrevenir la mora del deudor sin que desaparezca la primera, pues es inadmisible la coexistencia de ambos estados moratorios. No se nos olvide que el cumplimiento obstado ha sido por la falta de colaboración creditoria que le constituyó en mora. No podrá salir de ese estado desventajoso si no se apresta a cumplir el deber omitido, lo que significa que a su turno el deudor debe encontrarse en idéntico estado respecto de su propia prestación. Y para salir de ese estado el acreedor sí deberá interpelar a su deudor, purgando su propia mora y ofreciendo cumplir su deber de cooperación». Cfr. op. cit. en nota 1, pp. 602-603.

En este caso, el retraso en el cumplimiento, tras la constitución en mora del acreedor, no puede serle imputado al deudor, sino a la propia conducta creditoria. De este modo, no cabe, pues, considerar a aquél responsable de los daños y perjuicios que tal retardo le haya podido ocasionar al acreedor[1068].

Se entiende que mediante el ofrecimiento de pago el deudor ha llevado a cabo todo cuanto de él dependía para efectuar el cumplimiento, por ello, se ha señalado que éste supone la realización de un comportamiento diligente en el deber de prestación, lo cual excluye la consideración de cualquier tipo de negligencia por su parte[1069].

En este sentido, se ha observado que la exclusión de la mora del deudor no es un efecto directo de la constitución en mora del acreedor, sino de la ausencia de los presupuestos de aquélla[1070].

El fundamento de la extinción de la *mora solvendi* anterior no se encuentra en una pretendida compensación de culpas[1071], en tanto que no cabe hablar en términos de culpa por lo que al deudor se refiere, cuando haya efectuado el ofrecimiento de pago. De esta manera, se indica que lo que realmente nos encontramos es ante una progresión de responsabilidades, de tal modo que la mora posterior sustituye a la anterior como criterio de imputación de tal responsabilidad[1072].

No obstante, se ha precisado que para que surja la mora en el acreedor y tenga como

---

[1068]Cfr. CABANILLAS que, además, señala que: «Naturalmente, esta consecuencia hay que afirmarla a partir del momento en que surge la mora del acreedor, es decir, persisten los efectos producidos mientras existió la mora del deudor. Esta cesa con efectos *ex nunc*, subsistiendo la anterior responsabilidad en que el deudor hubiera incurrido». Cfr. op. cit. nota 884, pp. 1393-1394.

[1069]Vid. MALUQUER DE MOTES, op. cit. en nota 1027, p. 430; CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 283.

[1070]Cfr. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 283.

[1071]Indica, en esta línea LINARES NOCI que: «Sobre la citada cuestión cabe admitir una *compensatio morae* si los créditos respectivos cumplen los requisitos exigidos por los artículos 1195 y siguientes del Código civil para llevar a cabo la compensación». Cfr. op. cit. en nota 1027, p. 191; en contra se pronuncia CABALLERO LOZANO que estima que no se produce una compensación de moras, «sino que, por el contrario, la segunda *mora creditoris*, cronológicamente hablando, pondrá fin y sucederá a la primera, ya que el deudor que primeramente ofreció demostraría, al rechazar la prestación de la que es acreedor, una ausencia de auténtica voluntad de cabal cumplimiento de la obligación». Cfr. op. cit. en nota 844, p. 283, nota 144.

[1072]Cfr. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, p. 283; asimismo vid. PADILLA, op. cit. en nota 1, pp. 602-603.

consecuencia la purgación de la del deudor ya iniciada, únicamente ha de recaer en aquellas obligaciones para cuyo cumplimiento se requiera la cooperación del mismo. La falta injustificada de ésta, tras el ofrecimiento de pago realizado por el deudor, origina la mora en el acreedor y la purgación de la *mora solvendi*, aunque éste continúe obligado al efectivo cumplimiento, que podrá realizarlo a través del procedimiento de consignación judicial de lo debido[1073].

La *mora creditoris*, por tanto, pone fin al comportamiento obstaculizante del acreedor, y acaba con el devengo de intereses moratorios, en el caso de prestaciones pecuniarias y, asimismo, el riesgo que proviene de la situación de mora se traslada del deudor al acreedor[1074].

De esta manera, uno de los efectos principales de la constitución en mora del acreedor es la atribución al mismo del riesgo de la pérdida fortuita de la cosa debida o de la imposibilidad física o jurídica de la prestación de hacer, éste soportará todas las consecuencias de tal imposibilidad sobrevenida, siempre que no le sea imputable al deudor. Es necesario, por tanto, que la señalada imposibilidad sobrevenida tenga su origen en un caso fortuito y no en un hecho imputable al propio deudor, pues en caso contrario ésta no produciría la liberación del deudor, a pesar de que el acreedor estuviera constituido en mora, de acuerdo, además, con lo señalado en los artículos 1.182 y 1.184 del Código civil[1075].

No obstante, la interrupción de los efectos que la *mora solvendi* produce se origina respecto de las consecuencias que hayan surgido con posterioridad a la constitución en mora del acreedor, y no en relación a aquellos que ya se habían verificado antes, de los que el deudor sigue respondiendo a pesar de la purgación de su situación de mora[1076].

Por ello, si la *mora creditoris* ha sido ocasionada a consecuencia de un evento fortuito, independiente de la voluntad del acreedor, estando el deudor constituido en mora,

---

[1073]Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. en nota 25, pp. 595-596.

[1074]Vid. DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 602; MALUQUER DE MOTES, op. cit. en nota 1027, p. 431; PUIG BRUTAU, op. cit. en nota 890, pp. 648-649; ALBALADEJO, op. cit. en nota 107, pp. 165 y ss.

[1075]Vid. CABANILLAS, op. cit. en nota 884, pp. 1408-1409; DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit. en nota 461, p. 189; DÍEZ-PICAZO, op. cit. en nota 3, p. 602.

[1076]CABANILLAS indica, en este sentido, que tal subsistencia de la responsabilidad anterior en la que incurrió el deudor se infiere de los artículos 1.101 y 1.108 del Código civil. Vid. op. cit. en nota 884, p. 1394.

el riesgo señalado será asumido por el propio obligado. Es en este sentido en el que se considera que no todo ofrecimiento de pago es idóneo para purgar la mora del deudor ya iniciada. En este último caso, la carga de la prueba recaerá sobre el mismo obligado, es decir, tendrá que acreditar la destrucción de la presunta relación de causalidad entre el retardo en recibir la prestación y la *mora solvendi*[1077].

[1077]Vid. CABALLERO LOZANO, op. cit. en nota 844, pp. 285-286.

CONCLUSIONES

I

La prestación de hacer implica el desarrollo, por parte del deudor, de aquella conducta a la que se ha comprometido en el momento de constitución del vínculo jurídico obligatorio. Es la realización de un concreto acto, de un determinado proceder, la ejecución de la precisa acción debida lo que realmente satisface el interés del acreedor en el cumplimiento. De este modo, desde el punto de vista de su objeto, es la peculiar actividad del obligado la que adquiere mayor relevancia, dentro de la propia obligación, que cualquier otra consideración en la misma. En este sentido, por tanto, es el específico comportamiento del obligado el que efectivamente la define y caracteriza.

II

Dadas las especiales particularidades de las obligaciones de hacer y su singular naturaleza, no cabe la atribución de normas definitivas que, con carácter general, puedan aplicarse a todo tipo de prestaciones cuyo objeto consista en un *facere*. A estos efectos, entre las siguientes clasificaciones sí es posible la utilización de reglas comunes:

-La distinción entre obligaciones de hacer fungibles e infungibles. Que, asimismo, resulta valiosa en orden a la determinación de las consecuencias de la ejecución forzosa de las mismas.

-La diferenciación entre obligaciones de hacer de medios y de resultado. Que, además, se muestra útil a los fines de determinar cuando las mismas pueden considerarse cumplidas y respecto de la carga de la prueba del deudor incumplidor, así como en atención al efecto exoneratorio-extintivo de la inimputabilidad del incumplimiento.

-Y, por último, cabe destacar la clasificación entre obligaciones de puro hacer y relativas a cosas. Que, igualmente, tiene importancia práctica a los efectos de la consignación de las mismas y de la liberación del deudor y, de igual modo, respecto a la posibilidad de constituir en mora al acreedor.

III

Tradicionalmente, se ha estudiado el concepto de (in)fungibilidad, en las obligaciones de hacer, exclusivamente asociado al sujeto pasivo de la misma. De este modo, se considera fungible toda aquella prestación en la que es posible el cumplimiento de la misma, con igual idoneidad para satisfacer el interés del acreedor, mediante la intervención de una tercera persona distinta del propio deudor. Por el contrario, se estima infungible toda aquella obligación de hacer en la que el obligado no puede ser sustituido por un tercero en el cumplimiento de la misma. En este último supuesto, la consideración a la persona del deudor, a su identidad y facultades personales, se reputa sustancial en el momento de contraer la específica obligación, es decir, se infiere que la atención a las cualidades del propio obligado han sido, en el caso concreto, las determinantes del consentimiento contractual.

IV

Asimismo, en lo que se refiere a la delimitación de la (in)fungibilidad en las obligaciones de hacer, cabe, igualmente, la posibilidad de referir el juicio sobre tales caracteres a la propia prestación, entendida como comportamiento debido por el deudor. En esta línea, el *facere*, en sí mismo considerado, sería fungible cuando la elección de las actividades, de los medios, del comportamiento debido, entre varios alternativos e igualmente equivalentes entre sí e idóneos para satisfacer el interés crediticio en el cumplimiento de la prestación, correspondiera al deudor. De otro modo, sería infungible aquella prestación de hacer en la que el obligado no tuviera tal posibilidad de elección entre varias conductas semejantes entre sí, o bien cuando la determinación de tales actividades de cumplimiento competiera exclusivamente al acreedor.

V

Como elemento modulador de los criterios anteriores, respecto de la (in)fungibilidad del comportamiento del deudor en la prestación de hacer, se constituye el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación. Si este interés es amplio e indiferenciado, permitirá al obligado la adopción de uno entre varios comportamientos equivalentes entre sí, todos ellos igualmente apropiados para satisfacer tal interés y liberar al deudor mediante la ejecución de uno de ellos. Si, por el contrario, tal interés es específico, es decir, dirigido hacia la producción de un bien concreto o hacia un resultado determinado, la elección del deudor se limitará a la realización de aquella conducta que resulte más idónea para satisfacer tal interés y, de este modo, no podrá considerarse equivalente a otras actividades o comportamientos alternativos.

VI

La importancia de la distinción entre obligaciones de hacer fungibles e infungibles trasciende el mero plano teórico. Si el hacer es fungible, el acreedor podrá obtener la satisfacción de su interés en forma específica, a pesar de la no ejecución de la obligación por el propio deudor, en tanto que conseguirá la misma prestación debida a través de su ejecución por un tercero. Si el *facere* es infungible, el incumplimiento del obligado se ultima en una indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de la prestación. No obstante, respecto del incumplimiento de estas últimas, el acreedor puede optar, aún tratándose de comportamientos personalísimos, por la ejecución de la prestación por parte de un tercero a costa del deudor, y con posibilidad de reivindicar posteriormente la indemnización por la diferencia de calidad entre la prestación incumplida y la efectivamente ejecutada.

VII

La distinción entre obligaciones de hacer de medios y de resultado se ha establecido en función del objeto de la prestación. Las obligaciones de medios suponen el desarrollo, por el deudor, de una conducta dirigida a conseguir el resultado al que tal comportamiento se dirige, pero sin que éste se incluya en el contenido de la señalada obligación. En las obligaciones de resultado el deudor no está obligado únicamente a desarrollar una actividad, sino que deberá proporcionar la satisfacción del interés creditorio mediante la obtención del concreto resultado pactado -*opus*-, el cual se encuentra, por esta razón, incorporado en la propia prestación. En estas últimas se exige, por ello, la obtención de un resultado preciso y determinado.

VIII

La importancia de la anterior distinción puede situarse en el terreno del cumplimiento/incumplimiento de la obligación. De este modo, en las obligaciones de medios se entiende que el deudor cumple al desarrollar la actividad diligente debida, que constituye su objeto. En las obligaciones de resultado, el obligado cumple solamente cuando obtiene el concreto resultado -*opus*- que integra su contenido. Será, en este sentido, el contenido de la concreta prestación, lo debido por el deudor, la medida precisa para determinar, por un lado, todos aquellos supuestos en los que se alcanza el cumplimiento y, por otro, opuestamente, cuando éste no se produce, aquellas otras hipótesis en las que la obligación se incumple.

IX

Existe un único régimen de responsabilidad contractual que se aplica a ambos tipos de obligaciones. La regla de exoneración de la responsabilidad se emplea, del mismo modo, en las obligaciones de medios y en las de resultado, y tanto en las hipótesis de cumplimiento inexacto o retardado como en las de ausencia total o parcial de cumplimiento. Esta regla de exoneración, que es la misma para las obligaciones de medios que para las de resultado, supone que el obligado se exonera de la obligación de indemnizar los daños objetivamente imputables a su incumplimiento, si prueba que tal infracción ha estado motivada por la concurrencia de un impedimento ajeno a su ámbito de control, que no era posible, razonadamente, esperar que lo tuviera en cuenta en el momento de la celebración del contrato, y que no cabía suponer que lo evitase o superase, o que soslayase o venciese sus consecuencias.

X

Respecto al sistema de la carga de la prueba del incumplimiento en las obligaciones de hacer de medios y de resultado, lo que modifica el objeto de aquélla no es la aplicación de distintas reglas de Derecho sustantivo o procesal, sino el empleo de las mismas normas a obligaciones con distinto contenido. De esta manera, al acreedor que pretenda la responsabilidad del deudor se le aplica la misma normativa general respecto de la carga de la prueba, es decir, incumbe al actor probar los hechos constitutivos de su pretensión -artículo 1.214 del Código civil-. Así, en las obligaciones de medios el acreedor deberá probar la ausencia de diligencia del deudor en el cumplimiento de la obligación, y en las de resultado habrá de acreditar la falta de obtención del concreto resultado debido, o su cumplimiento parcial, inexacto o retrasado. Igualmente, el deudor, para exonerarse de responsabilidad, habrá de demostrar, en ambos tipos de obligaciones y en aplicación de la misma regla señalada, la inimputabilidad de su propio incumplimiento.

XI

La constitución en mora del deudor debe ser considerada como el vehículo que el legislador ha previsto para trasladar los riesgos al deudor en el supuesto de incumplimiento de la obligación a su cargo, y en el caso de que las partes o la ley no hayan dispuesto otra cosa para la infracción de la misma. Esto supone que el deudor constituido en mora asumirá los riesgos de la imposibilidad física o legal de la prestación de hacer, a través del mecanismo de la perpetuación de la obligación, aunque las mismas hayan sobrevenido como consecuencia de una concreta causa que no le pueda ser imputada. De este modo, en virtud de la *perpetuatio obligationis*, el obligado, constituido en mora, asume la responsabilidad por la concurrencia de una imposibilidad, física o legal, inimputable que, surgida tras su incumplimiento, impida la satisfacción del interés creditorio.

XII

La traslación de los riesgos se verifica a través del dispositivo de la intimación que ha de dirigir el acreedor al deudor para exigirle el cumplimiento de la prestación, salvo que en virtud de un acuerdo entre las partes o cuando así lo determine expresamente la ley, o de la propia naturaleza o circunstancias de la obligación quepa deducir que es innecesaria la interpelación para la constitución en mora del propio deudor incumplidor.

XIII

Nuestro Ordenamiento fija el momento de imputación de tales riesgos al deudor en tres instantes esenciales, en orden a la atribución de los mismos. El primero de ellos, es el contemplado en el primer párrafo del artículo 1.100 que hace referencia a la *mora ex persona*, y supone que el obligado se constituirá en mora desde el momento en que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación a su cargo. El segundo, surge con el preciso nacimiento de la obligación, esta hipótesis se contempla en el segundo párrafo de la señalada norma, es decir, cuando expresamente así lo hayan establecido las partes o lo disponga de este modo la ley, o quepa deducir que, de la naturaleza y circunstancias de la prestación, la designación de la época en que había de entregarse la cosa o realizarse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación. Y, finalmente, el tercero de estos momentos hace referencia a las obligaciones recíprocas, y en el que se hace depender del tiempo en el que una de las partes cumple su obligación o se allana a cumplirla.

XIV

De propio artículo 1.100 del Código civil cabe deducir que el único presupuesto imprescindible para que la mora exista es el incumplimiento de la obligación positiva de dar o de hacer. Por ello, puede indicarse que la señalada norma encierra un instrumento de protección del interés creditorio que prescinde completamente de la actitud del deudor ante la falta de cumplimiento de la obligación.

XV

La constitución el mora del deudor es un dispositivo para la tutela del derecho de crédito lesionado, que el Ordenamiento Jurídico activa cuando se ha verificado la infracción del mismo.

XVI

El sistema de constitución en mora en las obligaciones de hacer es el mismo que el previsto por nuestro legislador para las obligaciones de dar. No obstante, dadas las singulares características de aquéllas, deben tenerse en cuenta una serie de especialidades que afectan al mismo, éstas se refieren, fundamentalmente, al tiempo de cumplimiento de la prestación de hacer, a la exigibilidad de las mismas y a su ejecución forzosa, a la adopción de medios indirectos de ejecución, a la necesidad de cooperación del acreedor en el cumplimiento y a la consignación y posible liberación del deudor en este particular tipo de obligaciones.

XVII

En las obligaciones de hacer de cumplimiento no instantáneo, una vez ya iniciada la ejecución de la prestación, debe admitirse que la intimación del acreedor no surta sus efectos de modo inmediato. Será preciso, en este sentido, conceder al obligado un *modicum tempus*, el estrictamente necesario, para finalizar la realización, ya principiada, de la actividad debida. La duración temporal del señalado *modicum tempus*, estará sujeta a la propia naturaleza, condiciones y objeto de la prestación, a las exigencias de la buena fe y a lo que determinen los usos y la costumbre del lugar y de la época en la que haya de efectuarse el cumplimiento.

XVIII

El Ordenamiento Jurídico español, influenciado por el sistema normativo francés, acoge en materia de ejecución forzosa de obligaciones de hacer el viejo axioma «*nemo ad factum praecise cogi potest*», según el cual el deudor no puede ser compelido a ejecutar, en contra de su voluntad, la prestación que constituye el objeto de las mismas.

XIX

En las obligaciones de hacer fungibles, el procedimiento español de ejecución forzosa es un sistema de ejecución directa o por subrogación, de tal modo que la prestación, con arreglo al artículo 1.098 del Código civil, se ejecutará, en caso de incumplimiento, por medio del propio acreedor o por un tercero y a expensas del obligado, que correrá con todos los gastos que tal ejecución pueda ocasionar. Este mismo sistema es el que se aplica en los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno (italiano, francés, alemán y anglosajón).

XX

El procedimiento de ejecución forzosa de las obligaciones de hacer infungibles, en nuestro actual Ordenamiento, se muestra incompleto e insuficiente en orden a una tutela adecuada del interés creditorio en el cumplimiento específico de la prestación. En este sentido, la obtención, por parte del acreedor, del cumplimiento *in natura* depende exclusivamente de la voluntad del propio obligado en ejecutar la prestación, en cuyo caso, aquél obtendría a cambio el cumplimiento por equivalente, es decir, la indemnización de los daños y perjuicios que tal infracción le haya podido ocasionar.

XXI

Los Ordenamientos Jurídicos alemán y francés recogen, respecto a la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer, un sistema de ejecución indirecta de las mismas, a través de la regulación de un procedimiento de multas coercitivas (*Geldstrafen* y *Astreintes*, respectivamente), de modo que se sanciona al deudor incumplidor con la imposición de una multa, de cuantía no especificada, que tiene como efecto impulsar al obligado a cumplir, bajo la presión que supone la amenaza de la exigencia de una pena de cuantía considerable.

XXII

Nos inclinamos por el sistema alemán de multas coercitivas -*Geldstrafen*-, en tanto que el importe de las mismas va a parar a la Hacienda Pública. Este procedimiento evita la polémica que existe en Francia sobre el destino de la cuantía de la *Astreinte*, que se le asigna al acreedor, lo cual podría suponer un enriquecimiento injusto para el mismo. Así como, puede soslayar el hecho de que el acreedor, al pretender incorporar el importe de la multa a su propio patrimonio, impida el cumplimiento de la prestación al deudor, imposibilitándole su liberación.

XXIII

No se comparte el sistema alemán y anglosajón de privación de libertad o arresto al deudor por incumplimiento de la obligación, pues en nuestro Ordenamiento está totalmente excluido el principio de prisión por deudas.

XXIV

El sistema anglosajón de *Specific Performance* otorga a los Tribunales un poder soberano en lo relativo a la consideración de que un determinado comportamiento pueda o no reputarse como *Contempt of Court*, así como en lo concerniente a la imposición de las concretas sanciones que derivan de la aplicación de la misma, *v. gr.*, multa, arresto, embargo de bienes, ejecución por un tercero o por el propio acreedor a expensas del deudor, etc. Se caracteriza, asimismo, por la carencia de reglas fijas y determinadas en cuanto a la aplicación de las concretas penas por incumplimiento, lo cual supone una auténtica inseguridad jurídica para todos aquellos contraventores de la orden del juzgador.

XXV

En relación a la discusión doctrinal existente en torno a la admisión o no de la exención de responsabilidad al deudor moroso, si acredita que el objeto de la prestación hubiera perecido igualmente si hubiese estado en poder del acreedor, las conclusiones extraídas en el seno de la doctrina para las obligaciones de dar no son del todo extrapolables a las obligaciones de hacer.

XXVI

Para las obligaciones de puro hacer, en caso de admitirse la anterior exención, resulta adecuada la fórmula acogida por el artículo 807. 2° del Código civil portugués, en el sentido según el cual el deudor constituido en mora podría exonerarse de la responsabilidad por caso fortuito, si acredita que el acreedor habría sufrido igualmente los daños de haberse cumplido la prestación a tiempo.

XXVII

Sin embargo, en las obligaciones de puro hacer, respecto de la anterior prueba liberatoria, se hace necesario un estudio caso por caso de cada asunto planteado, y analizar todos y cada uno de los elementos que pudieran incidir en el cumplimiento de la obligación. Deben, por ello, tenerse en cuenta elementos y características tales como los sujetos de la misma, la naturaleza de la prestación y las circunstancias de tiempo y lugar, así como toda posible causa que pudiera, en cierta medida, afectar al mismo, para determinar si, en el supuesto concreto, cabría admitir que el caso fortuito habría igualmente afectado al acreedor, de haberse cumplido tempestivamente la obligación, o por el contrario, deducir que, si la prestación hubiera sido ejecutada a tiempo, el fortuito no habría podido perjudicar al acreedor y, de este modo, el obligado habría de responder también de la imposibilidad física o legal de la prestación, a él no imputable, sobrevenida tras su constitución en mora.

XXVIII

En cuanto a la imposibilidad física o legal de la prestación de hacer, se admite tanto aquella que suponga que el deudor no pueda ejecutar la prestación impedido por circunstancias ajenas a su esfera personal, como la que se deba a eventos estrictamente personales del mismo. Lo concluyente es el hecho de que, por circunstancias de las que el deudor no deba responder, éste se vea imposibilitado de ejecutar el comportamiento debido, con independencia de que otros sujetos estén o no en condiciones de poder efectuar aquello que el deudor inicial ya no puede realizar. En este sentido, no debe, por tanto, excluirse sin más, de la esfera de operatividad de la imposibilidad sobrevenida lo que tradicionalmente se viene denominando como imposibilidad subjetiva.

XXIX

En relación a la cláusula penal, ésta se revela como un mecanismo adecuado, dada la ausencia de normas legales aplicables en esta disciplina, para regular las consecuencias del retraso en el cumplimiento de las prestaciones de hacer. Y, en este sentido, hoy por hoy, es conveniente y oportuno que las partes regulen, sobre todo en el campo de las prestaciones de puro hacer, a través de estas cláusulas contractuales, los efectos que el retraso pueda ocasionar al acreedor, así como el importe de las sanciones a aplicar al mismo en el caso de un no cumplimiento tempestivo de la obligación.

XXX

En las obligaciones de hacer, la cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación se revela como esencial, de tal modo que si éste no colabora con el deudor para la ejecución de la prestación, aquél no podrá cumplir con la obligación a su cargo y liberarse, de este modo, del vínculo jurídico que le une al acreedor.

XXXI

En el Ordenamiento Jurídico italiano, en su artículo 1.217 del *Codice civile*, se regula expresamente la posibilidad de constituir al acreedor en mora cuando la prestación consista en un *facere*. En este sentido, señala la citada norma que aquél se constituye en mora mediante la intimación de recibir la prestación o de cumplir aquellos actos que sean por su parte necesarios para hacerla posible, asimismo, la intimación podrá ser efectuada en las formas de uso.

XXXII

En cuanto a la consignación de las obligaciones de hacer relativas a cosas, no existe obstáculo alguno para aplicar el mismo sistema que se encuentra regulado en nuestro Código para las obligaciones de dar. Respecto a las obligaciones de puro hacer, sería adecuado instaurar un procedimiento judicial que permitiera al deudor obtener una resolución, mediante la cual pudiera liberarse de la obligación a su cargo.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁCAR LÓPEZ, José L. y SANTOS BRIZ, Jaime, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo IV, Trivium, Madrid, 1995.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mora en las obligaciones recíprocas*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1968, p. 9.
- *De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas*, Estudios Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, Volumen I, Madrid, 1988.
- *Comentario a los artículos 1.152 a 1.155 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- *Comentario a los artículos 1.100 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.
- *Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1994.

ALMEIDA COSTA, Mario J. de, *Direito das obrigaçoes*, Livraira Almedina, Lisboa, 1968.
- *Noções de Direito civil*, Livraira Almedina, Coimbra, 1991.

ALPA, Guido, *Rischio contrattuale*, Contratto e Impresa, 1986, p. 619.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael y AYMERICH DE RENTERÍA, Regina de, *La rescisión por lesión en el Derecho civil español común y foral*, Comares, Granada, 1989.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 1986.
- *Comentario a los artículos 1.113 a 1.124 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1993.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *La garantía patrimonial y sus formas*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1972, p. 561.

ANDREOLI, Giuseppe, *Contributo alla teoria del 'adempimento*, Cedam, Padova, 1937.

ANDRIOLI, Virgilio, *Commento al Codice di Procedura civile, Volumen III. Del proceso di esecuzione*, dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1957.

ANELLI, Franco, *Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore*, Giuffré, Milano, 1990.

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de, *Los créditos derivados del contrato de obra*, Tecnos, Madrid, 1969.
- *La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado*, Anuario de Derecho Civil, 1985, p. 185.
- *Comentario a los artículos 7.2° y 1.106 a 1.107 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.
- *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995.

ANTONMATTEI, Paul H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, Librairie Gènèrale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992.

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Las «Astreintes» (Su aplicación en el proceso español)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.

ARANGIO-RUIZ, Vicenzo, *Instituciones de Derecho romano*, Buenos Aires, 1952.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis I., *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Montecorvo, Madrid, 1978.

ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano II. Obligaciones, familia y sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988.

ASCARELLI, Tullio, *Obbligazioni pecuniarie (arts. 1.277 - 1.284)*, Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1963.

ASTUTI, Guido, *Obbligazioni. Diritto Intermedio*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXIX, Giuffré, Milano, 1979.

ATIYAH, Patrick S., *An introduction to the law of contract*, Clarendon press, Oxfrod, 1975 y 1989.
- *Il ruolo attuale della «contract law»*, Rivista Critica del Diritto Privato, 1993, p. 163.

BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.
- *Comentario a los artículos 1.094 a 1.105 y 1.182 a 1.186 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, *Comentario al artículo 1.896 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Dykinson, Madrid, 1998.

BARASSI, Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, Volumen I, Giuffré, Milano, 1948.
- *Instituciones de Derecho civil*, Volumen II, Bosch, Barcelona, 1955.

- *La teoria generale delle obbligazioni*, Volumen III, Giuffré, Milano, 1964.

BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho privado III. Obligaciones*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.

BARENGHI, Andrea, *A proposito della forza maggiore*, Rivista di Diritto Civile, 1994, p. 365.

BELLOMO, Manlio, *Diligenza. Diritto Intermedio*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XII, Giuffré, Milano, 1964.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo, *El incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990.

BENATTI, Francesco, *La costituzione in mora del debitore*, Giuffré, Milano, 1968.

BÉNAVENT, Alain, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, París, 1995.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Las obligaciones divisibles e indivisibles*, Anuario de Derecho Civil, 1973, p. 507.

- *Comentario al artículo 1.161 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XVI, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

- *Comentario a los artículos 1.176 a 1.181 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XVI, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

- *Comentario a los artículos 1.158 a 1.161 y 1.181 del Código civil*, Comentario del

Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

BESSONE, Mario, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffré, Milano, 1969.
- *Presupposizione «oggettivitá» delle circostanze e fonti di integrazione del rapporto obbligatorio*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1978, p. 1747.
- *Svolgimiento storico della law of contract. Il ruolo dei giuristi e la loro politica del diritto*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1979, p. 48.
- *Istituzioni di Diritto privato*, G. Chiappichelli, Torino, 1994.

BETTI, Emilio, *Cours de Droit civil comparé des obligations (1.957-1.958)*, Giuffré, Milano, 1958.
- *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

BIEDMA-SCHADEWALT, Alejandro M., *Mora automática*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

BIROCCHI, Italo y PETRONIO, Ugo, *Responsabilità contrattuale. Diritto Intermedio.* Enciclopedia del Diritto, Volumen XXXIX, Giuffré, Milano, 1988.

BLANCO GÓMEZ, Juan J., *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Dykinson, Madrid, 1996.

BONET CORREA, José, *La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias*, Anuario de Derecho Civil, 1979, p. 371.

BONET RAMÓN, Francisco, *La prestación y la causa debitoria*, Revista de Derecho Privado, 1968, p. 205.

BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto romano. Volume IV. Le obbligazioni*, Giuffré,

Milano, 1979.

BONNEAU, Thierry, *Mise en demuere*, Encyclopédie Droit Civil Dalloz, Número 13, París, 1992, p. 1.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho civil. Obligaciones I*, Perrot, Buenos Aires, 1989.

BORRÉ, Giuseppe, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1966.

BORREL SOLER, Antonio Mª., *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Bosch, Barcelona, 1954.

BRANCA, Giuseppe, *Adempimento. Diritto Romano e Intermedio*, Enciclopedia del Diritto, Volumen I, Giuffré, Milano, 1958.
- *Mora e risoluzione: considerzioni spicciole*, Il Foro Italiano, 1967, p. 466.
- *Instituciones de Derecho privado*, Porrúa, México, 1978.

CABALLERO LOZANO, José Mª., *La mora del acreedor*, Bosch, Barcelona, 1992.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La recepción de la obra*, Anuario de Derecho Civil, 1978, p. 287.
- *La mora del acreedor*, Anuario de Derecho Civil, 1987, p. 1341.
- *La imposibilidad sobrevenida de la prestación por la falta de cooperación del acreedor*, Estudios Homenaje a J. Roca Juan, Murcia, 1989.
- *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de lex artis y la carga de la prueba (Comentario a la STS de 24 de mayo de 1990)*, Anuario de Derecho Civil, 1991, p. 907.
- *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.

- *Comentario a los artículos 1.152 a 1.155 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge, *Genus nunquam perit*, Anuario de Derecho Civil, 1982, p. 291.
- *El requisito de la identidad del pago en las obligaciones genéricas*, Anuario de Derecho Civil, 1985, p. 3.
- *Comentario a los artículos 1.141 a 1.147 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

CANCELLI, Filippo, *Diligenza. Diritto Romano*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XII, Giuffré, Milano, 1964.

CANNATA, Carlo A., *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1981, p. 993.
- *Mora. Storia*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXVI, Giuffré, Milano, 1984.
- *La responsabilità contrattuale*, Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al profesor J. L. Murga G., Centro de Estudios R. Areces, Madrid, 1994.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José I., *La mora*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

CANO MATA, Antonio, *La consignación*, Anuario de Derecho Civil, 1969, p. 753.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Tome IV. Les obligations*, Presses Universitaires de France, París, 1993.

CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, Madrid, 1979.

CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, Studi di Diritto Procesuale Civile in Onore de G. Chiovenda, Cedam, Padova, 1927.
- *Derecho procesal civil y penal I. Derecho procesal civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

CARRASCO PERERA, Ángel, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil de Ferrán Badosa Coll*, Revista de Derecho Notarial, 1988, p. 423.
- *Comentario al artículo 1.105 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

CARUSI, Donato, *Sulla mora in illiquidis e su alcune questioni in tema d'indennitá d'avviamento*, Rassegna di Diritto Civile, 1994, p. 462.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones*, Tomos III y IV, Reus, Madrid, 1986 y 1993.

CASTÁN VÁZQUEZ, José Mª., *El favor debitoris en el Derecho español*, Anuario de Derecho Civil, 1961, p. 835.

CASTELLINI, Giuseppe Mª., *Sulla fissazione del termine «necessaio» ex art. 1.183 c.c.*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1961, p. 1084.

CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffré, Milano, 1964.
- *Della mora del creditore (arts. 1.206 - 1.217)*, Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1973.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987.

CECCHERINI, Grazia, *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, Contratto e Impresa, 1991, p. 783.

CENDON, Paolo, GAUDINO, Luigi y ZIVIZ, Patrizia, *Responsabilità civile*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1993, p. 1193.

CERAMI, *Agenzia (contratto di)*, Enciclopedia del Diritto, Volumen I, Giuffré, Milano, 1958.

CIACCIO, Enrico, *Diffida. In Generale*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XII, Giuffré, Milano, 1964.

CICALA, R., *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953.

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis H., *Diligencia, culpa, incumplimiento y responsabilidad contractual*, Anuario de Derecho Civil, 1987, p. 1283.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Dictámenes jurídicos, Tomo II, Obligaciones y contratos*, Bosch, Barcelona, 1958.
- *Instituciones de Derecho civil español*, Tomo II, Madrid, 1959.

CLEMENTE MEORO, Mario E., *Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos*, Anuario de Derecho Civil, 1991, p. 1529.
- *La resolución de los contratos por incumplimiento (estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y del Derecho español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil*, Reus, Madrid, 1981.

CORSO, Elena, *Mora in Diritto comparato*, Digesto, Tomo XI, Utet, Torino, 1994.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Comentario al artículo 1.214 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de, *Instituciones de Derecho civil*, Tomo I, Civitas, 1991.

COTTINO, Gastone, *Caso fortuito e forza maggiore*, Enciclopedia del Diritto, Volumen VI, Giuffré, Milano, 1960.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La mora del deudor en las obligaciones recíprocas*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1985, p. 543.
- *La mora del deudor en la resolución contractual por incumplimiento*, Revista de Derecho Privado, 1985, p. 91.
- *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1986.
- *El pago: el papel de la voluntad de acreedor y deudor*, Anuario de Derecho Civil, 1986, p. 537.
- *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1989.
- *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989.
- *La estructura y los sujetos de la obligación*, Civitas, Madrid, 1990.
- *El enigmático artículo 1.107 del Código civil español*, Centenario del Código civil (1889-1989), Asociación de profesores de Derecho civil, Tomo I, Centro de Estudios R. Areces, Madrid, 1990.
- *Las obligaciones indivisibles*, Tecnos, Madrid, 1991.

CRISTOFARO, Marco de, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, Rivista di Diritto Civile, 1994, p. 567.

CUENA BOY, Francisco, *La prestación y sus requisitos*, Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al profesor J. L. Murga G., Centro de Estudios R. Areces, Madrid,

1994.

CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *Law of contract*, Butterworths, London, 1991.

CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho procesal civil*, Tomo I, Reus, Madrid, 1922.

CHITTY, *On contracts*, Volumen I y II, Sweet & Maxwell, London, 1968.

DÁVILA GONZÁLEZ, Javier, *La obligación con cláusula penal*, Montecorvo, Madrid, 1992.

DE CUPIS, Adriano, *Istituzioni di Diritto privato*, Tomo II, Giuffré, Milano, 1975.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1985*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1985, p. 2949.
- *En Lacruz y otros, Elementos de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1994.

DERRIDA, Fernand, *Obligations*, Encyclopédie Droit Civil Dalloz, Número 47, París, 1973.

DI MAJO, Adolfo, *Pagamento. Diritto Privato*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXXI, Giuffré, Milano, 1981.
- *Delle obbligazioni in generale (art. 1.176)*, Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988.

DÍAZ ALABART, Silvia, *La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil*, Anuario de Derecho Civil, 1988, p. 1133.

Diccionario de la Lengua española, Real Academia española, 21ª edición, Madrid, 1996.

DIEGO LORA, Carmelo de, *La consignación judicial. Estudio teórico-práctico*, Bosch, Barcelona, 1952.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *El pago anticipado*, Revista de Derecho Mercantil, 1959, p. 37.

- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1966.

- *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, Anuario de Derecho Civil, 1969, p. 383.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1970.

- *Obligaciones en moneda extranjera, responsabilidad contractual y devaluación*, Anuario de Derecho Civil, 1971, p. 1047.

- *La responsabilidad civil hoy*, Anuario de Derecho Civil, 1979, p. 727.

- *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1984*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1984, p. 1835.

- *El Derecho de obligaciones en la Codificación civil española*, Centenario del Código Civil (1889-1989), Asociación de profesores de Derecho civil, Tomo I, Centro de Estudios R. Areces, Madrid, 1990.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Volumen II, Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993.

- *Comentario a los artículos 1.108 y 1.258 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, Volumen I y II, Tecnos, Madrid, 1985.

DORAL GARCÍA, José A., *Reparación y sanción. El cumplimiento de las obligaciones en forma específica*, Anuario de Derecho Civil, 1993, p. 589.

DORAL GARCÍA, José A. y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús, *Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses*, Anuario de Derecho Civil, 1980, p. 523.

D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.

DUPONT DELESTRAINT, Pierre, *Droit civil. Les obligations*, Jurisprudence Gènèrale Dalloz, París, 1981.

EBENE COBELLI, Cristina, *Risarcimento in forma specifica*, Rivista di Diritto Civile, 1994, p. 485.

ENGEL, Pierre, *Traitè des obligations en Droit suisse*, Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1973.

ENNECCERUS, Ludwing, *Derecho de obligaciones*, Tomos II-1°, II-2° volumen I y II-2° volumen II, Bosch, Barcelona, 1954.

ESMEIN, M. A., *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1903, p. 5.

ESMEIN, M. Paul, *Le fondement de la responsabilité contractuelle*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1970, p. 627.

ESPÍN ALBA, Isabel, *La cláusula penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, Revista de Derecho Privado, 1946, p. 145.

- *La excepción de incumplimiento contractual*, Anuario de Derecho Civil, 1964, p. 543.

- *Manual de Derecho civil español*, Volumen III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.

FALZEA, Angelo, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Giuffré, Milano, 1947.

FENECH, Miguel, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, Volumen IV, Aguilar, Madrid, 1957.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Derecho procesal civil III*, Centro de Estudios R. Areces, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos, *Término esencial*, Anuario de Derecho Civil, 1954, p. 937.

FERRONI, Lanfranco, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino, 1983.

FRANZONI, Massimo, *La responsabilità oggettiva*, Cedam, Padova, 1988,
- *Il libro delle obbligazioni e dei contratti*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1993, p. 861.

FRIED, Charles, *Contract as promise. A theory of contractual obligation*, Harvard University Press, Cambridge, 1981.

FROSSARD, Joseph F., *La distinction des obligations de moyens et obligations de rèsultat*, Librairie Gènèrale de Legislation et Jurisprudence, París, 1965.

GALASSO, Alfredo, *Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1973, p. 1331.

GALGANO, Francesco, *La responsabilità contrattuale: i contrati giurisprudenziali*, Contratto e Impresa, 1989, p. 32.
- *Diritto civile e commerciale*, Volumen II, Tomo I, Cedam, Padova, 1993.

GARCÍA AMIGO, Manuel, *Comentario al artículo 1.109 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

GARCÍA GARRIDO, Manuel J., *Derecho privado romano*, Dykinson, Madrid, 1995.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Cometa, Zaragoza, 1974.

GARCÍA VALLÉS, R., *Cláusulas referentes a incumplimiento de contratos*, Revista Jurídica de Cataluña, 1970, p. 289.

GAYA SICILIA, Regina, *Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8ª de la Constitución española*, Tecnos, 1989.

GAYO, *Instituciones*, Civitas, Madrid, 1985.

GAZZONI, Francesco, *Manuale di Diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996.

GHERA, Edoardo, *Mora del creditore. Diritto del Lavoro*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXVI, Giuffré, Milano, 1976.

GIACOBBE, Giovanni, *Mora del creditore. Diritto Civile*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXVI, Giuffré, Milano, 1976.

- *Offerta reale. Diritto Privato*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXIX, Giuffré, Milano, 1979.

GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, Libro I, Parte II, Volumen II, Reus, Madrid, 1928.

GIORGIANNI, Michele, *Lezioni di Diritto civile*, Giuffré, Milano, 1956.

- *La obligación (la parte general de las obligaciones)*, Bosch, Barcelona, 1958.

- *Obbligazione. Diritto Privato*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo XI, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1968.

- *Inadempimento. Diritto Privato*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XX, Giuffré, Milano, 1970.

- *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, Contratto e Impresa, 1991, p. 61.

- *La «parte generale» delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del Codice civile*, Contratto e Impresa, 1993, p. 482.

GONZÁLEZ, Amparo, *Clasificación de las obligaciones. Singulares tipos de obligaciones*, Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al profesor J. L. Murga G., Centro de Estudios R. Areces, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Bosch, Barcelona, 1987.

GONZÁLEZ PORRAS, José M., *Comentario a los artículos 1.182 a 1.184 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XVI, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

GRAMUNT FOMBUENA, Mª Dolores, *La mora del deudor en el Código civil*, Bosch, Barcelona, 1993.

GRASSO, Biagio, *Comentario a los artículos 1.217 a 1.221 del Codice civile italiano*, Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza a cura di P. Perlingieri, Libro IV, Tomo I, Utet, Torino, 1980.

GROSSO, Giuseppe, *Buona fede. Premesse Romanistiche*, Enciclopedia del Diritto, Volumen V, Giuffré, Milano, 1959.

GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *La promesa del hecho ajeno*, Anuario de Derecho Civil, 1964, p. 3.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Faustino, *Ejecución forzosa por obligaciones de hacer, no hacer y dar cosas determinadas*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1974, p. 851.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, Tomo IV, Lex Nova, Madrid, 1869 y 1877.

HAZA DÍAZ, Pilar de la, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.

HEDEMANN, J. W., *Derecho de obligaciones*, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Dictámenes*, Tomo I, Madrid, 1968.

- *Derecho de obligaciones*, Ceura, Madrid, 1983.

- *Obras completas, Tomo III, Derecho de obligaciones*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988.

HERNÁNDEZ GIL, Félix, *La intimación del acreedor en la mora «ex persona»*, Anuario de Derecho Civil, 1962, p. 331.

HUNTLEY, John A., *Contract. Cases and Materials*, Green/Sweet & Maxwell, Edinburgh, 1995.

IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Ariel, Barcelona, 1972.

- *Obligaciones naturales*, Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al profesor J. L. Murga G., Editorial Centro de Estudios R. Areces, Madrid, 1994.

INZITARI, Bruno, *Sentenze d'un anno. Obbligazioni*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1993, p. 1177.

JEANDIDIER, Wilfrid, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1976, p. 700.

JOAQUÍN LLAMBÍAS, Jorge, *Estudio sobre la mora en las obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1965.

JORDANO BAREA, Juan B., *Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita*, Anuario de Derecho Civil, 1951, p. 303.

JORDANO FRAGA, Francisco, *Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español*, Anuario de Derecho Civil, 1984, p. 110.

- *Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español*, Anuario de Derecho Civil, 1985, p. 339.
- *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1985, p. 29.
- *El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del Ordenamiento*, Anuario de Derecho Civil, 1986, p. 69.
- *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.
- *La responsabilidad contractual (primer y último repaso)*, Anuario de Derecho Civil, 1988, p. 817.
- *Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente)*, Anuario de Derecho Civil, 1991, p. 5.
- *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994.

KASER, Max, *Derecho romano privado*, Reus, Madrid, 1982.

KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho romano*, Ariel, Barcelona, 1979.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1985 y 1994.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Nota crítica (BADOSA COLL, Ferrán: «La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil»)*, Anuario de Derecho Civil, 1988, p. 1309.
- *Nociones de Derecho civil patrimonial e introducción al Derecho*, Bosch, Barcelona, 1991.

LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- *Derecho de Obligaciones*, Tomos I y II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Comentario a los artículos 1.125 a 1.130 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.
- *Principios de Derecho civil, Tomo II. Derecho de obligaciones*, Trivium, Madrid, 1994 y 1995.

LÉGIER, Gérard, *Responsabilité contractuelle*, Encyclopédie Droit Civil Dalloz, Número 58, París, 1989.

LEÓN ALONSO, José R., *Comentario a los artículos 1.718, 1.719, 1.728, 1.729 y 1.733 a 1.735 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XXI, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

LINARES NOCI, Rafael, *Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago*, Revista de Derecho Privado, 1991, p. 171.

LISO, Francesco, *Mora del creditore. Diritto del Lavoro*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXVI, Giuffré, Milano, 1976.

LOBATO DE BLAS, Jesús Mª, *La cláusula penal en el Derecho español*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974.

LOBATO GÓMEZ, José M., *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, Anuario de Derecho Civil, 1992, p. 651.

LONGO, Giovanni Elio, *Esecuzione forzata. Diritto Romano e Intermedio*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo VI, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1968.

LÓPEZ, Gregorio, *Las siete partidas de Alfonso X el sabio*, Boletín Oficial del Estado,

Madrid, 1974.

LÓPEZ CABANA, Roberto, *La demora en el Derecho privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., *Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio*, Anuario de Derecho Civil, 1994, p. 5.

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, *Comentario a los artículos 1.589, 1.590 y 1.594 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XX, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

LUNA SERRANO, Agustín, *Comentario a los artículos 1.088 a 1.093 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

LUPOI, Maurizio, *Common Law e Civil Law (alle radici del Diritto europeo)*, Il Foro Italiano, 1993, p. 432.

MACCARONE, Salvatore, *Comentario al artículo 1.219 del Codice civile italiano*, Commentario teorico-pratico al Codice civile diretto da V. de Martino, Libro IV, Delle Obbligazioni, Edipem, Roma, 1978.

MAGAZZÚ, Andrea, *Clausola penale*, Enciclopedia del Diritto, Volumen VII, Giuffré, Milano, 1960.
- *Mora del debitore*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXVI, Giuffré, Milano, 1984.

MAIORCA, Carlo, *Colpa civile. Teoria Generale*, Enciclopedia del Diritto, Volumen VII, Giuffré, Milano, 1960.

MAJELLO, Ugo, *Sulla responsabilità per inadempimento di una prestazione infugibile (Corte d'apello di Bologna, 30 settembre 1953)*, Rivista del Diritto Commerciale, 1955, p. 21.

MALAURIE, Philippe et AYNÉS, Laurent, *Cours de Droit civil, Tome IV, Les Obligations*, Cujas, París, 1993/1994.

MALUQUER DE MOTES, Carlos, *Ofrecimiento de pago*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XVIII, Seix, Barcelona, 1986.

MANDRIOLI, Crisanto, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo VI, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1968.

MANDRIOLI, Dino, *Risarcimento del danno in forma specifica*, Rivista del Diritto Commerciale, 1922, p. 352.

MANRESA Y NAVARRO, José Mª, *Comentarios al Código civil español*, Tomo VIII, Volumen I, Reus, Madrid, 1950.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Tomo IV, Reus, Madrid, 1955.

MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Comentario a los artículos 923 a 925 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia, dirigidos por J. L. Albácar, Tomo II, Trivium, Madrid, 1994.

MARTÍN PÉREZ, Antonio, *Comentario a los artículos 1.088, 1.094 y 1.096 a 1.099 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *Cumplimiento defectuoso de la prestación (Su inclusión en la «contravención» o cuarta causa del artículo 1.100 del Código civil)*,

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1976, p. 1335.
- *Estudios de Derecho patrimonial*, Montecorvo, Madrid, 1984.

MARTÍNEZ SANCHÍS, José A., *Comentario a los artículos 1.500 a 1.502 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.
- *El incumplimiento resolutorio en la reciente doctrina del Tribunal Supremo*, Revista Jurídica del Notariado, 1994, p. 19.

MARTON, M. G., *Obligations de rèsultat et obligations de moyens*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1939, p. 499.

MARTY, Gabriel, RAYNAUD, Pierre, JESTAZ, Philippe, *Droit civil. Les Obligations, Tomo II. Le règime*, Sirey, París, 1989.

MASI, Antonio, *Inadempimento. Premessa Storica*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XX, Giuffré, Milano, 1970.

MAZEAUD, Henri, *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles, obligations determinées et obligation gènèrale de prudence et diligence*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1936, p. 1.

MAZZAMUTO, Salvatore, *L'attuazione degli obblighi di fare*, dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1978.

MAZZARELLA, Ferdinando, *Esecuzione forzata. Diritto Vigente*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XV, Giuffré, Milano, 1966.

MAZZARESE, Silvio, *Mora del debitore*, Digesto, Tomo XI, Utet, Torino, 1994.

MC GREGOR, *Contract Code*, Bosch, Barcelona, 1997.

MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1995.

MENGONI, Luigi, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi». Il limite di responsabilità nelle due categorie di rapporti*, Partes I, II, III, IV, Rivista del Diritto Commerciale, 1954, p. 185.
- *Responsabilità contrattuale. Diritto Vigente*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXXIX, Giuffré, Milano, 1988.

MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.
- *Manual de Derecho civil y comercial*, Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.

MESTRE, Jacques, *Obligations et contracts spéciaux*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1986, p. 741.
- *Obligations en gènèral*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1993, p. 343.

MIQUEL GONZÁLEZ, Joan, *Derecho privado romano*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

MIQUEL GONZÁLEZ, José Mª, *Comentario al artículo 7.1 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1993.
- *Buena fe (Derecho civil)*, Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1975, p. 345.
- *Reflexiones sobre el «daño actual» y el «daño futuro», con relación al «daño emergente» y al «lucro cesante»*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1975, p. 195.

MONTEL, Alberto, *Mora. Diritto Romano*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo X, Unione

Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1968.
- *La rèparation du dommage dèrivant de l'inexécution d'une obligation de sómme d'argent*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1970, p. 1017.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil 2º*, Bosch, Barcclona, 1994.

MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *Comentario a los artículos 1.125 a 1.128 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo, XV, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- *Comentario a los artículos 1.113 y 1.124 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XV, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

MONTESANO, Luigi, *Esecuzione specifica*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XV, Giuffré, Milano, 1966.

MONTÓN REDONDO, Alberto, *¿Es ejecutable la sentencia exigente de una declaración de voluntad?*, Revista de Derecho Procesal, 1995, p. 969.

MORALES MORENO, Antonio M., *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, Anuario de Derecho Civil, 1982, p. 591.
- *El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro*, Anuario de Derecho Civil, 1983, p. 1529.
- *Comentario a los artículos 1.489 y 1.499 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

MORANÇAIS-DEMEESTER, Marie-Luce, *La responsabilité des personnes obligées à restitutio*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1993, p. 757.

MORENO, Fausto, *Cláusula penal*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IV, Seix, Barcelona, 1952.

MORENO CATENA, Victor, *Derecho procesal. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

MORENO QUESADA, Bernardo, *Problemática de las obligaciones de hacer*, Revista de Derecho Privado, 1976, p. 467.

MOREU BALLONGA, José L., *En defensa del criterio de especificación unilateral notificada*, Anuario de Derecho Civil, 1985, p. 3.

MOSCO, Luigi, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XX, Giuffré, Milano, 1970.

MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *Código civil. Comentado y concordado extensamente*, Tomo XIX, Legislación Española, Madrid, 1902.

NATOLI, Ugo y BIGLIAZZI-GERI, Lina, *Mora accipiendi e mora debendi*, Giuffré, Milano, 1975.

NATOLI, Ugo, *Diffida ad adempiere*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XII, Giuffré, Milano, 1964.
- *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Trattato di Diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo, Volumen XVI, Tomo I, Giuffré, Milano, 1974.

NETO, Abílio, *Código civil anotado*, Ediforum, Lisboa, 1995.

NICOLÓ, Rosario, *Termine essenziale e mora debendi*, Il Foro Italiano, 1944-46, p. 932.
- *Adempimento. Diritto Civile*, Enciclopedia del Diritto, Volumen I, Giuffré, Milano, 1958.

NÚÑEZ BOLUDA, Mª Desamparados, *Notas para un estudio sobre la consignación*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1982, p. 179.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996.

OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás, *Efectos que produce la obligación bilateral*, Aranzadi, Pamplona, 1983.

OLEO BANET, Fernando, *Responsabilidad del transportista por retraso en el transporte terrestre del mercancías*, Revista General de Derecho, 1996, p. 5445.

ORTI VALLEJO, Antonio, *Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1982, p. 281.

OSTI, Giuseppe, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, Rivista di Diritto Civile, 1918, p. 209.

OTTO, Nicolás S. de, *La contumacia en las antiguas leyes civiles y canónicas y en el Derecho procesal moderno*, Viuda de L. Pérez, Huesca, 1929.

PADILLA, René A., *Responsabilidad civil por mora*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio, *Dal Code Napoleón al Codice civile del 1942*, Rivista di Diritto Civile, 1993, p. 531.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985.

- *Resolución por incumplimiento e indemnización*, Anuario de Derecho Civil, 1989, p. 1143.

- *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, Centenario del Código civil (1889-1989), Asociación de profesores de Derecho civil, Tomo II, Centro de estudios R. Areces, Madrid, 1990.
- *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, Anuario de Derecho Civil, 1991, p. 1019.
- *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, Anuario de Derecho Civil, 1993, p. 1719.
- *Comentario al artículo 1.902 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.
- *Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración*, Civitas, Madrid, 1995.

PASCUAL ESTEVILL, Luis, *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1989.
- *La perturbación del derecho de crédito y las cuestiones de la imputabilidad, causalidad y tipicidad en el Derecho civil*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1989, p. 1183.
- *La responsabilidad profesional*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1991, p. 43.
- *La responsabilidad contractual*, Tomo II, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1992.
- *Derecho de daños*, Tomos I y II, Bosch, Barcelona, 1995.

PAVARIN, Giovanni, *Comentario a los artículos 2.930 a 2.933 del Codice civile italiano*, Commentario breve al Codice civile, direttori G. Cian e A. Trabucchi, dott. Antonio Milani, Padova, 1981.

PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto romano*, Volumen II, dott. Francesco Vallardi, Milano, 1947.

PIERRARD, Marie-Jeanne, *La mise en demuere et les dommages-interets compensatoires*, Juris Classeur Périodique, 45, I, 466.

PINO, Augusto, *La excesiva onerosidad de la prestación*, Bosch, Barcelona, 1959.

PINTÓ RUIZ, José J., *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios, durante el año 1957*, Revista Jurídica de Cataluña, 1958, p. 199.

- *Incumplimiento de las obligaciones civiles*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XII, Seix, Barcelona, 1965.

PLANCQUEEL, André, *Obligations de moyens, obligations de rèsultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1972, p. 334.

PLANIOL, Marcel et RIPERT, Georges, *Traitè pratique de Droit civil français, Tome VII. Obligations*, Librairie Gènèrale de Droit et de Jurisprudence, París, 1954.

PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho privado germánico*, Bosch, Barcelona, 1957.

POTHIER, Robert J., *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 1978.

PUIG BRUTAU, José, *Mora*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XVI, Seix, Barcelona, 1978.

- *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo I, Volumen II, Bosch, Barcelona, 1988.
- *Compendio de Derecho civil*, Volumen II, Bosch, Barcelona, s.f.

PUIG PEÑA, Federico, *Caso fortuito*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo III, Seix, Barcelona, 1951.

- *Compendio de Derecho civil español, Tomo III. Obligaciones y contratos*, Volumen I, Nauta, Barcelona, 1966.
- *Tratado de Derecho civil español*, Tomo IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho procesal civil II*, Bosch, Barcelona, 1986.

RAMS ALBESA, Joaquín, *Las obligaciones alternativas*, Montecorvo, Madrid, 1982.

RASI, Piero, *Esecuzione forzata. Diritto Intermedio*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XV, Giuffré, Milano, 1966.

RAVAZZONI, Alberto, *La costituzione in mora del debitore*, Giuffré, Milano, 1957.
- *Mora del debitore*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo X, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1968.
- *Mora del creditore*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo X, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1968.

RESCIGNO, Pietro, *Obbligazioni (Diritto privato). Nozioni Generali*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXIX, Giuffré, Milano, 1979.

REVERTE NAVARRO, Antonio, *Los términos de gracia en el cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

RICCI, Francisco, *Derecho Civil. Teórico y Práctico*, Tomo XIII, Librería Moderna, Caracas, 1985.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho civil según el tratado de Planiol*, Tomos IV y V, La Ley, Buenos Aires, 1956.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *En Lacruz y otros, Elementos de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1994.

ROBERTIS, Francesco M. de, *Responsabilità Contrattuale. Diritto Romano*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXXIX, Giuffré, Milano, 1988.

RODOTÁ, Stefano, *Diligenza. Diritto Civile*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XII,

Giuffré, Milano, 1964.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Sobre la cláusula penal en el Código civil*, Anuario de Derecho Civil, 1993, p. 511.

ROGEL VIDE, Carlos, *La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, Madrid, 1976.

ROMANELLI, Gustavo, *La locazione nel sistema dei contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1964, p. 239.

ROMANO, Salvatore, *Buona fede. Diritto Privato*, Enciclopedia del Diritto, Volumen V, Giuffré, Milano, 1959.

ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil*, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.

RUBINO, Domenico, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, Rivista del Diritto Commerciale, 1947, p. 55.

RUBIO TORRANO, Enrique, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1986*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, abril/agosto, 1986, nº 11.

RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil*, Tomo II, Volumen I, Reus, Madrid, 1931.

RUIZ-RICO RUIZ, José M., *Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios*, Centenario del Código civil (1889-1989), Asociación de profesores de Derecho civil, Tomo II, Centro de Estudios R. Areces, Madrid, 1990.

- *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1994*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, septiembre/diciembre, 1994, p. 905.

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, *Derecho de obligaciones I, Las obligaciones en general*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1981.

RUIZ VADILLO, Enrique, *Algunas consideraciones sobre la cláusula penal*, Revista de Derecho Privado, 1975, p. 374.

SALEILLES, Raymond, *Êtude sur la thèorie gènèrale de l'obligation*, Librairie Gènèrale de Droit et de Jurisprudence, París, 1925.

SÁNCHEZ CALERO, Francisco J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Montecorvo, Madrid, 1978.
- *Las obligaciones genéricas*, Revista de Derecho Privado, 1980, p. 644.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, Tomo IV, Madrid, 1889.

SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Comentario al artículo 1.213 del Código civil*, Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

SANTORO, Guido, *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, Contratto e Impresa, 1989, p. 1.
- *La responsabilità contrattuale. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Volumen 17, Cedam, Padova, 1992.

SANTOS BRIZ, Jaime, *Tendencias modernas en el Derecho de obligaciones*, Revista de Derecho Privado, 1960, p. 548.
- *Derecho civil. Teoría y Práctica, Tomo III, Derecho de Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

SARFATTI, Mario, *Specific Performance*, Nuovo Digesto Italiano, Tomo XII, Parte 1ª, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1940.

SARGENTI, Manlio, *Pagamento. Diritto Romano*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXXI, Giuffré, Milano, 1981.

SCAVO LOMBARDO, Luigi, *Buona fede. La Tradizione Canonistica*, Enciclopedia del Diritto, Volumen V, Giuffré, Milano, 1959.

SCOGNAMIGLIO, Renato, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 201.

SCHLESINGER, Piero, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1959, p. 1273.

SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1960.

SCHUPFER, Francesco, *Il Diritto delle obbligazioni in Italia*, Volumen I, Fratelli Bocca, Torino, 1920.

SMITH & THOMAS, *A casebook on contract*, Sweet & Maxwell, London, 1987.

SOLÉ RESINA, Judith, *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- *Arrendamiento de obras o servicios (Perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

SOTO NIETO, Francisco, *La llamada «compensación de culpas»*, Revista de Derecho Privado, 1968, p. 409.
- *Estudios jurídicos varios*, Tomo I, Montecorvo, Madrid, 1983.

SOUSI, Gérard, *La spècificité juridique de l'obligation de somme d'argent*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1982, p. 514.

STARCK, Boris, *Droit Civil. Obligations II. Contract et quasi-contract. Règime Général*, Librairies Techniques, París, 1986.

TALAMANCA, Mario, *Obbligazioni. Diritto Romano*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XXIX, Giuffré, Milano, 1979.

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

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les Obligations*, Dalloz, París, 1993.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1983.

TONDO, Marcelo, *Comentario a los artículos 1.173 a 1.217 del Codice civile italiano, Obbligazione in generale. Adempimento e mora del debitore*, Commentario teorico-pratico al Codice civile diretto da V. de Martino, Libro IV, Delle Obbligazioni, Edipem, Roma, 1970.

TORRALBA SORIANO, Orencio V., *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, Anuario de Derecho Civil, 1971, p. 1143.

TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

- *La giurisprudenza di merito insiste sulla svalutazione come danno da mora*, Rivista di Diritto Civile, 1980, p. 191.

- *Istituzioni di Diritto civile*, Cedam, Padova, 1993.

TRAVERSO, Mª Clementina, *Prevedibilità del danno*, Rivista di Diritto Civile, 1994, p. 140.

TREVES, Giuseppino, *Correttezza*, Enciclopedia del Diritto, Volumen X, Giuffré, Milano, 1962.

TRIMARCHI, Pietro, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1970, p. 512.
- *Istituzioni di Diritto privato*, Giuffré, Milano, 1983.

TRIMARCHI, Vicenzo M., *Penale per il caso di ritardo nell'adempimento e mora del debitore*, Rivista del Diritto Commerciale, 1953, p. 445.
- *Clausola penale*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo III, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1967.

TUNC, André, *Responsabilité (en Général)*, Encyclopédie Droit Civil Dalloz, Número 470, París, 1991.
- *La distinction des obligations de rèsultat et des obligations de diligence*, Juis Classeur Périodique (Semaine Juridique), 1945, I, 449.

VALCAVI, Giovanni, *Intorno al concetto di perpetuatio obligationis ed al tempo di riferimento nella stima del danno da risoluzione per inadempieza contrattuale*, Rivista di Diritto Civile, 1992, p. 385.

VALLADARES RASCÓN, Etelvina y BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentario a los artículos 1.176 a 1.181 del Código civil*, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XVI, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios varios sobre obligaciones, contratos,*

empresas y sociedades, Montecorvo, Madrid, 1980.

VALSECCHI, Emilio, *Sulla illiceità del ritardo nell'adempimento*, Rivista del Diritto Commerciale, 1963, p. 243.
- *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, Rivista del Diritto Commerciale, 1964, p. 281.

VAN CAENEGEM, R. C., *An historical introduction to private law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Obligaciones positivas*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XVIII, Seix, Barcelona, 1986.

VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995.

VINEY, Geneviéve, *Traité de Droit civil sous la direction de Ghestin, Vol. IV. Les Obligations. La Responsabilité: conditions*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1962.
- *Traité de Droit civil sous la direction de Ghestin, Vol. V. La Responsabilité: effects*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1988.

VISINTINI, Giovanna, *Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1971, p. 213.
- *Colpa e buona fede nella mora del debitore*, Rivista di Diritto Civile, 1977, p. 246.
- *Inadempimento e mora del debitore. Il Codice Civile. Commentario diretto da P. Schlesinger. Artt. 1.218-1.222*, Giuffré, Milano, 1987.

VITUCCI, Paolo, *Ogni ritardo sará considerato di scarsa importanza*, Rivista di Diritto Civile, 1988, p. 577.

VIVANTE, Cesar, *La unidad del Derecho privado en materia de obligaciones*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1925.

VOCI, Pasquale, *Esecuzione forzata. Diritto Romano*, Enciclopedia del Diritto, Volumen XV, Giuffré, Milano, 1966.

VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de Derecho romano*, Civitas, Madrid, 1988.

VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, Tomos I y II, Reus, Madrid, 1934.

WEILL, Alex et TERRÉ, François, *Droit Civil. Les Obligations*, Jurisprudence Générale Dalloz, París, 1975.

WHINCUP, Michael, *Risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale nell Diritto inglese*, Rivista di Diritto Civile, 1993, p. 111.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.
- *El perturbador artículo 1.902 del Código civil: cien años de errores*, Centenario del Código Civil (1889-1989), Asociación de profesores de Derecho civil, Tomo II, Centro de Estudios R. Areces, Madrid, 1990.

ZACCARIA, Alessio, *Comentario a los artículos 1.217 a 1.223 del Codice civile italiano*, Commentario breve al Codice civile, direttori G. Cian e A. Trabucchi, dott. Antonio Milani, Padova, 1981.

ZARRELLI, Antonio, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1969.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, Clarendon Press,

636

Oxfrod, 1992.