
La dinámica de la relación obligatoria

PID_00263361

Jesús Estruch
Rafael Verdera

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 11 horas



Jesús Estruch**Rafael Verdera**

Primera edición: febrero 2019
© Jesús Estruch, Rafael Verdera
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Diseño: Manel Andreu
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción.....	9
Objetivos.....	11
1. El cumplimiento de las obligaciones.....	13
1.1. Concepto y funciones del pago o cumplimiento	13
1.1.1. Delimitación del cumplimiento	13
1.1.2. Efectos del cumplimiento	13
1.2. Aspectos subjetivos del pago	14
1.2.1. Los sujetos del pago	14
1.2.2. Requisitos del <i>solvens</i>	14
1.2.3. Requisitos del <i>solvens</i> en las obligaciones de dar	14
1.2.4. Requisitos del <i>solvens</i> en las obligaciones de hacer y de no hacer	15
1.2.5. El deudor como <i>solvens</i>	15
1.2.6. Criterios legales sobre el pago por tercero	16
1.2.7. Requisitos del pago de tercero	16
1.2.8. Efectos del pago de tercero	16
1.2.9. La delimitación del <i>accipiens</i>	17
1.2.10. El acreedor como <i>accipiens</i>	17
1.2.11. Requisitos del <i>accipiens</i>	17
1.2.12. La autorización para el cobro	18
1.2.13. El pago en utilidad del acreedor	18
1.2.14. El pago al acreedor aparente	18
1.2.15. El pago por ingreso en cuenta corriente	19
1.3. Aspectos objetivos del pago	19
1.3.1. La exactitud del cumplimiento	19
1.3.2. Efectos de la inexactitud del cumplimiento	20
1.4. Circunstancias del pago	21
1.4.1. Circunstancias y exactitud del pago	21
1.4.2. La exigibilidad de la prestación	21
1.4.3. El vencimiento anticipado de la deuda	22
1.4.4. Cláusulas de vencimiento anticipado	22
1.4.5. Régimen normativo del lugar de cumplimiento	22
1.4.6. Criterios legales sobre el lugar de cumplimiento	22
1.5. El ofrecimiento de pago y la consignación	23
1.5.1. Posición del acreedor en el cumplimiento	23
1.5.2. La consignación como mecanismo de liberación del deudor sin colaboración del acreedor	23
1.5.3. El ofrecimiento de pago como fase previa al cumplimiento y la consignación	23

1.5.4.	Supuestos de consignación sin ofrecimiento de pago ...	24
1.5.5.	Configuración básica de la consignación	24
1.6.	Los subrogados del cumplimiento	25
1.6.1.	La categoría de los subrogados del cumplimiento	25
1.6.2.	La dación en pago	25
1.6.3.	La adjudicación en pago	26
1.6.4.	La cesión de bienes para pago	27
1.7.	La prueba y los gastos del pago	28
1.7.1.	La carga de la prueba del pago	28
1.7.2.	El recibo como prueba del pago	28
1.7.3.	Los gastos de cumplimiento	29
1.8.	La imputación de pagos	29
1.8.1.	Delimitación y régimen normativo de la imputación de pagos	29
1.8.2.	Requisitos de la imputación de pagos	30
1.8.3.	Criterios de imputación de pagos	30
1.9.	El cobro de lo indebido	30
1.9.1.	Delimitación del pago indebido	30
1.9.2.	Presupuestos del pago indebido	30
1.9.3.	Efectos del pago indebido	31
2.	Los medios de protección del crédito	32
2.1.	El control de la capacidad patrimonial del deudor	32
2.1.1.	La acción subrogatoria	32
2.1.2.	La acción pauliana o revocatoria	35
3.	La delimitación del incumplimiento	39
3.1.	Tipología del incumplimiento	39
3.1.1.	Delimitación del incumplimiento	39
3.1.2.	Perspectivas y consecuencias del incumplimiento	40
3.1.3.	Criterios rectores del incumplimiento	40
3.2.	La mora del deudor	41
3.2.1.	La delimitación de la mora del deudor	41
3.2.2.	Regulación de la mora del deudor	41
3.2.3.	Requisitos de la mora del deudor	41
3.2.4.	La mora del deudor en las obligaciones sinalagmáticas	43
3.2.5.	Efectos de la mora del deudor	43
3.2.6.	Remedios en caso de mora del deudor	44
3.3.	El cumplimiento defectuoso de la prestación	45
3.3.1.	La delimitación del cumplimiento defectuoso	45
3.3.2.	Regulación del cumplimiento defectuoso	45
3.3.3.	Remedios en caso de cumplimiento defectuoso	46
3.4.	El incumplimiento definitivo de la obligación	47
3.4.1.	La delimitación del incumplimiento definitivo de la obligación	47

4. Los remedios del acreedor frente al incumplimiento del deudor.....	52
4.1. Planteamiento general	52
4.1.1. Delimitación de la categoría	52
4.1.2. Regulación y función de los remedios	53
4.2. El cumplimiento forzoso	54
4.2.1. Delimitación y función del cumplimiento forzoso	54
4.2.2. ¿Cuándo cabe exigir el cumplimiento forzoso?	55
4.2.3. Régimen jurídico del cumplimiento forzoso	55
4.3. La indemnización de daños y perjuicios	56
4.3.1. Relación entre el incumplimiento y la indemnización de daños	56
4.3.2. Fundamento de la indemnización de daños	57
4.3.3. Delimitación y función de la indemnización de daños	57
4.3.4. Indemnización de daños por incumplimiento obligacional y responsabilidad extracontractual	58
4.3.5. Problemas básicos de la indemnización de daños	59
4.3.6. La imputación subjetiva del incumplimiento	59
4.3.7. El daño indemnizable	67
4.3.8. La extensión del daño resarcible	70
4.3.9. La modificación convencional de las reglas sobre indemnización de daños	71
4.4. La resolución del contrato	73
4.4.1. Delimitación y función de la resolución del contrato ...	73
4.4.2. Presupuestos de la resolución por incumplimiento	74
4.4.3. Ejercicio de la facultad resolutoria	75
4.4.4. Efectos de la resolución por incumplimiento	76
4.5. La reducción de la contraprestación	78
4.5.1. Delimitación y función de la reducción de la contraprestación	78
4.5.2. Presupuestos de la reducción de la contraprestación	79
4.5.3. Efectos de la reducción de la contraprestación	79
4.6. La suspensión del cumplimiento de la propia prestación	80
4.6.1. Delimitación y función de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación	80
4.6.2. Clases de suspensión del cumplimiento de la propia prestación	80
4.6.3. Presupuestos de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación	81
4.6.4. Ejercicio y eficacia de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación	81
5. Las garantías del crédito.....	83
5.1. Planteamiento general	83
5.1.1. Preliminar	83
5.1.2. Caracteres de las garantías	84

5.1.3.	Garantías personales y garantías reales	84
5.2.	La cláusula penal	84
5.2.1.	Delimitación de la cláusula penal	84
5.2.2.	Funciones de la cláusula penal	85
5.2.3.	Cuantía y moderación de la cláusula penal	86
5.3.	Las arras	87
5.3.1.	Delimitación y caracteres de las arras	87
5.3.2.	Tipos de arras	88
5.3.3.	La interpretación del pacto de arras	90
5.4.	El derecho de retención	90
5.4.1.	Delimitación y ámbito de aplicación del derecho de retención	90
5.4.2.	Efectos del derecho de retención	91
5.4.3.	El derecho de retención en el derecho catalán	91
5.5.	La fianza	92
5.5.1.	Delimitación de la fianza	92
5.5.2.	Caracteres de la fianza	93
5.5.3.	Clases de fianza	93
5.5.4.	Personas que pueden constituir una fianza	95
5.5.5.	Obligaciones que se pueden afianzar	95
5.5.6.	La constitución de la fianza	96
5.5.7.	El alcance o contenido de la obligación del fiador	96
5.5.8.	Los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor: planteamiento general	96
5.5.9.	El beneficio de excusión	97
5.5.10.	Excepciones oponibles por el fiador frente a la reclamación del acreedor	97
5.5.11.	El beneficio de división: la cofianza	98
5.5.12.	Los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador: planteamiento general	98
5.5.13.	El pago de la obligación garantizada por el fiador: el derecho de reembolso y subrogación	99
5.5.14.	Los efectos de la fianza entre los cofiadores	99
5.5.15.	La extinción de la fianza	100
5.5.16.	Fianza y cofianza solidarias	101
5.6.	Otras formas de garantía personales	102
5.6.1.	Aval o fianza a primer requerimiento o a primera demanda	102
5.6.2.	Las cartas de patrocinio o confort	102
5.6.3.	El seguro de caución	103
6.	La modificación de la relación obligatoria.....	104
6.1.	La novación modificativa y extintiva	104
6.1.1.	Régimen jurídico de la novación	105
6.2.	El cambio de acreedor	106
6.2.1.	La cesión de créditos	107
6.2.2.	La subrogación en el crédito	110

6.3.	El cambio de deudor	112
6.3.1.	La asunción de deuda	113
6.3.2.	Régimen jurídico del convenio expromisorio o expromisión	114
6.3.3.	Régimen jurídico de la delegación de la deuda	114
6.4.	La alteración sobrevinida y extraordinaria de las circunstancias contractuales: la llamada cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	115
6.4.1.	Delimitación y fundamento de la llamada cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	115
6.4.2.	Presupuestos de la llamada cláusula <i>rebus sic stantibus</i> ...	116
6.4.3.	Efectos de la llamada cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	116
7.	La extinción de la relación obligatoria	117
7.1.	Planteamiento general	117
7.1.1.	Alcance y función del artículo 1156 CC	117
7.1.2.	La muerte como causa de extinción	117
7.2.	La condonación de la deuda	118
7.2.1.	Delimitación de la condonación de la deuda	118
7.2.2.	Sujetos y objeto de la condonación	118
7.2.3.	Clases de condonación	118
7.2.4.	Supuestos de condonación en el Código civil	119
7.2.5.	Efectos de la condonación	119
7.3.	La confusión de derechos	119
7.3.1.	Delimitación y fundamento de la confusión de derechos	119
7.3.2.	Efectos de la confusión	120
7.4.	La compensación	121
7.4.1.	Delimitación y fundamento de la compensación	121
7.4.2.	Clases de compensación	121
7.4.3.	Presupuestos de la compensación legal	122
7.4.4.	Las prohibiciones de compensar	123
7.4.5.	Compensación legal y cesión de créditos	123
7.4.6.	Efectos de la compensación legal	124
7.4.7.	La compensación judicial	125
7.4.8.	La compensación voluntaria	125
7.5.	El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores	125
7.5.1.	Concurso y extinción de deudas	125
	Resumen	127
	Ejercicios de autoevaluación	129
	Solucionario	130

Introducción

En el módulo 2 se han analizado el concepto, los elementos y las circunstancias de la relación obligatoria desde un punto de vista estático, no funcional. Pero la relación obligatoria tiene un devenir que se inicia en el momento en que nace y que concluye cuando se extingue. Además, a lo largo de su existencia puede ser susceptible de modificaciones o alteraciones provocadas por las partes.

La principal causa de extinción de las obligaciones es el pago o cumplimiento exacto de la prestación. Efectivamente, si el deudor realiza la conducta debida y se ajusta por completo al programa de prestación, el interés del acreedor se verá satisfecho y el deudor quedará liberado de responsabilidad, y se extinguirá también en principio la obligación. En consecuencia, este cumplimiento exacto produce los efectos típicos que le son propios: libera al deudor, satisface al acreedor y extingue la obligación.

Pero, además del cumplimiento, nuestro ordenamiento prevé los denominados *subrogados del cumplimiento* como figuras que sustituyen al pago al producir algunos de sus efectos. Entre tales figuras cabe destacar la dación en pago, la adjudicación en pago y el pago por cesión de bienes.

Cuando el deudor no cumple de manera adecuada con su deber jurídico de prestación, se produce un supuesto de incumplimiento. El concepto de **incumplimiento** es muy amplio, y comprende tanto un incumplimiento definitivo como la mora del deudor o el cumplimiento inexacto de la prestación. Por ello, a lo largo del módulo se analizarán los distintos tipos de incumplimiento.

No obstante, el hecho de que el deudor incumpla no comportará automáticamente la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento, sino que, tras analizar las razones de dicho incumplimiento, se ofrecerá al acreedor un abanico de remedios para que active el que mejor se adecue a sus intereses.

Para propiciar que se produzca el cumplimiento o que, en caso de incumplimiento, el acreedor pueda verse protegido de forma adecuada, el ordenamiento jurídico contempla asimismo algunas garantías y medidas de protección del crédito.

Las medidas de protección van dirigidas a defender la capacidad patrimonial del deudor por dos vías básicas: haciendo ingresar en el patrimonio del deudor bienes que le corresponden y que este no reclama (**acción subrogatoria**) y permitiendo que sean objeto de agresión los bienes que han salido del patrimonio del deudor de manera fraudulenta (**acción pauliana**).

Las garantías del crédito que serán objeto de estudio en este módulo son el derecho o facultad de retención, las arras, la fianza y la pena convencional.

La relación obligatoria puede sufrir alteraciones, sin que necesariamente estas comporten su extinción. Aunque cambien el acreedor o el deudor, o sus circunstancias objetivas, la relación obligatoria puede subsistir.

Desde el punto de vista activo, el cambio de acreedor puede producirse por cesión del crédito o subrogación en el crédito, uno de cuyos ejemplos paradigmáticos es la subrogación y modificación de créditos hipotecarios. Desde el punto de vista pasivo, la asunción de deudas, la delegación pasiva y el convenio expromisorio comportan el cambio de deudor, que, como es evidente, deberá contar con el consentimiento del acreedor. Por lo general, la llamada cláusula *rebus sic stantibus* comporta también una modificación del contenido de la relación obligatoria.

Entre otras causas, la obligación se extingue por las contempladas en el artículo 1156 CC, siendo la primera de ellas el pago o cumplimiento. Además de la compensación, la confusión, la condonación de la deuda y la novación extintiva, produce efectos extintivos el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores.

Objetivos

Este módulo tiene como objetivos más destacados:

- 1.** Analizar la causa más normal de extinción de las obligaciones: el pago o cumplimiento. Se contemplan en el módulo sus requisitos subjetivos y objetivos y se exponen las reglas de imputación de pagos.
- 2.** Conocer el régimen jurídico y los efectos de las figuras sustitutivas del pago o subrogados del cumplimiento: dación en pago, adjudicación en pago y pago por cesión de bienes.
- 3.** Analizar el concepto de incumplimiento y determinar los supuestos que comprende.
- 4.** Delimitar las causas de exoneración de responsabilidad que pueden afectar al deudor.
- 5.** Conocer cuáles son los efectos del incumplimiento y su régimen jurídico.
- 6.** Conocer las garantías y medidas de protección del crédito previstas por el ordenamiento.
- 7.** Reconocer los mecanismos de transmisión del crédito, de cambio de deudor y de acreedor como ejemplos de modificación de la relación obligatoria.
- 8.** Conocer la forma de alterar la relación obligatoria sin que esta se extinga y sus límites.
- 9.** Concretar los supuestos de extinción de la obligación, que determinan la liberación del deudor aunque no haya pagado o cumplido con su deber de prestación.

1. El cumplimiento de las obligaciones

1.1. Concepto y funciones del pago o cumplimiento

1.1.1. Delimitación del cumplimiento

En un sentido jurídico, se entiende por **pago** la exacta correspondencia entre el deber jurídico que vincula al deudor y la prestación realizada. Por tanto, supone la plena coincidencia entre la prestación prevista y la prestación ejecutada.

En rigor, el artículo 1157 CC, que es el primero de los dedicados al pago, no lo define, sino que se limita a exponer cuándo se entiende producido. En los artículos 1157 CC y siguientes se emplea un concepto sumamente amplio de pago, dado que se califica como tal no solo la realización de la prestación debida (pago en sentido jurídico), sino también algunos supuestos (denominados *subrogados del cumplimiento*) que lo sustituyen y producen alguno de sus efectos (por ejemplo, art. 1175 CC). Pero es que, además, se habla de pago aunque no sea el deudor quien ejecute la prestación (por ejemplo, art. 1158 CC) o aunque no sea el acreedor quien la reciba (por ejemplo, art. 1164 CC).

1.1.2. Efectos del cumplimiento

¿Cuáles son los efectos que produce el cumplimiento de la obligación? Con carácter general, se destaca que el pago supone **la extinción de la obligación, la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor**. Sin embargo, dado que el Código civil emplea un concepto sumamente amplio de pago, no todos los casos que el Código civil considera como pago producen los mismos efectos.

Para que el pago produzca estos tres efectos (liberatorio, satisfactorio y extintivo), han de concurrir una serie de requisitos, que son subjetivos (**capacidad y legitimación de las partes**), objetivos (**identidad, integridad e indivisibilidad del objeto**) y circunstanciales (**tiempo y lugar del pago**).

Por tanto, es posible que algunos de esos efectos no se produzcan en algunos de los casos en que el Código civil habla de pago, dado que utiliza esa expresión en un sentido muy amplio.

Y también es posible que alguno de esos efectos se produzca sin que concurra realización de la prestación.

1.2. Aspectos subjetivos del pago

1.2.1. Los sujetos del pago

Aunque lo habitual sea que quien realiza la prestación debida sea el **deudor** y quien la reciba sea el **acreedor**, es posible que sean personas distintas quienes realicen o reciban la prestación. Por ello, es preferible utilizar términos más generales para identificar a los protagonistas del pago, ya que pueden ser personas distintas al deudor y al acreedor.

Se denomina *solvens* a la persona que realiza la prestación debida, sea o no el deudor. Cuando la prestación consiste en una obligación de dar, se la denomina *tradens*.

Solo el deudor está obligado al pago: al deudor le corresponde el deber de realizar la prestación y, por ello, el acreedor puede exigirle el cumplimiento. Pero puede cumplir no solo el deudor, sino cualquier persona, tenga interés en el cumplimiento de la obligación o no (art. 1158.I CC). Por tanto, la conclusión es que pueden actuar como *solvens* tanto el deudor como un tercero.

Se denomina *accipiens* a la persona que recibe el pago, sea el acreedor o no.

1.2.2. Requisitos del *solvens*

¿Qué requisitos deben concurrir en el *solvens*? El Código civil ofrece una respuesta incompleta para esta cuestión, en tanto que el artículo 1160 CC solo se ocupa de las obligaciones de dar, sin proporcionar dato alguno respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer.

1.2.3. Requisitos del *solvens* en las obligaciones de dar

Cuando se trata de obligaciones de dar, el artículo 1160 CC establece dos reglas, una general y otra referida al pago de dinero o cosa fungible.

1) Aunque el artículo 1160 CC no excluye ninguna clase de obligación de dar, parece más adecuado restringir su alcance a las obligaciones de dar en las que la entrega supone la transmisión de la propiedad u otro derecho real.

a) Como regla básica, indica que «[e]n las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla».

Por lo tanto, en el *solvens* han de concurrir dos requisitos: capacidad y poder de disposición en las obligaciones de dar. Si en el pago realizado no concurren esos requisitos, es inválido y puede repetirse.

b) Además de esa regla básica, el artículo 1160 CC prevé una regla especial para el supuesto de obligación de dar dinero o cosa fungible «si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe».

2) Cuando se trata de obligaciones de dar no traslativo (por ejemplo, la entrega de la cosa arrendada al constituir el arriendo), no se aplican los criterios del artículo 1160 CC. Ello no significa que no deba concurrir ninguna exigencia de capacidad en el *solvens*. La solución dependerá del tipo de obligación de que se trate, y de si hay razones para aplicar por analogía la regla prevista en el artículo 1160 CC.

1.2.4. Requisitos del *solvens* en las obligaciones de hacer y de no hacer

Cuando se trata de obligaciones de hacer o de no hacer, el Código civil tampoco proporciona criterio alguno en torno a la capacidad del *solvens*. Hay que tener en cuenta que, como regla general, las prestaciones de hacer y de no hacer son irrestituibles *in natura*, lo que explica la irrepitibilidad del pago. Esta irrepitibilidad del pago no excluye la posibilidad de impugnar la relación obligatoria en la que se inserta el pago, y en tal caso procede la restitución del valor que se asigne a la prestación ejecutada (art. 1307 CC).

1.2.5. El deudor como *solvens*

El pago puede ser efectuado por el deudor, en persona o a través de su representante (voluntario o legal).

El deudor es el principal legitimado para efectuar el pago y también el único obligado a él.

El deudor podrá pagar en persona o por medio de representante, salvo que la prestación debida sea personalísima, en cuyo caso no es posible la representación, dado que se tuvieron en cuenta las circunstancias especiales del deudor a la hora de constituir la obligación (art. 1161 CC).

1.2.6. Criterios legales sobre el pago por tercero

Una cuestión de especial complejidad es el **pago por tercero**. Los artículos 1158 y 1159 CC se dedican a las hipótesis en que efectúa el pago una persona distinta al deudor, y deben ser complementados por lo dispuesto en los artículos 1209 y 1210 CC.

Del artículo 1158.I CC se deduce una legitimación extraordinariamente amplia para realizar el pago «[p]uede hacer el pago cualquier persona [...]».

1.2.7. Requisitos del pago de tercero

Tercero es quien, sin tener ninguna obligación de pagar, sea frente al acreedor, sea frente al deudor, cumple de manera voluntaria una deuda ajena.

Por tanto, no son terceros ni el deudor ni su representante. El tercero debe actuar con ánimo de extinguir la obligación (es decir, con *animus solvendi*).

1.2.8. Efectos del pago de tercero

Los efectos del pago de tercero dependen de la combinación de dos elementos: por un lado, si el tercero tiene interés en la obligación o no y, por otro, la actitud del deudor y del acreedor frente a ese pago.

El abanico de efectos que puede producir el pago de tercero son la subrogación legal, la subrogación convencional, la acción de reembolso y la acción de repetición o de enriquecimiento por la utilidad.

1) Hay **subrogación legal** en dos supuestos:

a) Cuando paga un tercero y así lo determina alguna norma concreta, como en el artículo 1209 CC.

b) Cuando concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 1210 CC.

2) Hay **subrogación convencional** cuando existe acuerdo para ello entre el tercero y el acreedor, con independencia de si el tercero tiene interés en el cumplimiento de la obligación y de la actitud del deudor (arts. 1209 y 1159 CC).

3) Hay **acción de reembolso** cuando paga un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación y el deudor lo ignora (art. 1158.II CC).

4) Hay acción de repetición o de enriquecimiento por la utilidad producida cuando paga un tercero no interesado contra la expresa voluntad del deudor (art. 1158.III CC).

1.2.9. La delimitación del *accipiens*

El Código civil aborda en sus artículos 1162 a 1165 quién puede recibir el pago, es decir, el sujeto pasivo del pago. La legitimación del propio acreedor no plantea grandes problemas, ya que es la situación más habitual. Además de la legitimación del propio acreedor, el Código civil se refiere al pago por una persona autorizada para recibirlo en su nombre (art. 1162 CC), al pago hecho a un tercero en utilidad del acreedor (art. 1163.II CC) y al pago hecho a un acreedor aparente (art. 1164).

1.2.10. El acreedor como *accipiens*

El principal legitimado para recibir el pago es el acreedor, que es también la única persona que puede exigir el pago al deudor. Dado que el crédito puede transmitirse *inter vivos* o *mortis causa*, habrá que atender a quien ostente la condición de acreedor en el momento del pago. El pago puede efectuarse al propio acreedor o a su representante, ya sea legal o voluntario.

1.2.11. Requisitos del *accipiens*

La validez del pago exige que concurra cierta capacidad en el *accipiens* y que el acreedor tenga la libre disponibilidad de su crédito.

¿Qué capacidad debe ostentar el acreedor? Conforme al artículo 1163.I CC, «[e]l pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad».

De esta norma se desprenden las siguientes consecuencias:

1) Si el acreedor ostenta capacidad para administrar sus bienes, el pago es válido.

2) Si el acreedor no ostenta capacidad para administrar sus bienes, el pago solo es válido en la medida de la utilidad proporcionada al acreedor. Esta es la fórmula que emplea el artículo 1163.I CC. La utilidad del pago debe ser probada por el *solvens*. ¿Cuándo concurre esa utilidad en el pago? La hipótesis de la que parte la norma es que el acreedor recibe la prestación, por lo que no basta con que el objeto de la prestación entre en su patrimonio, sino que se requiere que el acreedor incapaz haya usado de forma adecuada la prestación o que la haya invertido prudentemente.

Además, conforme al artículo 1165 CC, «[n]o será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda».

1.2.12. La autorización para el cobro

El Código civil contiene en su artículo 1162 CC una referencia expresa al caso en que el pago no se haga a favor del acreedor, sino «a otra [persona] autorizada para recibirla en su nombre».

Esta persona se caracteriza, en sentido negativo, por no ser representante o mandatario del acreedor ni titular del crédito, por lo que no puede reclamar su cumplimiento; y en sentido positivo, se caracteriza por estar facultado para recibir el pago, que tiene efectos liberatorios y extintivos.

Ejemplo

Por ejemplo, el arrendador y el arrendatario acuerdan que, para evitar desplazamientos al arrendatario, el abono de la renta mensual de la vivienda se efectuará al vecino del rellano de esa vivienda, ya que el arrendador y el vecino trabajan en la misma empresa.

Si el pago se efectúa a la persona autorizada para recibirlo, el pago es válido y liberatorio para el deudor, con independencia de que aquella persona haga llegar la prestación al acreedor.

1.2.13. El pago en utilidad del acreedor

A diferencia de la libertad con la que se configura el pago por tercero, el pago a tercero se encuentra sometido en el Código civil a mayores exigencias. El artículo 1163.II CC establece que «[t]ambién será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor».

La clave de la validez de este pago radica en que sea útil para el acreedor. ¿Cuándo concurre esa utilidad en el pago a tercero? La doctrina señala que esa utilidad concurre cuando la prestación recibida por el tercero repercute en el acreedor proporcionándole el mismo provecho que hubiera obtenido directamente de recibirla del deudor.

1.2.14. El pago al acreedor aparente

El Código civil dedica también una atención especial al caso de pago hecho al acreedor aparente. Conforme al artículo 1164 CC, «[e]l pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito liberará al deudor».

La aplicación del artículo 1164 CC exige la concurrencia de una serie de requisitos:

- ha de tratarse de un pago,
- efectuado de buena fe, y

- a quien esté en posesión del crédito.

¿Cuáles son los efectos que produce el pago al acreedor aparente? El artículo 1164 CC ofrece una solución parcial en la medida en que solo aborda los efectos que produce ese pago desde la perspectiva del deudor. Dicho artículo subraya el efecto liberatorio de ese pago para el deudor, con lo que el verdadero acreedor ya no podrá reclamarle el pago.

1.2.15. El pago por ingreso en cuenta corriente

El Código civil no prevé el supuesto de pago por ingreso en cuenta corriente. Ha sido la jurisprudencia la que, a la vista de la frecuencia de esta situación, se ha ocupado de delimitar su encaje en las reglas del Código civil.

La cuestión fundamental es la de determinar si el ingreso por parte del deudor en una cuenta corriente del acreedor implica la existencia de un pago válido y liberatorio.

La cuestión no plantea duda alguna cuando esta forma de pago ha sido prevista por acreedor y deudor. Aun a falta de pacto (expreso o tácito), la jurisprudencia admite la validez del pago mediante ingreso en cuenta corriente, por cuanto, conforme a los usos del tráfico, la apertura de una cuenta corriente supone una autorización al banco para recibir pagos a favor del titular de la cuenta, y por cuanto el pago en cuenta corriente redunda inmediatamente en utilidad del propio acreedor.

1.3. Aspectos objetivos del pago

1.3.1. La exactitud del cumplimiento

Para que el pago desarrolle plenamente sus funciones (extintiva, satisfactoria y liberatoria), no solo es necesario que concurren los requisitos subjetivos ya expuestos, sino que además debe existir una coincidencia entre la prestación debida y la prestación ejecutada.

La coincidencia entre el denominado *programa obligacional* y la prestación realizada se sintetiza en la idea de exactitud del pago. Esa exigencia ya aparece en el artículo 1157 CC, cuando indica que «[n]o se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía».

Ejemplo

Por ejemplo, debían entregarse cien jamones de Jabugo, y el día de la entrega se pretende entregar cien jamones de Teruel; o en lugar de cien jamones de Jabugo, se quiere entregar ochenta y cinco.

La inexactitud de la prestación realizada faculta al acreedor para negarse a su recepción. La valoración de si la prestación es exacta o no prescinde de la culpa del deudor. La aplicación de la exigencia de exactitud no se modula en función de si el deudor sabe, ignora o hubiera debido saber que la prestación era inexacta.

La noción de exactitud en el pago se descompone en tres ideas complementarias, y no siempre fáciles de deslindar con claridad: **la integridad, la identidad y la indivisibilidad del pago.**

1) La integridad del pago. La integridad del pago supone que el acreedor tiene la facultad de exigir que la prestación se realice por entero o completamente (art. 1157 CC). La integridad del pago hace referencia al aspecto cuantitativo de la exactitud de la prestación. Así pues, se exige que la prestación ejecutada comprenda todo el contenido de la prestación debida.

2) La identidad del pago. La identidad del pago significa que el deudor tiene que entregar o hacer lo mismo a que se hubiera comprometido y no otra cosa. La identidad tiene que ver con la naturaleza o sustancia de la prestación (a diferencia de la integridad, que se refiere a su cuantía).

La prestación ejecutada ha de ser idéntica a la programada. El deudor no puede cambiarla por su sola voluntad por otra, ni siquiera aunque tenga mayor valor (art. 1166 CC).

3) La indivisibilidad del pago. La indivisibilidad del pago supone que la prestación no se puede fraccionar sin el consentimiento del acreedor, quien no queda obligado a recibir un pago parcial. El artículo 1169 CC aborda la cuestión: en su párrafo primero recoge la regla general y, en el segundo, una excepción.

Con toda claridad, el artículo 1169 CC es una norma dispositiva. Las partes pueden pactar la divisibilidad del cumplimiento, ya sea expresa o tácitamente.

1.3.2. Efectos de la inexactitud del cumplimiento

¿Cuáles son las consecuencias de la inexactitud de la prestación realizada? No puede establecerse una regla universal para cualquier supuesto de disconformidad objetiva entre la prestación prevista y la prestación realizada. Esa disconformidad entraña un incumplimiento de la obligación. Los mecanismos jurídicos (remedios frente al incumplimiento) varían, como veremos, en función de cuál sea la «inexactitud» del cumplimiento.

Principio de indivisibilidad

El párrafo segundo del artículo 1169 CC prevé una excepción al principio de indivisibilidad del pago cuando la deuda tenga una parte líquida y otra ilíquida. La norma pretende proteger al acreedor y evitar que el deudor se ampare en la falta de liquidez de parte de la deuda para retrasar su cumplimiento.

Obviamente, la falta de exactitud puede ser tolerada y aceptada por el acreedor, puesto que nada impide que acepte de forma consciente una prestación inexacta. Por ello, si el acreedor acepta sin protestas ni reservas una prestación que manifiestamente es inexacta (por ejemplo, entrega de un coche amarillo en lugar del rojo acordado) o cuya inexactitud debería haber conocido, de actuar con la diligencia exigible, la obligación ha de entenderse extinguida por cumplimiento (art. 1166 CC).

Para evitar esta consecuencia, el acreedor debe rechazar la prestación.

1.4. Circunstancias del pago

1.4.1. Circunstancias y exactitud del pago

Para que pueda hablarse de **cumplimiento**, no solo se requiere que se verifiquen unos aspectos subjetivos y objetivos; es también necesario que la prestación se realice de conformidad con las exigencias de tiempo y lugar de cumplimiento.

Por lo que se refiere al tiempo de cumplimiento, se ha de poner de manifiesto la diferencia entre el tiempo de la relación obligatoria y el tiempo de cumplimiento. Mientras el **tiempo de la relación obligatoria** determina el periodo temporal durante el cual se mantiene vigente el vínculo obligatorio, el **tiempo de cumplimiento** determina el periodo o el momento en que debe producirse la realización de la prestación debida: por tanto, es un factor que contribuye a verificar la exactitud del cumplimiento y es el que ahora interesa.

1.4.2. La exigibilidad de la prestación

Con carácter general, si nada se ha convenido ni resulta de la naturaleza de la prestación debida, la obligación será «desde luego» (art. 1113.I CC) exigible. Esto significa que si la obligación no es condicional y no está sometida a un plazo, el acreedor puede exigir que se cumpla inmediatamente después de su constitución.

Este criterio general se matiza cuando la exigibilidad inmediata de la obligación resulta incompatible con el criterio de buena fe, o resulta contraria a los presupuestos y voluntad implícita de las partes (art. 1128.I CC).

El término de cumplimiento se presume establecido en beneficio del acreedor y del deudor, como se desprende del artículo 1127 CC. De este modo, el acreedor no puede exigir el cumplimiento antes de la llegada del término, pero el deudor no puede realizar el pago antes contra la voluntad del acreedor por la misma razón; en consecuencia, el pago solo puede anticiparse por acuerdo de las partes.

1.4.3. El vencimiento anticipado de la deuda

Finalmente, el artículo 1129 CC permite en determinados supuestos un vencimiento anticipado de la deuda (o una anticipada exigibilidad del crédito). Se trata de una medida tendente a una tutela más eficaz de la efectividad del derecho de crédito ante la concurrencia de circunstancias que ponen en peligro ese derecho. Se identifican supuestos en los que concurre una pérdida sobrevenida de la confianza del acreedor en los que el deudor cumplirá cuando llegue el término ante una situación patrimonial objetiva que lo compromete.

1.4.4. Cláusulas de vencimiento anticipado

Además de los supuestos legales, el vencimiento anticipado puede obedecer a un pacto entre las partes. La jurisprudencia considera que el artículo 1129 CC tiene carácter dispositivo, por lo que las partes pueden incluir cláusulas de vencimiento anticipado de la obligación distintas a las previstas en esa norma. En principio, estos pactos son válidos al amparo del artículo 1255 CC, siempre que no quede el vencimiento al arbitrio de uno de los contratantes (contra lo dispuesto en el artículo 1256 CC) y que exista justa causa objetiva que lo justifique.

Cláusulas de vencimiento anticipado

Las cláusulas de vencimiento anticipado se someten a un régimen especial en los casos de contratación con consumidores.

1.4.5. Régimen normativo del lugar de cumplimiento

El Código civil contiene una norma relativa al lugar de cumplimiento de la prestación, que es el artículo 1171 CC.

En cualquier caso, el contenido del artículo 1171 CC es dispositivo: las partes pueden modificar sus criterios, dado que el primer criterio es el pacto entre las partes.

Los criterios legales del artículo 1171 CC entran en juego a falta de otra norma más específica: por ejemplo, artículo 1500 CC, sobre el lugar del pago del precio en la compraventa; artículo 1774 CC, sobre el lugar en que ha de devolverse la cosa depositada; o artículo 17.3 LAU, sobre el lugar del pago de las rentas en el arrendamiento de vivienda.

1.4.6. Criterios legales sobre el lugar de cumplimiento

Aunque los criterios del artículo 1171 CC están pensados para las obligaciones contractuales de dar, se aplican a todas las obligaciones, con independencia de su fuente y su contenido.

1) La designación del lugar de pago (art. 1171.I CC) puede hacerse mediante convenio entre las partes, mediante una cláusula en el propio contrato o mediante un convenio autónomo (especialmente útil cuando la obligación no es contractual). Y puede ser expresa o tácita.

2) El pago en el lugar donde se encuentra la cosa (art. 1171.II CC) requiere que no sea de aplicación el artículo 1171.I CC (es decir, que no haya pacto sobre lugar del pago) y que la obligación consista en entregar una «cosa determinada».

3) El pago en el domicilio del deudor es el tercer criterio que proporciona el artículo 1171 CC. Dado que se aplica a todos los casos en que no se ha pactado el lugar de cumplimiento ni exista cosa determinada por entregar, constituye en realidad la regla general.

1.5. El ofrecimiento de pago y la consignación

1.5.1. Posición del acreedor en el cumplimiento

Una de las cargas características de la posición que ocupa el acreedor en la relación obligatoria es la de colaborar con el deudor para que pueda ejecutar la prestación.

En determinadas situaciones, la falta de colaboración del acreedor, sea deliberada, sea involuntaria, en el pago aboca al deudor que desea cumplir a una posición delicada. Sin la colaboración del acreedor no puede cumplir y, mientras no cumpla, la obligación no se extingue ni él queda liberado.

1.5.2. La consignación como mecanismo de liberación del deudor sin colaboración del acreedor

El cumplimiento no puede quedar en manos del acreedor y, por ello, se establece un procedimiento para que, en los casos en que la colaboración se revela necesaria para el cumplimiento, el deudor pueda liberarse sin la voluntad del acreedor.

Este procedimiento es la **consignación**, que produce efectos extintivos de la obligación y efectos liberatorios para el deudor, aunque no puede decirse que implique la satisfacción del interés del acreedor.

1.5.3. El ofrecimiento de pago como fase previa al cumplimiento y la consignación

Para que pueda producirse la consignación, el deudor debe ofrecer el pago al acreedor (el «ofrecimiento de pago» al que se refiere el artículo 1176.I CC).

El simple ofrecimiento de pago no equivale a cumplimiento, pues no se ha realizado la completa prestación debida. El principal efecto del ofrecimiento injustamente rechazado radica en que faculta al deudor para acudir a la consignación y, así, liberarse de la deuda. Pero también produce otros efectos:

- Evita que la conducta del deudor pueda ser calificada de incumplimiento y que el deudor incurra en mora.
- Afecta también a los intereses que debe abonar el deudor. Claramente, se excluye el abono de intereses moratorios, y es más dudoso si debe seguir abonando los compensatorios.
- Coloca al acreedor en mora.
- Es causa de interrupción de la prescripción (art. 1973 CC) y supone renuncia a la prescripción ganada (art. 1935.II CC).

El deudor solo podrá consignar si el acreedor se niega sin razón a admitir el pago (art. 1176.I CC). El rechazo del acreedor podrá ser expreso o tácito.

1.5.4. Supuestos de consignación sin ofrecimiento de pago

El artículo 1176.II CC prevé diversos supuestos en los que el deudor puede proceder a la consignación sin necesidad de que exista previo ofrecimiento de pago.

1.5.5. Configuración básica de la consignación

¿Cuáles son las prestaciones susceptibles de consignación? El Código civil no precisa su ámbito, pero los artículos 1176.I, 1177.I y 1178 CC aluden a la «cosa[s] debida[s]», y el artículo 1180.II CC, a la «cosa o cantidad» consignada, por lo que es evidente que están pensando en prestaciones de dar.

Conforme al artículo 1177.II CC, «[p]ara que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación».

La consignación debe cumplir las exigencias de exactitud de la prestación. Así lo dispone el artículo 1177.II CC, en cuya virtud «[l]a consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago».

Conforme al artículo 1179 CC, «[l]os gastos de la consignación, cuando fuere procedente, serán de cuenta del acreedor».

El criterio es lógico, porque el deudor se ve obligado a consignar por la falta de colaboración del acreedor.

¿Qué efectos produce la consignación? Con rotundidad, dice el artículo 1176.I CC que «el deudor quedará libre de responsabilidad». A la misma idea responde la primera frase del artículo 1177.I CC.

La consignación

La consignación es un acto de jurisdicción voluntaria que se rige por las normas generales de los artículos 98 y 99 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, cuando se efectúa ante un órgano judicial; y artículo 69 LN, cuando se efectúa ante notario.

Conforme al artículo 1180.II CC, mientras la consignación no sea aceptada por el acreedor o el juez no declare que está bien hecha, «el deudor podrá retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación». Ello demuestra que la consignación (y su efecto extintivo) no se ha producido todavía antes de la aceptación del acreedor o de esa declaración judicial.

Finalmente, «[s]i, hecha la consignación, el acreedor autorizase al deudor para retirarla, perderá toda preferencia que tuviere sobre la cosa. Los codeudores y fiadores quedarán libres» (art. 1181 CC).

1.6. Los subrogados del cumplimiento

1.6.1. La categoría de los subrogados del cumplimiento

Por influencia germánica, se suele hablar de **subrogados o sustitutos del cumplimiento** para identificar aquellas situaciones, diferentes a la realización de la prestación debida, que permiten desplegar todas las funciones del pago (extintiva, liberatoria y satisfactiva) o algunas de ellas.

Por tanto, se trata de situaciones que no son estrictamente cumplimiento (no son concreción del programa obligacional previsto), pero desempeñan funciones equivalentes a las del cumplimiento.

1.6.2. La dación en pago

La **dación en pago** consiste en la realización de una prestación distinta a la debida (*aliud pro alio*), aceptada por el acreedor con los mismos efectos que el pago.

Aunque por su terminología la dación en pago parece referirse a las prestaciones de dar, en realidad tanto la prestación debida como la finalmente ejecutada por el deudor pueden ser de dar, hacer o no hacer o una combinación de ellas.

La dación en pago carece de regulación en nuestro Código civil, aunque se la menciona de forma aislada en algunos preceptos (arts. 1521, 1536, 1636 y 1849 CC). Su fundamento se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y en las previsiones del artículo 1166 CC.

¿Cuáles son los rasgos característicos de la dación en pago? Doctrina y jurisprudencia la perfilan cuando concurren tres elementos:

Dación en pago

Por ejemplo, Carlota, que debe diez mil euros a María, acuerda con esta que, en lugar de esa suma, le entregará en pago de la deuda un collar de perlas que perteneció a su abuela y un bargueño del siglo XVI. Con la entrega del collar y del bargueño se extingue la deuda de Carlota.

1) Ejecución de una prestación distinta de la debida (*aliud pro alio*). Es irrelevante el valor de una prestación y otra.

2) Consentimiento del acreedor al cambio sobrevenido de prestación. Como se desprende del artículo 1166 CC, solo con el consentimiento del acreedor puede cumplir el deudor ejecutando una prestación distinta a la debida.

3) Extinción de la obligación como consecuencia de la ejecución de la nueva prestación (efecto *pro soluto*). En este punto radica la diferencia esencial con el pago por cesión de bienes (art. 1175 CC), que tiene eficacia *pro solvendo*.

¿Qué efectos produce la dación en pago? Si el deudor realiza la nueva prestación, se producen los efectos típicos del pago: **se extingue la obligación, se libera al deudor y se satisface al acreedor.**

Si la nueva prestación consiste en la entrega traslativa de una cosa, implica un cambio de titularidad: quien recibe la *datio* se convierte en nuevo propietario de esa cosa.

Dos cuestiones han merecido una especial atención en orden a los efectos de la dación en pago: la **posibilidad de evicción** y la **pervivencia de las garantías**.

En cuanto a la **evicción**, se plantea qué sucede si un tercero reivindica la cosa entregada en pago por el deudor al acreedor, alegando un derecho anterior a la dación, y dicho tercero triunfa en su pretensión frente al acreedor. ¿Revive la antigua prestación o deben aplicarse las normas sobre evicción, derivadas de la compraventa? La doctrina considera que la aplicación de las reglas de la compraventa amplía la protección del acreedor (artículo 1478 CC).

Conforme al artículo 1849 CC, «[s]i el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador».

Aunque el Código civil se limita a hablar de la fianza, es lógico pensar que la misma suerte deben correr las otras garantías que se conectaban con la prestación originaria.

1.6.3. La adjudicación en pago

La Ley de enjuiciamiento civil establece expresamente diversos supuestos de adjudicación en pago de bienes al acreedor, en los que la autoridad judicial da por extinguido un crédito o una parte de él, y transfiere al acreedor la propiedad de una cosa (arts. 650.4, 651, 670.4 y 671 LEC).

¿En qué se diferencia la adjudicación en pago de la dación en pago? La adjudicación en pago requiere que una autoridad, sea judicial o no, en cumplimiento de un precepto legal, supla la voluntad individual, dando por extinguido un crédito o parte de él, y transfiera al acreedor la propiedad de la cosa. A diferencia de la dación en pago, la adjudicación lleva consigo una valoración previa de los bienes que se adjudican.

1.6.4. La cesión de bienes para pago

Mediante la cesión de bienes para pago, el deudor cede todos sus bienes o parte de ellos a sus acreedores, para que estos procedan a administrarlos y liquidarlos, satisfaciendo sus créditos con el importe obtenido por su enajenación. Como regla general, la extinción de los créditos se produce en función del importe obtenido por la enajenación de los bienes del deudor.

Por ejemplo, Cristina, que debe cien mil euros a Almudena y Ana, las autoriza a vender sus tres fincas de naranjos para cobrar sus deudas. Si Almudena y Ana venden las fincas de naranjos por noventa mil euros, Cristina continuará debiéndoles diez mil euros. Si las venden por cien mil euros, la deuda queda saldada. Y si las venden por ciento veinte mil euros, deberán entregar a Cristina veinte mil euros.

La figura se encuentra recogida en el artículo 1175 CC, conforme al cual: «[e]l deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del Título XVII de este Libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El artículo 1175 CC apunta a una distinción entre una cesión de bienes judicial y una cesión de bienes convencional, pero se limita a mencionar la primera y a remitirse a otros textos legales, identificables hoy con la Ley concursal (arts. 98 y sigs. LC y, en particular, artículo 100.3 LC).

Una cuestión de enorme importancia práctica es la de distinguir entre la dación en pago y la cesión de bienes para pago. La relevancia de la distinción radica en que los efectos de una figura y otra son completamente diferentes y sitúan al acreedor y al deudor en una posición distinta en cuanto a la extinción de la obligación y a las repercusiones de las operaciones sobre los bienes cedidos.

Por ejemplo, Teresa, que debe quince mil euros a Mónica, le entrega su coche.

1) Al cabo de una semana, Mónica vende ese coche por diez mil euros. Si se trata de dación en pago, la deuda de quince mil euros quedó saldada con la entrega del vehículo y Mónica ya no puede reclamar nada a Teresa. Si se trata de cesión de bienes para pago, la deuda solo se extinguiría en función del importe de la venta, con lo que Teresa todavía debe cinco mil euros a Mónica en este supuesto.

2) Al cabo de una semana, Mónica vende ese coche por dieciocho mil euros. Si se trata de dación en pago, la deuda de quince mil euros quedó saldada con la entrega del vehículo y Teresa no puede reclamar a Mónica la diferencia entre el precio de venta y la deuda. Si se trata de cesión de bienes para pago, la deuda se extingue en función del importe de la venta, y Teresa podrá reclamar tres mil euros a Mónica.

La calificación de una entrega de bienes como dación en pago o como cesión de bienes para pago depende de la interpretación del negocio que la origina (arts. 1281 y sigs. CC). Un dato revelador de la existencia de cesión para pago se encuentra en el otorgamiento de un poder del deudor en favor de sus acreedores.

El contrato de cesión de bienes no transmite la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores cesionarios, sino su posesión. Como consecuencia de ello, los acreedores disponen de un poder de gestión sobre esos bienes, que se traduce en facultades de administración y de liquidación. La liquidación debe llevarse a cabo del modo que los acreedores estimen conveniente para obtener el máximo rendimiento de los bienes, pero la venta no tiene que hacerse necesariamente en subasta pública.

La cesión de bienes al acreedor no provoca *per se* la extinción de la obligación. La cesión es *pro solvendo*, y no *pro soluto*, por lo que la extinción solo se producirá cuando, tras la liquidación de los bienes, se satisfaga la deuda.

Si con la liquidación se obtiene una cantidad superior al importe de los créditos, los acreedores cesionarios se cobran sus créditos y devuelven el remanente al deudor.

Si con la liquidación no se obtiene una cantidad superior al importe de los créditos, el dinero obtenido se aplica al pago de dichos créditos. El modo de asignación (por igual, a prorrata, o por clases) dependerá de lo pactado. Salvo pacto en contrario, como indica el artículo 1175 CC, la cesión extrajudicial solo extingue las deudas y libera al deudor en las cantidades finalmente pagadas.

1.7. La prueba y los gastos del pago

1.7.1. La carga de la prueba del pago

Con carácter general, el Código civil no contiene ninguna regla relativa a la prueba del cumplimiento de las obligaciones.

La prueba del pago ya efectuado interesará al deudor frente a la reclamación del acreedor.

1.7.2. El recibo como prueba del pago

Una mención especial merece el recibo como mecanismo para acreditar el pago. El Código civil tampoco lo regula (a diferencia del artículo 17.4 LAU), aunque alude a él en diversos preceptos (por ejemplo, artículos 1110 o 1172 CC).

Acreditación del pago

El pago se puede acreditar por cualquiera de los medios admitidos en derecho, enumerados en el artículo 299 LEC.

Se entiende por **recibo** el documento firmado por el acreedor o marcado con su sello comercial por el que se declara haber recibido la prestación debida.

El recibo puede ser un documento autónomo o puede incorporarse a un documento elaborado con otra finalidad (como un albarán o una factura).

Aunque el Código civil no impone al acreedor la obligación de entregar recibo del pago, esa obligación puede extraerse de los usos del tráfico y de la buena fe. ¿Qué sucede si el acreedor se niega a expedir recibo? Aunque en rigor ello no suponga rechazo de la propia prestación, es evidente que el deudor queda en una situación delicada si no se le proporciona justificante de pago. Por ello, se considera que la negativa a dar recibo debe equipararse al rechazo a recibir la prestación. En consecuencia, el acreedor se constituye en mora (*mora creditoris*) y el deudor podrá acudir a la consignación para liberarse (arts. 1176 y sigs. CC).

1.7.3. Los gastos de cumplimiento

La realización de la prestación debida puede ocasionar gastos distintos al propio valor de la prestación. Debe determinarse quién asume esos gastos adicionales, necesarios para la correcta ejecución de la prestación.

La cuestión es abordada por el artículo 1168 CC, conforme al cual «[l]os gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor. Respecto de los judiciales, decidirá el Tribunal con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil».

1.8. La imputación de pagos

1.8.1. Delimitación y régimen normativo de la imputación de pagos

No es infrecuente que entre un mismo acreedor y un mismo deudor concurra una pluralidad de deudas. Las vicisitudes de esas obligaciones pueden ser absolutamente independientes unas de otras. Pero en ocasiones esa concurrencia de relaciones entre los mismos sujetos puede plantear problemas cuando una misma prestación se puede considerar como cumplimiento de varias de esas deudas.

Por ejemplo, Susana, que es decoradora profesional, asesora a Amparo en la reforma integral de su piso. Susana vende a Amparo unas lámparas por dos mil quinientos euros; más tarde, cambia la tapicería del sofá de Amparo por 2.832 euros y le vende unos cuadros por cinco mil; finalizada la reforma, indica a Amparo que, por su asesoramiento, debe percibir otros cuatro mil. Amparo entrega a Susana diez mil euros. ¿Cuál de esas deudas debe considerarse pagada?

Las normas sobre imputación de pagos, que se encuentran contenidas en los artículos 1172 a 1174 CC, son reglas establecidas por el ordenamiento jurídico para resolver el problema de determinar cuál de las deudas debe entenderse cumplida en el caso de que un deudor tenga frente al mismo acreedor una pluralidad de deudas homogéneas.

1.8.2. Requisitos de la imputación de pagos

Para que pueda plantearse una imputación de pagos, conforme al artículo 1172 CC, es necesario que un deudor esté obligado a ejecutar varias prestaciones a favor de un solo acreedor, y que esas prestaciones sean homogéneas («de una misma especie», dice el Código civil).

Aunque el Código civil nada indica al respecto, la doctrina y la jurisprudencia requieren, con carácter general, que las deudas estén vencidas y sean exigibles.

1.8.3. Criterios de imputación de pagos

Los criterios de imputación de pagos previstos en el Código civil tienen carácter dispositivo.

El primer criterio de imputación es la voluntad del deudor, limitada por el alcance del artículo 1173 CC. Si el deudor no efectúa la imputación, puede hacerla el acreedor con el recibo (art. 1172.II CC). Si ni el deudor ni el acreedor han manifestado su voluntad, el artículo 1174.I CC se inclina por la imputación a la deuda más onerosa. Y si todas las deudas son «de igual naturaleza y gravamen», el pago se imputa a todas a prorrata (art. 1174.II CC).

1.9. El cobro de lo indebido

1.9.1. Delimitación del pago indebido

Como complemento de la regulación del pago, el Código civil aborda en los artículos 1895 a 1901 CC la regulación del pago de lo indebido. Se ofrece una respuesta normativa a aquellos supuestos en los que se produce la recepción de una cosa que no hay derecho a cobrar y que ha sido indebidamente entregada por error, sin que concurriera en la entrega del *solvens* ánimo de liberalidad o alguna otra justa causa. Esta recepción obliga al *accipiens* a restituir al *solvens* lo indebidamente pagado.

Por tanto, se trata de un supuesto de hecho que genera, sin que exista previo convenio entre las partes de la relación obligatoria, el surgimiento de una obligación a cargo del *accipiens* (arts. 1089 y 1887 CC). El Código civil sitúa la regulación del pago indebido entre los cuasicontratos, aunque no extrae especiales consecuencias normativas de esta ubicación.

1.9.2. Presupuestos del pago indebido

¿Cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que pueda prosperar una acción de repetición de lo abonado indebidamente?

1) Prestación realizada por el *solvens* con *animus solvendi*. Aunque el Código civil está pensando en una prestación de dar, también se puede aplicar la regulación del cobro de lo indebido a prestaciones de hacer o de no hacer.

2) Inexistencia de vínculo obligatorio entre *solvens* y *accipiens* relativo a la prestación realizada. El pago efectuado no es un pago debido («que no había derecho a cobrar» [artículo 1895 CC]).

3) Error del *solvens*. El *solvens* paga en la equivocada creencia de que está cumpliendo una obligación propia, y no por liberalidad o por otra causa justa. El error puede ser de hecho o de derecho. Y no se requiere que sea excusable: si se exigiera que fuera excusable, la negligencia acabaría por beneficiar al *accipiens* sin razón alguna.

Una vez demostrado que el pago no se efectuó *solvendi causa*, el *accipiens* puede excluir la restitución si acredita que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa.

1.9.3. Efectos del pago indebido

¿Qué efectos produce un cobro de lo indebido? Hay que establecer cómo debe articularse la acción dirigida a la restitución de lo indebidamente pagado.

En cuanto a la legitimación activa, corresponde al *solvens*, es decir, a quien efectuó el pago. Y en cuanto a la legitimación pasiva, corresponde al *accipiens*, es decir, a quien recibió el pago, sea mediata, sea inmediatamente.

En cuanto al objeto de la pretensión, el Código civil impone, en primer lugar, la obligación fundamental de restituir lo indebidamente entregado (art. 1895 CC), pero además distingue entre *accipiens indebiti* de buena y de mala fe.

- 1) Cuando el *accipiens* es de buena fe, debe acudir al artículo 1897 CC.
- 2) Cuando el *accipiens* es de mala fe, debe acudir al artículo 1896 CC.

En caso de mala fe, nos alejamos del campo del enriquecimiento injusto para entrar de lleno en el del resarcimiento de daños y perjuicios, recogido en el artículo 1902 CC. Es más: resulta difícil encajar el supuesto del artículo 1896 CC en la noción de cuasicontrato, porque no puede calificarse la actuación del *accipiens* de lícita.

Prescripción de la acción

En cuanto a la prescripción de la acción, la jurisprudencia considera que el plazo aplicable es el general de las acciones personales (art. 1964 CC).

2. Los medios de protección del crédito

2.1. El control de la capacidad patrimonial del deudor

Entre las facultades que ostenta el acreedor se encuentra la de asegurar la efectividad de su derecho de crédito con acciones dirigidas a controlar la gestión patrimonial de su deudor. El patrimonio del deudor constituye la principal garantía de satisfacción del interés del acreedor, pues ante la falta de cumplimiento voluntario por parte del deudor de sus obligaciones podrá dirigirse contra su patrimonio para obtener coactivamente lo debido. En la medida en que el patrimonio de su deudor constituye el ámbito donde se proyecta su responsabilidad (art. 1911 CC), es evidente el interés del acreedor por evitar que determinados actos del deudor afecten a ese patrimonio y pongan en peligro el éxito de las reclamaciones del acreedor.

Las acciones básicas que con esta finalidad ofrece el ordenamiento jurídico español son la **acción subrogatoria** y la **acción pauliana**, que se encaminan a conservar o lograr la solvencia del deudor.

2.1.1. La acción subrogatoria

Delimitación y caracteres de la acción subrogatoria

Entre los mecanismos de defensa de la capacidad patrimonial de su deudor se encuentra la posibilidad de que el acreedor reaccione frente a los actos perjudiciales de este que consistan en su mera inactividad o pasividad.

Así resultará, por ejemplo, cuando el deudor tenga derecho a exigir una determinada suma de dinero a un tercero y no lo haga, con lo que ese dinero no ingresará en su patrimonio.

Para proteger a los acreedores en los casos de inactividad o desidia del deudor, el ordenamiento jurídico les ha concedido la denominada **acción subrogatoria**, que les confiere una legitimación extraordinaria para, en su propio nombre e interés, ejercitar todos los derechos y las acciones que tenga su deudor y, en consecuencia, poder reclamar a un tercero los bienes o derechos que ese tercero deba entregar a su deudor. Si la acción subrogatoria tiene éxito, los bienes y derechos reclamados por el acreedor incrementarán el patrimonio de su deudor.

La acción subrogatoria viene reconocida en el artículo 1111 CC, al disponer que «[l]os acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuando se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona».

El precepto señala que el acreedor podrá interponer la acción subrogatoria «después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuando se les debe» y no haber obtenido resultado satisfactorio, de lo que se deduce que la acción subrogatoria es siempre subsidiaria, aunque el alcance de esa exigencia ha sido matizado por la jurisprudencia.

Requisitos para el ejercicio de la acción subrogatoria

Para el ejercicio de la acción subrogatoria, el artículo 1111 CC exige que antes el acreedor haya perseguido de manera infructuosa los bienes de que esté en posesión el deudor. Por tanto, parece que para admitir el ejercicio de la acción subrogatoria el legislador exigiera un previo proceso de ejecución en el que el acreedor hubiera perseguido esos bienes de su deudor sin obtener resultado. Sin embargo, la jurisprudencia ha relativizado esta hipotética exigencia de forma extraordinaria.

Objeto de la acción subrogatoria

El artículo 1111 CC establece en términos muy amplios el posible objeto de la acción subrogatoria, al señalar que los acreedores podrán ejercitar «todos los derechos y acciones» de su deudor «excepto los que sean inherentes a su persona».

Por lo tanto, los acreedores van a poder hacer efectivas todas las posibilidades jurídicas que tenga en su patrimonio el deudor y que redunden en beneficio de este, salvo las inherentes a su persona.

La única excepción es la que constituyen las acciones y derechos que sean inherentes a la persona del deudor, expresión que no resulta fácil de precisar.

Efectos de la acción subrogatoria

El efecto de la estimación de una acción subrogatoria es incrementar el patrimonio del deudor. Es decir, el acreedor que interpuso la acción subrogatoria no puede obtener directamente en ese proceso lo que le debe el deudor, sino que el resultado de la acción subrogatoria ingresará en el patrimonio del deudor y, una vez en este patrimonio, el acreedor deberá ejercitar su derecho al cobro de lo que se le deba.

Por ello, el acreedor que interponga la acción subrogatoria frente al tercero no debe limitar su reclamación a solicitar lo que el deudor le deba, sino que deberá solicitar todo lo debido por el tercero a su deudor.

Una vez ingresado el resultado obtenido por el ejercicio de la acción subrogatoria en el patrimonio del deudor, el acreedor que la interpuso no tiene ninguna preferencia para el cobro ni ningún privilegio respecto de los otros acreedores del deudor que no interpusieron la acción subrogatoria, por lo que podría suceder que finalmente fueran los acreedores que no interpusieron la acción subrogatoria los que más (o, incluso, los únicos) que se beneficien de su ejercicio, al ser titulares de créditos preferentes.

En este supuesto, lo único que podría reclamar el acreedor que hubiera interpuesto la acción subrogatoria es que los acreedores beneficiados contribuyeran o le reintegraran los gastos que se hubieran derivado del procedimiento judicial.

Así, es fácil pensar que en ocasiones el ejercicio de la acción subrogatoria podría no ser aconsejable para un determinado acreedor, máxime cuando es posible para cualquier acreedor solicitar directamente el embargo del crédito de su deudor, incluso como medida cautelar previa a la interposición de la demanda contra este (art. 727.1 LEC).

Diferencias entre la acción subrogatoria y la acción directa

Como se observa, la acción subrogatoria, que es una acción indirecta u oblicua, se diferencia sustancialmente de las llamadas **acciones directas**, en las que, en determinados casos, el ordenamiento jurídico permite a un acreedor dirigirse contra el deudor de su deudor (*debitor debitoris*) y exigirle que le pague a él directamente el crédito (arts. 1552, 1597 y 1722 CC).

Por ejemplo, Aniceto encarga a Valentín que le construya una caseta de madera para su jardín por mil doscientos cincuenta euros, aplazando el pago. Valentín adquiere la madera a Leonor por cuatrocientos euros. Si Valentín no paga a Leonor, esta puede dirigirse contra Aniceto, en tanto Aniceto adeude alguna cantidad a Valentín.

La acción directa se configura como una excepción al principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), en la medida en que permite al acreedor ejercer el crédito contra quien no es su deudor. Es dudoso que las previsiones específicas del Código civil puedan extenderse analógicamente a otros supuestos.

El ejercicio de la acción directa, que puede ser tanto judicial como extrajudicial, no requiere acreditar la insolvencia del deudor (así pues, no es de ejercicio subsidiario). El acreedor ejercita su propio derecho y no el de su deudor. Sus efectos repercuten de modo directo en el patrimonio del acreedor, sin pasar por el patrimonio del deudor.

2.1.2. La acción pauliana o revocatoria

Delimitación y caracteres de la acción pauliana

Se denomina **pauliana, revocatoria o rescisoria por fraude** la acción que el ordenamiento jurídico concede a los acreedores para rescindir en lo que les sean perjudiciales y, en consecuencia, dejar sin eficacia en esa misma medida, los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos cuando no tienen otro modo de cobrar lo que se les deba.

Los actos que se pueden impugnar mediante la acción pauliana son actos celebrados de forma válida por el deudor (por lo tanto, no se trata de negocios simulados o inexistentes), realizados con conocimiento del perjuicio económico que causan en su patrimonio, y que lo reducen de tal modo que no quedan bienes suficientes para satisfacer los créditos de los acreedores o hacen sumamente dificultoso su cobro.

Por ejemplo, como Pedro sabe que no va a poder pagar sus deudas cuando vengan el año que viene y no tiene más bienes, vende a su hijo Mario la vivienda que constituye su domicilio habitual por el precio de mercado, acordando con su hijo un aplazamiento del pago del precio de cuarenta años. Al mismo tiempo, Mario alquila la vivienda a su padre Pedro por un precio muy inferior al valor ordinario de las rentas de alquileres semejantes.

La acción pauliana es un tipo específico de acción revocatoria, y viene reconocida en el último inciso del artículo 1111 CC, al señalar que «[l]os acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuando se les debe, [...] pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

Como acción rescisoria, también se contempla en el artículo 1291.3.º CC como uno de los supuestos en el ordenamiento jurídico en los que se admite la rescisión de un contrato, señalando que serán rescindibles «[l]os celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba».

Por lo tanto, para determinar el régimen jurídico de la acción pauliana o revocatoria, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1111 CC y a la regulación de la rescisión de los contratos comprendida en los artículos 1290 a 1299 CC.

El carácter subsidiario de la acción pauliana se reconoce tanto en el propio artículo 1111 CC como en los artículos 1291.3.º y 1294 CC.

Requisitos de la acción pauliana

Los requisitos son los siguientes:

1) **Existencia de un crédito a favor del demandante.** Para que el acreedor pueda interponer la acción pauliana y, en consecuencia, solicitar la declaración de ineficacia de un acto válido realizado por el deudor, es preciso que sea titular de un crédito que haya resultado perjudicado por esa actuación y que así lo acredite en el proceso. No es necesario que el crédito fuera exigible y estuviese vencido cuando el deudor realizó el acto fraudulento.

2) **El acto impugnado tiene que perjudicar al acreedor beneficiando a un tercero.** Solo podrán impugnarse aquellos actos que disminuyan el patrimonio del deudor de tal manera que el acreedor no pueda cobrar lo que se le debe o le produzcan manifiestas dificultades para obtener el pago de su crédito, beneficiando a un tercero (que puede ser también otro acreedor del deudor o, incluso, el deudor del deudor).

No es necesario que el acto impugnado sitúe al deudor en un estado de total insolvencia. La jurisprudencia ha señalado que, para que prospere la impugnación, basta con que el acto comprometa seriamente las posibilidades de satisfacción del derecho del acreedor o produzca una disminución de posibilidades económicas efectivas para dar satisfacción a la exigibilidad integral del crédito, sin que el acreedor tenga que demostrar en el proceso que ha perseguido todos los bienes del deudor sino que le basta con haber intentado razonablemente obtener bienes del deudor para efectuar el pago de su crédito sin lograrlo.

3) **El acto impugnado tiene que ser fraudulento.** Además de haber afectado al patrimonio del deudor en beneficio de un tercero, el acto tiene que ser, en principio, fraudulento, es decir, tiene que haber sido realizado (por el deudor y el tercero) con la intención de disminuir la garantía patrimonial del deudor en perjuicio de sus acreedores (*consilium fraudis*).

La intención fraudulenta debe predicarse también del tercero que interviene en el negocio jurídico celebrado por el deudor y cuya impugnación pretende el acreedor perjudicado. Si el tercero tuviera buena fe, esto es, desconocía que el acto tenía por objeto defraudar los derechos de los acreedores del deudor, su adquisición sería inatacable siempre que la hubiera realizado a título oneroso (arts. 1295. II, 1297 y 643.II CC).

Como es fácil de entender, la prueba de la intención fraudulenta del acto es de muy difícil práctica para el acreedor, por lo que la jurisprudencia ha flexibilizado las exigencias para entender que el acto se realizó con el propósito de perjudicar los derechos de los acreedores. Así, para considerar la existencia de fraude basta solo la *scientia fraudis*, es decir, la conciencia o el conocimiento del deudor y del tercero de que con el acto se puede producir un perjuicio a los acreedores o que tras dicho acto no le quedarán bienes suficientes al deudor para satisfacer las deudas. De hecho, en la jurisprudencia se observa cierta ten-

dencia a la objetivización del requisito del fraude, llegando a deducirlo de la imposibilidad de los acreedores de cobrar sus créditos después de la ejecución del acto impugnado.

Debido también a lo difícil de probar el fraude, el ordenamiento jurídico prevé dos presunciones: una, *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario, y la otra, *iuris tantum*, por lo que se puede probar en contra de lo presumido legalmente.

Así, el artículo 1297.I CC señala que todos los contratos en virtud de los cuales el deudor enajene bienes a título gratuito se presumen fraudulentos sin que se admita prueba de lo contrario por impedirlo el artículo 643.II CC.

Del mismo modo, se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por el deudor cuando se haya pronunciado contra él sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de sus bienes (art. 1297.II CC). Esta presunción, por el contrario, es *iuris tantum* y, por lo tanto, el deudor y el tercer adquirente podrán demostrar que, pese a la existencia de condena o embargo previo de los bienes del deudor, la enajenación no era fraudulenta.

Ejercicio de la acción pauliana

La acción pauliana, al igual que la acción subrogatoria, es una acción que puede ejercitar cada acreedor por separado para solicitar la ineficacia del acto realizado por el deudor en la medida en que le sea perjudicial.

El acreedor deberá dirigir la demanda solicitando la ineficacia del acto impugnado a su deudor y al tercero con el que este celebró el acto fraudulento.

Si, a su vez, el tercero que hubiera adquirido un bien del deudor lo hubiese vuelto a transmitir, también deberá ser demandado el subadquirente si su adquisición fue a título gratuito o, siendo a título oneroso, si era consciente o podía serlo del carácter fraudulento de la adquisición de su transmitente.

El plazo para el ejercicio de la acción es de cuatro años (art. 1299 CC), plazo que se entiende de caducidad («dura cuatro años»).

Finalmente, debe diferenciarse la acción pauliana de la acción de nulidad por simulación absoluta. No obstante sus evidentes diferencias, en la práctica en muchas ocasiones suelen ejercitarse de modo conjunto, solicitando en la demanda de modo principal la nulidad del contrato por simulación y subsidiariamente su rescisión por fraude para el supuesto de que no pueda acreditarse la simulación.

En cualquier caso, dado que la acción pauliana siempre es subsidiaria (art. 1294 CC), en la hipótesis de ejercicio conjunto de ambas acciones, la pauliana siempre debería formularse con carácter subsidiario y no principal.

Efectos de la acción pauliana

Aunque en la práctica por lo general se solicita la rescisión íntegra del negocio fraudulento y su declaración de ineficacia, la doctrina coincide en afirmar que los efectos de la acción pauliana deberían ser relativos en un doble sentido.

1) En cuanto que la ineficacia del acto impugnado únicamente debería predicarse respecto del acreedor que interpuso la demanda y no frente al resto de los acreedores, pues el acto celebrado por el deudor es válido (aunque perjudicial para el acreedor impugnante). Por tanto, el acto sería inoponible frente al acreedor demandante, pero válido para el resto de los acreedores.

2) La ineficacia del acto impugnado debería declararse solo en lo que fuera preciso para proteger el interés del acreedor demandante, de tal manera que solo debería declararse la ineficacia del acto en la medida del perjuicio del acreedor.

Por ello, si el tercero beneficiado por el acto impugnado o el propio deudor satisface de forma íntegra la deuda del acreedor demandante, no debería declararse la ineficacia del negocio jurídico, al cesar el perjuicio del acreedor.

Los efectos de la acción pauliana (la ineficacia relativa del negocio jurídico impugnado) también se extienden a los terceros que celebraron el acto impugnado con el deudor que, necesariamente, deberán ser demandados junto con el deudor, entre otros muchos motivos, porque son estos terceros, precisamente, los que en el momento de la demanda tendrán en su patrimonio los bienes o derechos sustraídos del patrimonio del deudor a través de la acción pauliana y, en consecuencia, serán ellos los afectados de manera directa por la ineficacia (parcial o total) del acto jurídico.

La acción pauliana también puede producir efectos frente al subadquirente, esto es, el adquirente del tercero que celebró el negocio jurídico con el deudor. Evidentemente, para que esos efectos se produzcan es necesario que el subadquirente también sea demandado por el acreedor impugnante. Esos efectos se producirán siempre que el subadquirente lo fuera a título gratuito. Y, siéndolo a título oneroso, cuando fuera de mala fe, esto es, cuando se hubiera concertado con el deudor y el tercero o conociera o tuviera razonables motivos para conocer que la adquisición de la que trae causa se hizo en fraude de acreedores. Si, por el contrario, el subadquirente fuera de buena fe y no se pudiera declarar ineficaz el acto de su adquisición (art. 1295 CC), el deudor y el tercero que realizaron el acto impugnado deberán indemnizar al acreedor perjudicado con todos los daños y perjuicios que se le hubieran producido (art. 1298 CC).

3. La delimitación del incumplimiento

3.1. Tipología del incumplimiento

3.1.1. Delimitación del incumplimiento

En apariencia, el concepto de incumplimiento resulta sencillo de identificar.

Si el cumplimiento es la realización de la prestación debida, es decir, la coincidencia entre la prestación prevista y la ejecutada, cabe pensar que el **incumplimiento** consiste en cualquier desviación o inexactitud entre la prestación debida o prevista y la ejecutada.

Como es fácil de imaginar, este concepto de incumplimiento abarca una serie de situaciones muy diversas: todas aquellas en que no se ha desarrollado la prestación debida conforme a lo previsto.

En una primera aproximación, cabe contraponer aquellos casos en los que el deudor no ha realizado ningún comportamiento de aquellos otros en los que la conducta del deudor no se ajusta a lo debido. Pero esta contraposición resulta demasiado simple, por cuanto puede suceder que la prestación ya no sea posible o que, aun siendo posible, ya no satisfaga el interés del acreedor.

Por ello, aunque dentro del concepto de incumplimiento de la obligación pueden efectuarse múltiples clasificaciones, aquí agruparemos los supuestos de hecho en tres grandes categorías:

- 1) Mora del deudor.
- 2) Cumplimiento defectuoso de la prestación.
- 3) Incumplimiento definitivo.

La concurrencia de alguno de estos supuestos determinará el incumplimiento de la obligación en la medida en que se produce una falta de coincidencia entre la prestación debida y la ejecutada. Hay incumplimiento en la medida en que se constata esa falta de coincidencia y sin necesidad de preguntarnos acerca de la imputabilidad de esa inexactitud (es decir, por qué se ha producido esa inexactitud). Cuestión distinta son los remedios que, en cada caso, se ponen a disposición del acreedor y la conveniencia de valorar en algunos supuestos las razones por las que se ha producido el incumplimiento.

3.1.2. Perspectivas y consecuencias del incumplimiento

El incumplimiento de la obligación se puede valorar desde el punto de vista del acreedor y el del deudor. Desde el punto de vista del deudor, la cuestión más importante es determinar cuándo incurrirá en responsabilidad por ese incumplimiento y cuándo no quedará liberado; sin embargo, desde la perspectiva del acreedor es básico determinar cuándo se ha satisfecho su interés en la relación obligatoria.

Por tanto, desde la perspectiva del acreedor, el incumplimiento comprende el conjunto de supuestos que determinan la insatisfacción del interés del acreedor.

Desde la perspectiva tanto del deudor como del acreedor, además es necesario ponderar cuáles son las consecuencias vinculadas con la actuación del deudor. Esto es, cuáles son los remedios o mecanismos de que dispone el acreedor una vez constatado el incumplimiento de la obligación.

Es muy importante tener en cuenta que no todos los supuestos de incumplimiento ofrecen al acreedor las mismas posibilidades de reaccionar. Por ello, resulta de la mayor importancia ser consciente de lo necesario que resulta diferenciar cada tipo de incumplimiento y sus correspondientes remedios.

3.1.3. Criterios rectores del incumplimiento

A la hora de delimitar el incumplimiento y los remedios que pueden activarse frente a él, es preciso tener en cuenta que el sistema se configura a partir de una serie de reglas y de principios básicos:

- 1) La autonomía privada permite que las partes configuren libremente, dentro de los límites del artículo 1255 CC, la obligación (y de forma implícita, el incumplimiento), y que el acreedor valore libremente su reacción frente al incumplimiento, siempre que concurran los correspondientes requisitos.
- 2) Se aplican con preferencia las reglas especiales previstas para cada una de las relaciones contractuales típicas frente a los criterios generales.

Y para acabar, en el plano del incumplimiento y sus remedios, hay que tener en cuenta los usos y la buena fe y el abuso del derecho, por cuanto modalizan el alcance del incumplimiento y la aplicación de los correspondientes remedios.

Las reglas particulares

En principio, las reglas particulares (por ejemplo, la resolución por impago del precio aplazado en la compraventa [artículo 1504 CC]) prevalecen sobre las generales (resolución del contrato [artículo 1124 CC]).

3.2. La mora del deudor

3.2.1. La delimitación de la mora del deudor

La mora se configura en el Código civil como un retraso cualificado. No basta el simple retraso, es decir, la no realización de la prestación en el momento debido, sino que es necesario que concurra un elemento adicional, sea una intimación por parte del acreedor, sea una especial configuración de la prestación.

La situación de mora requiere que, pese al retraso en el momento del cumplimiento, la prestación todavía pueda satisfacer el interés del acreedor.

La situación de mora presenta un cierto aspecto de provisionalidad. La mora evidencia que el deudor no ha cumplido cuando correspondía y desencadena ciertos efectos vinculados a esa situación. Pero no permite prever si, finalmente, el deudor cumplirá (esto es, se producirá la realización tardía de la prestación) o si el interés del acreedor se verá insatisfecho de forma definitiva (esto es, se constatará un incumplimiento definitivo).

3.2.2. Regulación de la mora del deudor

El Código civil aborda la regulación de la mora desde una doble perspectiva: por un lado, perfila en el artículo 1100 CC cuándo se entiende que concurre tal situación y, por otro, en una serie de preceptos más amplia describe los efectos que se vinculan a la concurrencia de mora; por su carácter general, entre tales preceptos destacan los artículos 1101 y 1108 CC, referidos al alcance de la obligación de indemnizar del deudor moroso. Al combinar ambas perspectivas podemos identificar los presupuestos y los efectos de la mora.

Además de la regulación fragmentaria contenida en el Código civil, otros textos legales también contemplan la situación de mora del deudor.

3.2.3. Requisitos de la mora del deudor

Conforme se desprende del artículo 1100 CC, para que el deudor incurra en mora es necesario que se den una serie de requisitos:

1) Una obligación que consista en un dar, un hacer o un no hacer. El artículo 1100.I CC solo se refiere a «los obligados a entregar o a hacer alguna cosa», por lo que se ha discutido si era posible que el deudor de una obligación negativa incurriera en mora. Sin embargo, parece más adecuado no excluir que también quepa la mora en las obligaciones negativas.

2) Una deuda exigible y vencida, puesto que el acreedor solo puede reclamar al deudor que cumpla cuando concurren esas circunstancias.

3) Una deuda líquida, puesto que el deudor no puede cumplir con exactitud si ignora cuál es el alcance de su deuda (*in illiquidis non fit mora*).

Ahora bien, aplicar de manera estricta este criterio resultaba sumamente perjudicial para el acreedor, ya que cualquier discusión acerca del importe exacto de la deuda impedía el devengo de intereses y se requería una liquidación previa. Por ello, la jurisprudencia ha matizado el alcance de la exigencia de la liquidez y el rigor de la regla *in illiquidis non fit mora*.

En un primer momento, admitió la posibilidad de condenar al pago de intereses, aunque la cantidad concedida resultase inferior a la reclamada, siempre que la diferencia no fuese muy grande o desproporcionada. Sin embargo, en un segundo momento se atendió a lo razonable de la reclamación y de la oposición, en función de las circunstancias concurrentes en el caso.

4) La necesidad de una interpelación o intimación del acreedor al deudor, por lo que el acreedor debe reclamar al deudor que cumpla la prestación (exigir «judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación», en palabras del artículo 1100.I CC).

La **intimación** consiste en una declaración unilateral y recepticia dirigida por el acreedor al deudor. El Código civil es muy flexible en cuanto a su contenido y forma.

Por lo que respecta al contenido, basta que se requiera o exija el pago, sin que sea necesario que se aluda a la constitución en mora del deudor, aunque una mera queja o advertencia por el retraso no sería suficiente.

Por lo que respecta a la forma, el artículo 1100.I CC admite que sea judicial o extrajudicial. Cualquier mecanismo de reclamación judicial supone intimación a los efectos de constituir en mora (por ejemplo, presentación de la demanda o acto de conciliación [arts. 139 y sigs. LJV]). La intimación extrajudicial se puede hacer mediante documento público (por ejemplo, acta de requerimiento notarial [arts. 202 y sigs. RN]), documento privado (por ejemplo, burofax o carta) o de manera verbal.

El segundo párrafo del propio artículo 1100 CC recoge excepciones a la necesidad de intimación al deudor. En consecuencia, se trata de situaciones en las que la mora se produce con el vencimiento de la obligación sin necesidad de que el acreedor requiera al deudor el cumplimiento.

Las dos excepciones que prevé el artículo 1100 CC a la necesidad de intimación son:

a) «Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente», es decir, cuando por disposición de las partes o de la ley se establezca el carácter automático de la mora.

b) «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».

3.2.4. La mora del deudor en las obligaciones sinalagmáticas

El último párrafo del artículo 1100 CC establece que «[e]n 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».

La norma se refiere a las **obligaciones recíprocas o sinalagmáticas**, es decir, a aquellas en las que ambas partes son simultánea e inversamente deudora y acreedora. La determinación del alcance de la norma ha generado cierta discusión doctrinal acerca de si era necesaria la interpelación al deudor o no y si la mora se producía o no de forma automática. La interpretación que predomina hoy en día en la doctrina y en la jurisprudencia parte de la necesidad de distinguir diversos supuestos de obligaciones sinalagmáticas.

3.2.5. Efectos de la mora del deudor

Los preceptos que el Código civil dedica a los efectos de la mora del deudor se ocupan sobre todo de dos cuestiones: si el deudor moroso debe indemnizar los daños y perjuicios que causa su retraso, y cómo repercute la situación de mora en la distribución del riesgo derivado de los casos fortuitos.

1) En cuanto a los daños y perjuicios, el artículo 1101 CC establece que la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones impone la indemnización de los daños y perjuicios. Se aplicarán en este punto las reglas generales contenidas en los artículos 1106 y 1107 CC en cuanto al alcance de la indemnización.

Además, conviene resaltar que, si la obligación incumplida es dineraria, la indemnización de daños que debe asumir el deudor moroso «no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal» (art. 1108 CC). Esta norma tiene una importancia práctica evidente, dada la frecuencia de estas situaciones.

2) En cuanto a la relación entre mora y caso fortuito, el Código civil acostumbra a situar en la mora uno de los supuestos que puede determinar una alteración de las reglas generales. De los artículos 1096.III y 1182 CC se desprende que la posibilidad de que el deudor se exonere de responsabilidad cuando concurre un caso fortuito se excluye si el deudor está en mora.

¿Cuándo cesa la situación de mora? La situación de mora del deudor termina cuando:

- 1) El deudor cumple la prestación (realización o cumplimiento tardío).
- 2) El deudor ofrece el cumplimiento, pero el acreedor lo rechaza sin justificación. En este caso, nos encontraremos ante una *mora creditoris*.
- 3) El acreedor concede un plazo suplementario al deudor.

El cese de la situación de mora no implica que desaparezcan sus efectos (por ejemplo, el cumplimiento tardío no excluye la indemnización de los daños causados por el retraso). Para que se eliminen esos efectos, es necesario que concurra la denominada **purga de la mora**, esto es, que el acreedor renuncie a los efectos ya producidos por la situación de mora, ya sea de manera expresa o tácita.

3.2.6. Remedios en caso de mora del deudor

El Código civil ofrece una perspectiva parcial.

- 1) Solo se prevé la posibilidad de reclamar daños en caso de mora del deudor: con carácter general, así lo dispone el artículo 1101 CC; y respecto de las obligaciones dinerarias, así lo prevé el artículo 1108 CC.
- 2) Dado que, para que pueda hablarse de mora, es necesario que no exista incumplimiento definitivo y que, por tanto, el cumplimiento tardío todavía satisfaga el interés del acreedor, nada impide que el acreedor pueda reclamar el cumplimiento forzoso de la prestación. La indemnización de los daños causados por el retraso se puede añadir a esta pretensión.
- 3) ¿Puede el acreedor resolver el contrato en caso de mora del deudor? No existe una respuesta general. No toda mora debe considerarse un incumplimiento resolutorio. La resolución dependerá de si la mora del deudor reviste la suficiente gravedad e implica frustrar la finalidad del contrato. La indemnización de los daños causados se puede añadir a esta pretensión.

Debemos tener en cuenta que, conforme a la jurisprudencia, la resolución del contrato no exige necesariamente la previa constitución en mora del deudor: basta con que el mero retraso alcance la suficiente gravedad o haga perder a la otra parte su interés en la prestación.

3.3. El cumplimiento defectuoso de la prestación

3.3.1. La delimitación del cumplimiento defectuoso

El **cumplimiento defectuoso** constituye uno de los supuestos de incumplimiento en sentido material, esto es, de falta de coincidencia de la prestación ejecutada con la prestación debida. Pero además el cumplimiento defectuoso solo identifica aquellos supuestos de incumplimiento que no merecen ser calificados como mora o como incumplimiento definitivo.

La falta de coincidencia de la prestación realizada con la prestación debida puede referirse a los sujetos del pago, a su objeto o a sus diversas circunstancias. Los supuestos de cumplimiento defectuoso de mayor interés se encuentran sin duda en los casos de **inexactitud objetiva**: aquellos en los que la conducta desarrollada por el deudor no coincide con la que debería haber desplegado.

Por ejemplo, una modista de alta costura debía confeccionar un traje de seda salvaje rosa con chaqueta de manga corta y entrega un traje de seda salvaje rosa con chaqueta de manga larga; la heladería del centro comercial vende refrescos pese a que se comprometió por contrato a no vender bollería ni bebidas; se debían entregar treinta sacos de abono orgánico y se entregan solo doce; el profesor de inglés no imparte sesiones de una hora, sino de cuarenta minutos; el programa de ordenador diseñado no permite gestionar todos los datos básicos e imprescindibles; tres de los tomates que había en un envase están estropeados; el diagnóstico del médico no respeta la *lex artis*; el frigorífico adquirido enfría, pero el congelador no funciona.

La constatación del carácter defectuoso del cumplimiento deriva de la comparación entre la prestación efectuada y la debida. No tiene por qué valorar las razones por las que se produce esa discrepancia.

Para determinar si se ha producido un cumplimiento defectuoso, hay que tener en cuenta qué pactaron las partes; en su defecto, hay que atender a las normas derivadas de cada tipo de contrato, y, supletoriamente, se deberán aplicar los usos y el principio general de buena fe.

El acreedor debe comprobar el cumplimiento de la prestación con diligencia (art. 336 CCom), y en caso de que esté disconforme, deberá plantear la reserva oportuna o rechazar la prestación defectuosa.

3.3.2. Regulación del cumplimiento defectuoso

El Código civil no contiene una regulación general sobre el cumplimiento defectuoso de la prestación. La referencia general más importante es la mención de la contravención del tenor de las obligaciones como uno de los casos que dan lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados en el artículo 1101 CC.

En el planteamiento del Código civil, los supuestos más relevantes de cumplimiento defectuoso no se diseñan con carácter general (en sede de teoría general de las obligaciones o de los contratos), sino al hilo de la regulación de ciertos contratos en particular. Esos supuestos son:

1) Los vicios o defectos ocultos de las cosas vendidas (arts. 1484 y sigs. CC; y arts. 336 y 342 CCom).

2) Los vicios y defectos de las cosas construidas (art. 1591 CC), de los que se ocupa también, en relación con las edificaciones, el artículo 17 LOE.

El planteamiento del Código civil resulta anacrónico y no permite captar la importancia del cumplimiento defectuoso en la dinámica de la relación obligatoria. Se constatan al respecto dos problemas:

1) Por un lado, proyectar los remedios generales frente al incumplimiento se torna difícil en lo que respecta al cumplimiento defectuoso, dado que el Código civil parece pensar que esos supuestos obtienen una solución adecuada con las previsiones típicas de cada contrato en particular. Por tanto, la cuestión es si se puede acudir a los remedios generales en caso de cumplimiento defectuoso.

2) Por otro lado, en ocasiones las previsiones típicas de cada contrato en particular se encuentran diseñadas de modo tan restrictivo que dejan al acreedor insatisfecho en una situación delicada.

Por ello, no es de extrañar que tanto la jurisprudencia como textos legales más modernos opten por un enfoque distinto, y delimiten un concepto general de cumplimiento defectuoso.

3.3.3. Remedios en caso de cumplimiento defectuoso

Dado que el Código civil no se ocupa, en sede general, del cumplimiento defectuoso, hay que determinar cuáles de los remedios que tiene a su disposición con carácter general el acreedor son aplicables en caso de prestación defectuosa.

1) Verificado el cumplimiento defectuoso, el acreedor puede reclamar el cumplimiento forzoso de la prestación. Esta pretensión puede suponer o bien la reparación de la prestación (de manera que se elimine el defecto), o bien su sustitución por otra que no presente el defecto. La indemnización de los daños y perjuicios causados se puede añadir a esta pretensión.

2) El acreedor también puede reclamar simplemente una indemnización por los daños causados, sin plantearse el cumplimiento correcto de la prestación.

Reparación y sustitución

Los artículos 119 y 120 TRLGDCU se ocupan de la reparación y de la sustitución como remedios a disposición del consumidor cuando el producto no es conforme con el contrato. En cambio, el artículo 1484 CC y siguientes no prevén esos remedios para el caso de saneamiento por vicios ocultos.

3) ¿Puede el acreedor resolver el contrato en caso de cumplimiento defectuoso? No existe una respuesta general. La resolución dependerá de si el cumplimiento defectuoso reviste la suficiente gravedad e implica una frustración de la finalidad del contrato. Se puede añadir a esta pretensión la indemnización de los daños causados.

Conformidad de escasa importancia

Debemos recordar que, conforme al artículo 121 TRLGD-CU, el consumidor no podrá ejercitar la resolución del contrato de compra del producto cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia.

3.4. El incumplimiento definitivo de la obligación

3.4.1. La delimitación del incumplimiento definitivo de la obligación

La categoría del incumplimiento definitivo abarca situaciones muy dispares que se caracterizan por una nota común: una vez vencida la obligación, la prestación es todavía posible pero insatisfactoria para el acreedor, o bien es imposible.

Estas situaciones pueden verificarse tanto en los casos en que el deudor ha omitido toda actividad como en los casos en que, habiendo desplegado cierta actividad, la insatisfacción del acreedor sea definitiva.

Por ejemplo, el arquitecto que contrata a un maquetista para realizar una maqueta de unas determinadas características que debe acompañar a un concurso de proyectos ve insatisfecho su interés si, llegada la fecha, el maquetista no le entrega maqueta alguna o le entrega una maqueta que no responde a las exigencias del concurso.

Por ello, como manifestaciones del incumplimiento definitivo, deben analizarse los siguientes supuestos: la imposibilidad sobrevenida de la prestación, el término esencial y la manifiesta voluntad del deudor de no cumplir.

La imposibilidad sobrevenida de la prestación

La noción de **imposibilidad sobrevenida de la prestación** se ha generado a partir del concepto de pérdida de la cosa debida, es decir, se ha construido una categoría a partir de los elementos que proporcionaba un supuesto concreto (posiblemente, el más paradigmático en el derecho histórico) como era la pérdida de la cosa determinada que constituía el objeto de una obligación de dar.

Para tratar de perfilar cuándo concurre pérdida de la cosa, es habitual recurrir al párrafo segundo del artículo 1122.2.^a CC, conforme al cual por «pérdida de la cosa» debe entenderse «cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignore su existencia, o no se puede recobrar».

Si el objeto de la obligación de dar es una cosa genérica, no cabe plantear la concurrencia de un supuesto de imposibilidad (*genus nunquam perit*). Tampoco puede plantearse la concurrencia de imposibilidad en caso de obligación

pecuniaria: su objeto es un valor patrimonial abstracto de adquisición. Para que pueda hablarse de pérdida de la cosa debida, se requiere que se trate de cosa determinada.

Conforme al artículo 1184 CC, «[t]ambién quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible».

Si el objeto de la obligación de hacer tiene carácter fungible o no personalísimo, no cabe plantear la concurrencia de un supuesto de imposibilidad: siempre será posible que un tercero sustituya al deudor (arts. 1098 CC y 706 LEC). Para que pueda hablarse de imposibilidad, es necesario que se trate de un hacer infungible o personalísimo (art. 709 LEC).

Las obligaciones de resultado merecen un enfoque distinto. La falta de obtención del resultado, aun cuando el deudor hubiera puesto los medios adecuados, podrá comportar incumplimiento definitivo.

Para toda obligación, la imposibilidad puede ser física o jurídica, como evidencia el artículo 1184 CC. La imposibilidad es **física o material** cuando afecta a la cosa objeto de la obligación o a las cualidades del deudor que sean relevantes para el cumplimiento. La imposibilidad es **jurídica** cuando, aunque resulte materialmente posible, una disposición normativa o una resolución judicial o administrativa prohíben el cumplimiento.

Para desplegar todas sus consecuencias, la imposibilidad de la prestación debe reunir ciertos caracteres: sobrevenida, absoluta, total y definitiva.

La imposibilidad debe ser **sobrevenida**, esto es, posterior a la constitución de la relación obligatoria.

La imposibilidad debe ser **absoluta**, es decir, debe tratarse de un impedimento que afecte a cualquier persona: nadie puede cumplir la prestación. En principio, por tanto, no hay imposibilidad aunque el cumplimiento exija al deudor un esfuerzo superior al de una persona media. Ahora bien, esta idea debe matizarse, por cuanto, conforme a los postulados de la buena fe, hay prestaciones que, aun siendo posibles, devienen inexigibles.

La imposibilidad debe ser **total**, es decir, debe afectar a toda la prestación comprometida.

La imposibilidad debe ser **definitiva**, esto es, debe afectar a la ejecución de la prestación tanto en el momento en que debe cumplirse como en el futuro.

Es evidente que la imposibilidad sobrevenida de la prestación, en su variante de pérdida de la cosa debida, implica un supuesto de incumplimiento y debe afectar a la relación obligatoria. Sin embargo, la trascendencia de esa imposibilidad y su relación con los diferentes remedios contractuales en ocasiones exige la ponderación de factores adicionales a la propia pérdida.

Los criterios que proporciona el Código civil son incompletos. Para que la pérdida de la cosa determinada exonere al deudor, se exige que esa situación se produzca «sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora» (art. 1182 CC). Y, además, si la cosa estaba en poder del deudor, se presume que «la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario» (art. 1183 CC).

¿Cómo incide la imposibilidad sobrevenida de la prestación en los diversos remedios contractuales?

1) Si la prestación ha devenido imposible, no cabe duda de que una pretensión de cumplimiento forzoso carece de sentido.

2) El acreedor insatisfecho por la imposibilidad sobrevenida puede ejercitar la facultad de resolución del artículo 1124 CC. La indemnización de daños se puede añadir a esta pretensión si procede.

3) En cuanto a la indemnización de daños, deben aplicarse los criterios generales. Por ello, si concurre un supuesto de exoneración, no deberá indemnizar (art. 1105 CC). En cambio, si no concurre ese supuesto, el deudor debe indemnizar los daños ocasionados, conforme al artículo 1106 CC y siguientes.

En consecuencia, la única imposibilidad que libera completamente al deudor (en el sentido de que la obligación se extingue y no debe indemnizar los daños) es aquella en la que concurre un supuesto de exoneración (art. 1105 CC). En tales casos, concurre la extinción de la obligación y la liberación del deudor, pero no, obviamente, la satisfacción del acreedor.

4) Si la obligación se extingue por la pérdida (fortuita) de la cosa, corresponden al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de esa pérdida (art. 1186 CC). Es el denominado *commodum representationis*.

El término esencial

El **término esencial** identifica aquellos supuestos en los que el momento del cumplimiento se configura de tal modo que, si no se produce el cumplimiento en ese instante, el interés del acreedor queda insatisfecho de forma definitiva. En el término esencial, pasa a primer plano, en la economía del contrato, cuándo debe el deudor realizar su prestación. Así, supone un planteamiento diverso al criterio general del Código civil, que apenas se preocupa por el momento del cumplimiento.

Ejemplo de término esencial

Por ejemplo, Almudena contrata un viaje a Madrid para asistir al último recital de la carrera profesional de Plácido Domingo y no puede asistir porque la agencia que lo organiza se confunde al adquirir las entradas.

¿De qué depende que un término o fecha contractual revistan carácter esencial? Este carácter esencial puede afirmarse en función de la naturaleza de la prestación, que no permite un cumplimiento tardío, o cuando la voluntad de las partes determina que el término se configure como esencial. Por tanto, la determinación del carácter esencial de un término es cuestión de interpretación del contrato. En ocasiones, las partes pueden asignar expresamente ese carácter a determinada fecha, pero en otras esa asignación deberá deducirse del entramado contractual.

Ejemplo de carácter esencial

Por ejemplo, nadie duda de que la fecha de entrega de un vestido de novia constituye un término esencial. Pero las partes pueden establecer que tiene carácter esencial la fecha de entrega de un automóvil descapotable.

Naturalmente, la importancia de la calificación de un término como esencial estriba en los efectos que se derivan de él. Al tratarse de un supuesto en que el interés del acreedor queda insatisfecho de no cumplirse en el momento previsto, nos hallamos, en principio, ante un incumplimiento definitivo. Sin embargo, entonces la cuestión se centra en precisar cuáles son los remedios que tiene a su disposición el acreedor insatisfecho.

En principio, ante un incumplimiento del término esencial, el contrato debería quedar resuelto de modo automático, sin que el acreedor pudiera pedir el cumplimiento forzoso (tardío). El acreedor sí podría reclamar los daños derivados del incumplimiento si concurrieran sus requisitos.

Ahora bien, esta solución se antoja demasiado rígida, pues, entre otras cuestiones, dejaría en manos de quien incumple la resolución del contrato. Por ello, suele entenderse que el incumplimiento del término esencial no implica la resolución automática del contrato, sino que el acreedor tiene a su disposición la posibilidad de resolver el contrato, exigir el cumplimiento forzoso (si aún le interesa) y, en ambos casos, reclamar los daños causados.

De este modo, el alcance del término esencial se difumina, puesto que al final se reduce a permitir sin más la resolución a instancias del acreedor: es decir, el término esencial pasa a ser un incumplimiento resolutorio. Además, el término esencial supondrá siempre un supuesto de mora automática (esto es, sin necesidad de intimación).

La manifiesta voluntad del deudor de no cumplir

Anclado en la noción de pérdida de la cosa debida, el Código civil no presta la suficiente atención a aquellas situaciones en las que, aun no habiéndose perdido la cosa (es decir, siendo posible la prestación), las circunstancias evidencian que no va a ser cumplida por el deudor. La denominación de estas situaciones varía según los autores, que las identifican como **supuestos de repudiación o de manifiesta voluntad del deudor de no cumplir**.

Ejemplo de voluntad del deudor de no cumplir

Por ejemplo, un pintor de renombre se niega a realizar un retrato al que se había obligado tras conocer determinadas declaraciones políticas en prensa de quien le había contratado.

¿Cómo puede reaccionar el acreedor en caso de manifiesta voluntad del deudor de no cumplir? Aunque en principio puede exigir el cumplimiento forzoso y el ordenamiento ofrece al acreedor mecanismos para intentar alcanzar el cumplimiento (por ejemplo, contemplemos las multas coercitivas en los ca-

sos de hacer personalísimo [arts. 709 y 711 LEC]), resulta más adecuado que pueda resolver el contrato sin tener que esperar a que llegue el vencimiento de la obligación. Además, podrá reclamar los daños causados si concurren sus requisitos.

4. Los remedios del acreedor frente al incumplimiento del deudor

4.1. Planteamiento general

4.1.1. Delimitación de la categoría

Para identificar los mecanismos de reacción que el ordenamiento pone a disposición del acreedor en caso de incumplimiento, en los últimos tiempos suele hablarse de los remedios frente al incumplimiento.

Así, los **remedios por incumplimiento** son los derechos o facultades que legal o contractualmente se confieren al acreedor afectado por el incumplimiento, y cuyo ejercicio depende siempre del incumplimiento del deudor y, en su caso, de la concurrencia de requisitos adicionales y específicos.

No todo incumplimiento permite el ejercicio de los mismos remedios y, por tanto, no todo remedio es ejercitable ante cualquier incumplimiento. Aunque el sustrato común de todos los remedios sea el incumplimiento del deudor, es necesario atender a los requisitos adicionales y específicos que exige cada remedio para valorar su aplicabilidad.

¿Cuáles son los remedios de los que puede disponer el acreedor ante el incumplimiento del deudor? Con carácter general, podemos mencionar los siguientes:

- El cumplimiento forzoso.
- La indemnización de daños y perjuicios.
- La resolución del contrato.
- La reducción de la contraprestación.
- La suspensión del cumplimiento de la propia prestación.

El cumplimiento forzoso y la indemnización de daños son aplicables en el caso tanto de obligaciones unilaterales como sinalagmáticas. En cambio, la resolución del contrato, la reducción de la contraprestación y la suspensión del cumplimiento de la propia prestación solo se ponen a disposición del acreedor en caso de obligaciones sinalagmáticas.

4.1.2. Regulación y función de los remedios

No existe en el derecho español una regulación general de los remedios frente al incumplimiento del deudor.

Algunos remedios se encuentran contemplados en sede general (como la indemnización de daños o la resolución del contrato); otros aparecen de manera parcial en sede de ciertos contratos (como la reducción del precio o la suspensión del cumplimiento de la propia prestación); y otros requieren la combinación de normas provenientes de diversos textos (como el cumplimiento forzoso, que exige atender tanto al Código civil como a la Ley de enjuiciamiento civil).

Cada uno de los remedios a disposición del acreedor cumple una función diferente. Esa función se identifica a la vista de los efectos que se derivan del ejercicio de cada remedio:

- 1) El **cumplimiento forzoso** desempeña una función satisfactiva del interés del acreedor en la obligación: le proporciona justamente la prestación debida.
- 2) La **indemnización de daños** desempeña una función resarcitoria: compensa al acreedor por los daños que le ha ocasionado el incumplimiento del deudor.
- 3) La **resolución del contrato** desempeña una doble función. Por un lado, supone una función desvinculatoria, al implicar la extinción de la relación obligatoria. Y, por otro, supone una función restitutoria de las prestaciones ya efectuadas, si la relación comenzó a tener algún tipo de ejecución.
- 4) La **reducción de la contraprestación** equivale funcionalmente a una resolución parcial: la relación se mantiene pero con un alcance menor, pues las prestaciones se reducen de manera proporcional.
- 5) La **suspensión del cumplimiento de la propia prestación** tiene una función de paralización de la pretensión de la otra parte. Sin embargo, su alcance es transitorio.

Concurriendo sus respectivos requisitos, la decisión acerca de qué remedio va a ejercitarse corresponde al acreedor. No existe un orden legal de preferencia que imponga al acreedor la necesidad de ejercitar en primer lugar un remedio frente a otro.

Aunque puede pretenderse con carácter autónomo, la indemnización de daños y perjuicios es compatible con los otros remedios (arts. 1096.I y 1124.II CC).

El Código civil establece la incompatibilidad simultánea del cumplimiento forzoso y la resolución del contrato, pero admite su compatibilidad sucesiva si, habiéndose inclinado el acreedor por el cumplimiento forzoso, este resulta insatisfactorio, puesto que entonces puede exigir la resolución del contrato (art. 1124.II CC).

Sí que cabe la posibilidad de plantear un ejercicio subsidiario de las diversas pretensiones, siempre en función de la concurrencia de sus respectivos requisitos. Así, por ejemplo, ante el incumplimiento de su deudor, Agustina reclama la resolución del contrato, pero, subsidiariamente (art. 399.5 LEC), para el caso de que no se estime su pretensión por la escasa importancia del incumplimiento, plantea una reducción de su propia contraprestación.

4.2. El cumplimiento forzoso

4.2.1. Delimitación y función del cumplimiento forzoso

El **cumplimiento forzoso** se encamina a proporcionar al acreedor la prestación debida. Por ello, se dice que su función es satisfactiva del interés del acreedor en la relación obligatoria.

El sentido de la pretensión de cumplimiento difiere en función de si el incumplimiento del deudor consiste en una absoluta omisión de la prestación o en una prestación defectuosa. Si el deudor ha llevado a cabo una prestación defectuosa, el cumplimiento forzoso se concreta en una pretensión de corrección, que a su vez puede traducirse en la reparación o en la sustitución del bien.

No hay cumplimiento forzoso cuando se exige el denominado *cumplimiento por equivalente*. El fracaso de la pretensión de cumplimiento forzoso, dirigido a que el acreedor obtenga de forma justa la prestación debida, no autoriza a considerar que entonces el acreedor pueda exigir sin más una cantidad dineraria equivalente a la prestación no obtenida. Si el cumplimiento forzoso no es viable por las razones que sean, el acreedor debe recurrir a los otros remedios frente al incumplimiento, y someterse a sus particulares reglas y requisitos.

Por ejemplo, si Adelaida adquiere una vivienda a Baltasar por doscientos cincuenta mil euros y este no cumple su obligación, Adelaida puede exigir la entrega de la vivienda. Pero si esa entrega no es posible (porque Baltasar no ha podido concluir la edificación), Adelaida no puede reclamar un cumplimiento por equivalente consistente justo en esa cantidad (doscientos cincuenta mil euros). Adelaida podrá reclamar los daños y perjuicios que el incumplimiento le ha ocasionado, pero deberá probar, entre otros extremos, la existencia y la cuantía de esos daños y su conexión causal con el incumplimiento.

Falta de conformidad

La exigencia de reparación y de sustitución del bien se regula ampliamente en los artículos 119 y 120 TRLGDCU, para los productos adquiridos por consumidores que presenten una falta de conformidad.

Por ello, debe rechazarse que quepa un cumplimiento por equivalente: ese tipo de pretensiones deben reconducirse a la indemnización de daños y someterse a sus requisitos.

4.2.2. ¿Cuándo cabe exigir el cumplimiento forzoso?

El cumplimiento forzoso solo requiere que se haya producido el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. No es necesario que el incumplimiento sea imputable subjetivamente al deudor, a título de culpa u otro similar. Tampoco es necesario que el incumplimiento haya producido daños al acreedor. Es irrelevante el alcance del incumplimiento: no se requiere que presente una especial gravedad. Y se puede exigir sea cual sea la fuente (legal, contractual, extracontractual, etc.) de la relación obligatoria y con independencia de que la obligación incumplida sea unilateral o sinalagmática.

Ahora bien, ello no significa que la pretensión de cumplimiento forzoso no esté sometida a límites en su ejercicio. El Código civil no aborda la existencia de esos límites (véase, en cambio, artículo 621-38 CCCat), pero doctrinal y jurisprudencialmente se han señalado los siguientes casos en los que no cabrá el cumplimiento forzoso:

- **La prestación es jurídica o físicamente imposible.** La excepción es lógica: no puede condenarse a cumplir lo que resulta imposible.
- **El cumplimiento forzoso resulta oneroso en exceso para el deudor.** Cuando los costes de ese cumplimiento forzoso son manifiestamente superiores al beneficio que experimenta el acreedor, es antieconómico condenar al cumplimiento forzoso.

La exclusión del cumplimiento forzoso no impide que el acreedor pueda recurrir a otros remedios en protección de sus intereses.

La pretensión de cumplimiento forzoso prescribe en el plazo general de las acciones personales: cinco años desde que pueda exigirse (art. 1964.2 CC).

4.2.3. Régimen jurídico del cumplimiento forzoso

La regulación del cumplimiento forzoso aparece recogida sobre todo en el Código civil (arts. 1096, 1098 y 1099 CC) y en la Ley de enjuiciamiento civil (arts. 571 y sigs. LEC). Pero la perspectiva que adoptan ambos textos resulta un tanto diferente, pues el criterio esencial en el Código civil es el distinto tipo de prestación (obligaciones de dar, hacer o no hacer [art. 1088 CC]), mientras que en la Ley de enjuiciamiento civil la contraposición fundamental es la que media entre las obligaciones dinerarias y las demás, y en estas sí efectúa otras matizaciones.

El planteamiento de la Ley de enjuiciamiento civil resulta más adecuado porque ofrece respuestas más cercanas a las diferentes características de la obligación incumplida. Los artículos 571 y 699 LEC toman como referencia básica la contraposición existente entre las obligaciones dinerarias y las no dinerarias.

1) En relación con las **prestaciones dinerarias**, que consisten en el deber de entregar una cantidad líquida de dinero, la regulación aparece en los artículos 571 LEC y siguientes.

El procedimiento de cumplimiento forzoso comprende dos fases: una primera, que consiste en el embargo de los bienes del deudor (arts. 584 LEC y sigs.); y una segunda, que consiste en la realización o venta de los bienes, en su caso, por subasta (arts. 634 y sigs. LEC).

2) En relación con las **prestaciones no dinerarias**, la Ley de enjuiciamiento civil establece reglas en función de cada tipo de prestación, y distingue entre obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Entre las obligaciones de dar, prevé tres reglas, en función de qué deba entregarse: cosa mueble cierta y determinada (art. 701 LEC), cosas genéricas o indeterminadas (art. 702 LEC) y bienes inmuebles (arts. 703 y 704 LEC). En cuanto a las obligaciones de hacer, distingue en función de si el hacer es personalísimo o no (arts. 706 y 709 LEC). Por último, si se trata de una obligación de no hacer, se aplica el artículo 710 LEC.

4.3. La indemnización de daños y perjuicios

4.3.1. Relación entre el incumplimiento y la indemnización de daños

Al tratarse de un remedio frente al incumplimiento, para que proceda la indemnización de daños es necesario que se haya producido un incumplimiento del deudor. Pero es necesario algo más: ese incumplimiento debe haber producido un daño al acreedor. Sin daño, no hay indemnización de perjuicios; y no hay más indemnización de perjuicios que los efectivamente producidos. Como regla general, pues, el daño es el presupuesto y el límite de la indemnización de daños.

El artículo 1101 CC evidencia la conexión entre el incumplimiento y la indemnización de daños, al establecer que «[q]uedan 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».

4.3.2. Fundamento de la indemnización de daños

¿Cuáles son los elementos que deben concurrir para que, como consecuencia de un incumplimiento, el deudor deba abonar los daños que ha causado al acreedor? No hay una respuesta universal a este interrogante, puesto que cada sistema jurídico puede exigir la concurrencia de unos elementos u otros para dar lugar a esa indemnización. Son razones de política jurídica las que inclinan la balanza en un sentido o en otro.

El Código civil no ofrece una respuesta técnicamente rigurosa y lo bastante clara.

Vista la importancia que los artículos 1101 CC y siguientes atribuyen a la culpa y al dolo, así como a la búsqueda de una justificación moral de la asignación del coste de la indemnización, en un primer momento la doctrina española se inclinó por entender que solo un incumplimiento que fuera doloso o culposo podía dar lugar a indemnización de daños. Sin culpa (aunque a menudo pudiera presumirse) o dolo, el deudor no respondía de los daños. Este planteamiento se enfrentaba a la existencia de supuestos en los que el deudor respondía aun sin haber sido negligente y proporcionaba una escasa protección a los acreedores en caso de incumplimiento.

Más modernamente, se ha propuesto un nuevo enfoque de las reglas del Código civil, tomando en consideración los criterios que sobre la indemnización de daños se contienen en la Convención de Viena, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (y, en particular, en el artículo 79 CV). La idea fundamental estriba en preguntarse no tanto cuándo responde el deudor de los daños derivados del incumplimiento, sino bajo qué circunstancias el deudor incumplidor puede quedar exonerado de los daños ocasionados. En el fondo, se trata de poner el acento en el artículo 1105 CC como supuesto de exoneración de la responsabilidad por los daños.

La protección de los acreedores se acentúa: es el deudor quien, acreditado el incumplimiento y los daños, debe demostrar que concurre una causa de exoneración. Y si el deudor no demuestra esa causa de exoneración (es el problema de las llamadas *causas ignotas*), se mantiene la responsabilidad del deudor.

4.3.3. Delimitación y función de la indemnización de daños

La indemnización de daños puede surgir ante el incumplimiento de una obligación unilateral o de una obligación sinalagmática. Y es indiferente cómo se ha constituido esa relación obligatoria, es decir, es irrelevante la fuente de la obligación incumplida.

La indemnización de daños tiene una función meramente compensatoria: toma en consideración el daño sufrido por el acreedor como consecuencia del incumplimiento y le proporciona una suma de dinero equivalente a ese daño.

La indemnización de daños es un remedio compatible con otros remedios frente al incumplimiento: puede solicitarse junto con el cumplimiento forzoso, con la resolución del contrato y con la reducción de la contraprestación. Co-

Indemnización de los daños

Teóricamente, cabe que un ordenamiento imponga la indemnización de los daños causados por el incumplimiento, sin necesidad de ningún otro requisito y sin ninguna posibilidad de exoneración del deudor. También es posible que se exija, además, la concurrencia de un elemento de reproche (por lo general, una actuación culpable o negligente) en el deudor.

mo es obvio, el alcance de los daños producidos al acreedor se verá afectado por el éxito en el ejercicio de los otros remedios. También se puede solicitar de manera autónoma, sin necesidad de acumularlo a otro remedio.

4.3.4. Indemnización de daños por incumplimiento obligacional y responsabilidad extracontractual

En apariencia, la diferencia entre la indemnización de daños derivados del incumplimiento de una obligación (o responsabilidad contractual [artículo 1101 CC]) y la responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC) resulta sencilla. La **responsabilidad contractual** solo surge si el daño se causa por el incumplimiento de una obligación previa, mientras que la **responsabilidad extracontractual** se vincula al daño, con independencia de que exista una obligación previa entre causante y víctima.

Sin embargo, la claridad se esfuma por la amplitud de la fórmula del artículo 1902 CC y al constatar la existencia de zonas grises o intermedias en las que el daño no se produce como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, sino de deberes de cuidado especiales implícitos en el contrato.

En los casos dudosos, y para favorecer en general a la víctima, el Tribunal Supremo, de forma mayoritaria, concedía al perjudicado un derecho de opción, aludiendo a la doctrina de la «unidad de la culpa civil».

De este modo, del daño surgían acciones de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual que podían ejercitarse alternativa o subsidiariamente. El perjudicado podía optar por cualquiera de ellas o por proporcionar los hechos al juez para que este aplicara las normas que mejor se acomodaban a los hechos.

Este enfoque planteaba serios problemas de rogación y congruencia de las sentencias y de indefensión del demandado (¿podía el juez condenar basándose en una fundamentación distinta a la de la demanda? ¿Podía el demandado ser condenado sin haber podido rebatir la fundamentación de la condena?)

De forma minoritaria, aunque cada vez con más frecuencia, el Tribunal Supremo recurre al criterio de la «órbita de lo rigurosamente pactado», de tal modo que, existiendo obligación derivada de contrato, no se debe acudir al artículo 1902 CC, siempre que el hecho se realice «dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial».

La distinción presenta gran importancia práctica porque entraña la aplicación de bloques normativos con diferencias acusadas: en particular, por el plazo de prescripción, por su tratamiento en el concurso de acreedores, por la extensión del daño resarcible, por el alcance de las cláusulas de exoneración, por el régimen de la pluralidad de deudores, etc.

Ejemplos de daños

Por ejemplo, daños sufridos por el viajero en la estación antes de tomar el tren para el que ya ha adquirido el correspondiente billete; daños sufridos por el autoestopista al que, por cortesía, recoge un camionero; daños sufridos por el anciano al acceder a la sucursal bancaria donde tiene domiciliada su pensión de jubilación.

4.3.5. Problemas básicos de la indemnización de daños

Verificado el incumplimiento de la obligación, si el acreedor sufre daños, para reclamar la indemnización de los daños, y en qué cuantía, hay que dar respuesta a tres cuestiones distintas.

1) ¿A quién debe atribuirse el incumplimiento o el impedimento que afecta al cumplimiento? Se trata de determinar si el deudor responde o no, es decir, si ese riesgo debe ponerse a cargo del deudor o del acreedor. Como regla, salvo que concurra una causa de exoneración, el incumplimiento se imputa al deudor. Esta cuestión se denomina *imputación subjetiva del incumplimiento* y, como se ha expuesto, requiere analizar la concurrencia de una causa de exoneración o no.

2) ¿Cuáles son los daños sufridos por el acreedor que pueden conectarse de forma causal con el incumplimiento? Aquí se deben abordar dos cuestiones: por un lado, cuáles son los daños que no guardan relación con el incumplimiento, y por otro, cuál es el concepto de daño indemnizable y cuáles son las partidas indemnizables, que sí guardan relación causal con el incumplimiento.

3) ¿De qué daños causalmente relacionados con el incumplimiento responde el deudor? ¿Existen factores que permiten diferenciar en función de las características de los deudores? Se trata de determinar, en concreto, de qué daños responde el deudor, es decir, el alcance o la extensión del daño indemnizable.

4.3.6. La imputación subjetiva del incumplimiento

El criterio general de exoneración: el artículo 1105 CC

En los casos en que el incumplimiento del deudor causa daño al acreedor, el deudor quedará exonerado de responsabilidad si concurre el supuesto descrito en el artículo 1105 CC.

Conforme al artículo 1105 CC, «[f]uera 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».

Aunque el artículo 1105 CC no utilice las expresiones «caso fortuito» y «fuerza mayor», se solía entender que ambas figuras estaban reguladas en la norma. Desde el punto de vista de sus efectos, en dicho artículo tanto el caso fortuito como la fuerza mayor producían la misma consecuencia de exoneración. La jurisprudencia no suele tener en cuenta la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, aunque en ocasiones la acoja sin mayores consecuencias.

El artículo 1105 CC consagra una regla general de exoneración que puede verse alterada por dos vías:

- 1) Cuando una disposición normativa establezca la no exoneración del deudor.
- 2) Cuando las partes acuerden que no se producirá la exoneración del deudor.

Al igual que el fundamento de la indemnización de daños, la interpretación del alcance del artículo 1105 CC ha evolucionado en la doctrina.

Más modernamente, se dibuja un nuevo planteamiento del supuesto básico de exoneración de la indemnización de daños del artículo 1105 CC, a partir de lo dispuesto en el artículo 79.1 CV. Con arreglo a este planteamiento actual, para que el deudor quede exonerado de responsabilidad, han de concurrir los siguientes presupuestos:

- La falta de cumplimiento tiene que haber sido provocada por un impedimento (el «suceso» al que alude el artículo 1105 CC) que se halle fuera del control del deudor.
- Ha de tratarse de un suceso que no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar.
- Ha de ser, si es previsible con posterioridad al contrato, un suceso inevitable en sí y en sus consecuencias.

Cuestiones probatorias acerca de la exoneración del deudor

Acreditado el incumplimiento y el daño por el acreedor, el deudor tiene que probar, en su caso, la concurrencia de un supuesto que lo exonere de responsabilidad respecto de esos daños.

En la práctica, la demostración de la concurrencia de un supuesto de exoneración resulta bastante infrecuente.

El control sobre el impedimento al cumplimiento

Para que prospere la exoneración del deudor por los daños causados por el incumplimiento, debe concurrir, como condición necesaria aunque no suficiente, un impedimento al cumplimiento que quede fuera de la esfera de control del propio deudor.

De este modo, si el impedimento al cumplimiento queda dentro de la esfera de control del deudor, no hay exoneración; pero puede haber exoneración si el impedimento al cumplimiento queda fuera de dicha esfera. Como es lógico, la clave se encuentra en precisar cuál es la esfera de control del deudor.

La exoneración

En conexión con una interpretación que basaba la indemnización de daños en la culpa del deudor, podía entenderse que la exoneración del deudor requería siempre la carencia de culpa. De este modo, la exoneración equivalía a la ausencia de culpa.

Esa esfera de control del deudor engloba, cuando se trata de empresarios, los criterios de organización, producción o administración (por ejemplo, embalaje o almacenaje) y aquellas obligaciones mínimas de cuidado y diligencia que un empresario debe guardar en relación con su negocio. También debe incluir lo que se deriva de las obligaciones sean legales, sean contractuales, de las partes; por ejemplo, si el comprador se obliga al pago del precio, deberá tener en cuenta los requisitos necesarios para que sea posible (como la financiación).

Por las características de la obligación asumida no cabe hablar de impedimento al cumplimiento en los casos de obligaciones genéricas.

En cuanto a las **obligaciones pecuniarias**, la incapacidad financiera del deudor no es un supuesto de exoneración sin más. Solo cabe pensar en una exoneración respecto de la indemnización de daños (no de la propia prestación) cuando concurre una intervención de los poderes públicos (por ejemplo, prohibición de pagos superiores a cierta cantidad en compraventas internacionales).

Cuando se trata de **obligaciones de resultado**, el deudor compromete la obtención del resultado previsto, por lo que asume de forma contractual los riesgos de no consecución de ese resultado. El deudor garantiza ese resultado.

El deudor no responde frente al acreedor solo como consecuencia de su propia actividad, sino también por la actividad de las personas a las que recurre como auxiliares o dependientes en el cumplimiento de la obligación. Con carácter general, el Código civil no consagra este criterio, pero ofrece numerosas aplicaciones en sede de contratos en particular.

Imprevisibilidad del impedimento al cumplimiento

Para que prospere la exoneración del deudor por los daños causados por el incumplimiento, no basta que concurra un impedimento al cumplimiento ajeno a la esfera de control del propio deudor, es necesario además que ese impedimento (ajeno a su esfera de control) no fuera razonablemente previsible en el momento de contratar.

¿Por qué responde el deudor de impedimentos ajenos a su esfera de control, con tal de que sean previsibles en el momento de contratar? La razón se encuentra en la concepción del contrato como mecanismo de distribución de riesgos y en que, a pesar de su razonable previsibilidad, el deudor no excluyó el riesgo derivado de ese impedimento del ámbito contractual. Se entiende que, dada su previsibilidad, el deudor, como persona razonable, debe adoptar las medidas convenientes para evitar el impedimento y superar sus consecuencias, o afrontar las consecuencias económicas de la verificación de ese riesgo.

Inevitabilidad del impedimento al cumplimiento

Para que prospere la exoneración del deudor por los daños causados por el incumplimiento, no basta que concurra un impedimento al cumplimiento ajeno a la esfera de control del propio deudor y que sea razonablemente imprevisible en el momento de contratar, también es necesario que ese impedimento o sus consecuencias sean inevitables.

La inevitabilidad debe traducirse en que el impedimento resulte insuperable. No exonera aquel impedimento que, aun siendo extraño a la esfera de control del deudor e imprevisible en el momento de contratar, ha sido verificado al final pero podía ser superado por el deudor empleando la diligencia que, dada la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, correspondería a un buen padre de familia (art. 1104 CC).

Por ejemplo, Adelaida y Andrés contratan con el restaurante Miramar de Canet la celebración de su banquete de bodas. La noche anterior al banquete, la rotura de una conducción municipal de agua inunda una parte del local del restaurante. El problema se podría solucionar (pues no es ni inevitable ni insuperable) con un par de horas adicionales de trabajo por parte de los empleados del restaurante.

Tipología de supuestos de exoneración

No resulta fácil, y es probablemente inútil, tratar de identificar qué situaciones pueden dar lugar a la exoneración del deudor. La necesidad de tener en cuenta las circunstancias y el comportamiento de las partes impide la formulación de criterios generales.

A continuación, sin carácter exhaustivo, se mencionarán los supuestos que más a menudo se han podido considerar (al menos, en hipótesis) como exoneradores de la responsabilidad por daño.

Recordemos que se analiza la exoneración de los daños derivados del incumplimiento, pero que nada se dice acerca de la subsistencia de la obligación o del posible ejercicio de otros remedios.

Así, por ejemplo, si unas lluvias torrenciales, imprevisibles e inevitables obligan a cortar la carretera durante una semana e impiden a Juan entregar un televisor a Arancha, Juan no debe indemnizar por el retraso, pero sigue obligado a entregar el televisor.

1) **Fenómenos de la naturaleza.** Son los casos más típicos y clásicos de posible exoneración del deudor: terremotos, inundaciones, huracanes, erupciones volcánicas, lluvias torrenciales, etc. La razón de esa posible relevancia es clara: se trata de situaciones que, sin duda, tienen carácter extraño a la esfera de control del deudor.

2) **Factum principis.** Con esta expresión se identifican los actos y decisiones de los poderes públicos que, siendo de necesaria observancia, impiden el cumplimiento (por ejemplo, modificaciones normativas, denegación de autorización, prohibición de comercio).

Fenómenos de la naturaleza

Sin embargo, la verificación de uno de esos desastres no significa sin más la exoneración del deudor: es necesario analizar hasta qué punto ese fenómeno era imprevisible o inevitable. En ciertos lugares puede ser previsible una gota fría (costa mediterránea), un terremoto (Japón, Chile) o un huracán (Caribe).

3) **Conflictos sociales, políticos y bélicos.** Las guerras, revoluciones o conflictos civiles presentan un carácter extraño a la esfera de control del deudor y pueden llegar a ser exoneratorios de la responsabilidad por daños del deudor, siempre que sean imprevisibles o inevitables.

4) **Problemas empresariales.** Cada supuesto merece también un análisis específico, pero, con carácter general, no pueden considerarse supuestos de exoneración las huelgas de los trabajadores del propio deudor (aunque sean ilícitas o abusivas); en cambio, pueden ser exoneradoras las huelgas generales. Más discutible es el caso de las huelgas sectoriales.

En cuanto a los proveedores del deudor, quizá convenga distinguir entre **proveedor monopolista** y **proveedor no monopolista**. En el primer caso, puede dar lugar a la exoneración del deudor (si concurre además la imprevisibilidad y la inevitabilidad), pero no en el segundo, porque, al haber sido seleccionado por el deudor entre los diversos proveedores, debe considerarse como incluido en su esfera de control.

5) **La imputación al acreedor del impedimento al cumplimiento.** Cuando el impedimento al cumplimiento proviene de la propia actuación del acreedor concurre un supuesto de exoneración de la responsabilidad por los daños del deudor. La actuación del acreedor quiebra la relación de causalidad entre la actuación del deudor y el incumplimiento y la producción de daños.

El comportamiento del acreedor puede ocasionar la imposibilidad de la prestación (por ejemplo, el adquirente destruye la cosa que le debía ser entregada para intentar reclamar su valor o desvincularse de la relación), pero otras veces puede limitarse a entorpecer el cumplimiento en el momento establecido (por ejemplo, quien encarga un traje a medida y no acude a las pruebas del sastre).

La **mora del acreedor** (o *mora creditoris*) es la denominación que identifica aquella situación en la que se produce un retraso en el cumplimiento de la prestación como consecuencia de un comportamiento imputable al propio acreedor. Así, la mora del acreedor no ocasiona la imposibilidad de la prestación.

Son presupuestos de la mora del acreedor:

a) Que se trate de una obligación exigible y vencida y que el deudor haya realizado cuanto le incumbía para obtener el cumplimiento.

Factum principis

También aquí se debe valorar lo previsible y evitable del impedimento por parte del deudor.

b) Que se verifique una falta de cooperación del acreedor después de que el deudor ofrezca el cumplimiento. La oferta de cumplimiento del deudor debe ser idónea, íntegra y tempestiva, esto es, reunir los requisitos objetivos y circunstanciales del cumplimiento.

c) Que el acreedor se niegue a recibir la prestación sin razón para ello o que no haga todo lo posible para que se haga efectiva. Sin embargo, no es necesario que concurra culpa en el acreedor. La mora del acreedor no precisa de interpelación, sino que tiene eficacia inmediata.

Las consecuencias de la mora del acreedor son:

a) Si el deudor se encontraba en mora, cesa la mora del deudor (no los efectos ya producidos) con la mora del acreedor (*compensatio morae*).

b) Se modifica el sistema de riesgo por imposibilidad sobrevenida fortuita, de modo que los riesgos recaen sobre el acreedor.

c) Si se trata de una obligación de entrega, el deudor tiene la posibilidad de consignar y de liberarse (arts. 1176 CC y sigs., arts. 98 LJV y sigs. y arts. 69 LN y sigs.).

d) Si se trata de obligaciones sinalagmáticas, cabe la resolución del contrato por parte del deudor.

6) La imputación a un tercero del impedimento al cumplimiento. Aquella situación en la que el impedimento al cumplimiento provenga de la actuación de un tercero también puede ser considerada como causa de exoneración del deudor. La clave se encuentra en la ruptura de la relación de causalidad entre la conducta del deudor y la producción de daños. Como es obvio, al igual que sucedía en los casos anteriores, no basta con afirmar el carácter ajeno a la esfera de control del deudor de esa actuación para exonerar de responsabilidad: es necesario que además sea imprevisible e inevitable.

La actuación del tercero puede manifestarse, al menos, de dos modos distintos. Por un lado, el tercero puede impedir el cumplimiento de forma autónoma, sin relación alguna con el deudor.

En estos casos, el deudor puede quedar exonerado de responsabilidad, pero el problema más grave es hasta qué punto el acreedor, en tanto que perjudicado, puede reclamar contra el tercero.

Por ejemplo, parece evidente que el tenor Javier queda exonerado de responsabilidad por no ofrecer el recital y que Alberto (el ciclista) deberá indemnizarle por los daños causados, pero ¿puede Mercedes (la organizadora) reclamar contra Alberto por los daños que le ha ocasionado a ella su conducta?

Ejemplo

Por ejemplo, el ciclista Alberto atropella al tenor Javier que iba a dar un recital de ópera esa noche en el teatro de Mercedes.

Pero, por otro lado, el tercero puede incidir en el cumplimiento colaborando con el deudor en la infracción de sus deberes obligacionales.

Por ejemplo, la cantante Remedios firma un contrato en exclusiva por tres años con la discográfica Sonidos Sonoros, S. L., y así es anunciado en los medios de comunicación. Sin embargo, transcurridos unos meses, Remedios lanza al mercado un disco con la discográfica Silencios Mudos, S. L.

El deudor incurre en responsabilidad contractual respecto del acreedor, pero el problema se suscita acerca de cómo debe calificarse la responsabilidad del tercero, ya que no está vinculado de forma contractual con el acreedor. La responsabilidad del tercero requiere que haya actuado, al menos, culposamente (art. 1902 CC).

Competencia desleal

Debemos tener en cuenta que la inducción al incumplimiento constituye un supuesto de competencia desleal (art. 14 LCD).

La conducta del deudor y la indemnización de los daños causados al acreedor

Como se ha indicado, la imputación subjetiva del incumplimiento consiste en la identificación de los criterios que permiten atribuir a cierta persona el incumplimiento de la obligación. Decimos que el incumplimiento es subjetivamente imputable al deudor cuando el hecho que lo haya causado (el «suceso» del artículo 1105 CC) deba ser puesto a cargo de ese deudor según la distribución de riesgos explícita o implícitamente pactada o supletoriamente prevista por el legislador en normas especiales o en normas generales (arts. 1102 y sigs. CC).

Imputación subjetiva

Esta imputación subjetiva del incumplimiento no exige a la fuerza dolo o culpa. Dado que puede imputarse el incumplimiento al deudor sin que concorra culpa, no puede identificarse la imputación subjetiva con la responsabilidad subjetiva.

Entonces, ¿qué relevancia tiene la circunstancia de que el deudor haya obrado con culpa o dolo en el incumplimiento? Ni la demostración de la culpa ni del dolo son requisitos para que prospere una pretensión indemnizatoria. El deudor puede responder sin que se acredite la culpa o el dolo cuando no haya probado la concurrencia de un supuesto de exoneración. Ahora bien, si se acredita que la conducta del deudor merece ser tachada de culpable o dolosa en el incumplimiento, se reduce el espacio para su exoneración.

El nivel de imputación del incumplimiento al deudor (en particular, la concurrencia de culpa o dolo) es relevante en, al menos, cuatro planos distintos: por un lado, la responsabilidad en caso de incumplimiento doloso no puede ser objeto de un pacto que la excluya (art. 1102 CC); por otro lado, los tribunales pueden moderar la responsabilidad del incumplidor negligente (art. 1103 CC); además, la diligencia del deudor es relevante a la hora de precisar si un suceso es inevitable (art. 1105 CC), y, finalmente, la concurrencia de dolo o no es primordial para precisar cuáles son los daños de que responde el deudor (art. 1107 CC).

La culpa del deudor y la indemnización de daños

La culpa o negligencia del deudor tiene como reverso la diligencia, y este enfoque es el que adopta el Código civil. El artículo 1104 CC trata de delimitar en qué consiste la culpa y dispone, en dos párrafos, que «[l]a 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».

En el sistema de la responsabilidad derivada de incumplimiento, existen dos proyecciones especialmente intensas de la culpa del deudor:

1) En las **obligaciones de entrega de cosa determinada con función traslativa**, la culpa se entiende como omisión de la diligencia exigible en la conservación de la cosa (art. 1094 CC).

2) En las **obligaciones de medios o actividad**, la culpa se entiende como ausencia de la pericia o diligencia exigibles conforme a la *lex artis*. Y esta ausencia de pericia implica incumplimiento de la prestación asumida por el deudor.

En relación con las obligaciones de dar cosa determinada, el artículo 1183 CC establece que, salvo prueba en contrario, «[s]iempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito [...]».

Esta presunción de culpa (aunque, para ser más correctos, es una regla sobre la carga de la prueba) concuerda con las establecidas en los artículos 1563 y 1769 CC, y se explica porque en todas ellas o el deudor posee la cosa que se pierde, o esta se encuentra en su ámbito de disposición posesoria cuando se pierde. En esos casos es lógico presumir que se perdió por una causa de la que el poseedor tiene que responder. Pero es muy dudosa la posibilidad de generalizar la presunción a todo supuesto de incumplimiento.

El artículo 1103 CC, después de indicar que «[l]a responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones», admite que «podrá moderarse por los tribunales según los casos».

Por tanto, el precepto establece la posibilidad de que el juez modere la responsabilidad del deudor negligente.

El dolo del deudor y la indemnización de daños

En lo que se refiere al incumplimiento, el dolo significa que el deudor ha infringido de forma voluntaria y consciente su deber de prestación. Sin embargo, la concurrencia de dolo no exige en el deudor voluntad de dañar. En la práctica, por tanto, casi todos los incumplimientos son dolosos, aunque la jurisprudencia no aplique el régimen jurídico del dolo en su integridad.

Ejemplo

Por ejemplo, el médico debe efectuar un diagnóstico conforme a su saber profesional, sin que baste la actuación de una persona razonable. Por ello, si no alcanza ese parámetro de conducta, incumple su obligación.

El régimen jurídico del dolo en el incumplimiento se construye a partir de previsiones muy concretas del Código civil.

En primer lugar, el artículo 1102 CC establece que «[l]a responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula».

Esta norma permite considerar nulo cualquier pacto que suponga que el deudor quede exonerado de responsabilidad por dolo.

En segundo lugar, el artículo 1107.II CC atribuye al deudor doloso la responsabilidad por todos los daños que se deriven del incumplimiento de forma conocida. Esta previsión contempla el dolo como un criterio de agravación de la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento, comparado con los daños de que responde el deudor no doloso.

4.3.7. El daño indemnizable

La identificación y el cálculo del daño indemnizable

Con carácter general, el artículo 1101 CC establece que el incumplimiento de la obligación puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, pero no concreta en qué consiste esta, ni más en particular qué debe entenderse por daño.

No hay un concepto normativo de **daño**, que suele entenderse, con una fórmula amplia pero borrosa, como cualquier lesión a un interés o como toda situación desventajosa.

Con esta fórmula cabe un daño a un interés patrimonial y a un interés no patrimonial.

En la jurisprudencia, el modo habitual de proceder para calcular el daño es un **método de diferencia patrimonial**. Se compara la situación (real) en que se encuentra el acreedor tras el incumplimiento con una situación (hipotética) que puede ser la que tendría el acreedor si el deudor hubiera cumplido su prestación, o la que tendría el acreedor si no hubiera surgido la obligación con ese deudor. En el primer caso se habla de **interés contractual positivo o interés de cumplimiento**; y en el segundo, de **interés contractual negativo o interés de confianza**. La doctrina considera que el acreedor puede optar por reclamar el interés de cumplimiento o el interés de confianza, pero no acumularlos.

Por ejemplo, Francisco adquiere a Manuela por diez mil euros una escultura que está valorada en trece mil euros. Para poder instalarla adecuadamente en su despacho, Francisco tiene que realizar unas obras de acondicionamiento valoradas en setecientos cincuenta euros. Ante el incumplimiento de Manuela, Francisco puede reclamar el interés de cum-

plimiento (¿en qué situación estaría si Manuela hubiera cumplido? $3.000 - 750 = 2.250$ euros) o el interés de confianza (¿en qué situación estaría si no hubiera celebrado el contrato con Manuela? Setecientos cincuenta euros).

Hay dos cuestiones adicionales a la hora de determinar los daños resarcibles. Por un lado, se plantea el problema de precisar la incidencia de la denominada *compensatio lucri cum damno*. ¿Hay que tener en cuenta, para calcular los daños resarcibles, las ventajas o beneficios que el acreedor experimenta como consecuencia del incumplimiento? La cuestión es dudosa, pero de tenerse en cuenta esos beneficios para reducir la indemnización de daños, lo que se estaría produciendo es un desplazamiento injustificado en favor del deudor incumplidor mediante la rebaja de la indemnización. Por ello, parece más adecuado no tomarlos en consideración a la hora de calcular la indemnización.

Por otro lado, se plantea la existencia de un deber del acreedor de mitigar el daño. Conforme a este deber o carga, el acreedor perjudicado por el incumplimiento debe adoptar las medidas que, atendidas las circunstancias, sean razonables para reducir los daños derivados del incumplimiento. El fundamento de este deber de mitigar el daño se encuentra en el principio de buena fe (arts. 7 y 1258 CC) y ha sido reconocido en diversos textos (arts. 17 LCS y 77 CV) y en la jurisprudencia (STS de 4 de marzo de 2015).

Al tratarse de hechos constitutivos de su pretensión, corresponde al acreedor demostrar que existen daños derivados del incumplimiento y su cuantía (art. 217 LEC).

Con carácter general, no basta con acreditar el incumplimiento, aunque alguna sentencia haya admitido que era suficiente con la demostración del incumplimiento.

La indemnización de daños constituye una deuda de valor: su cuantía final no toma en consideración el momento del incumplimiento o de la demanda judicial, sino el momento de la condena a indemnizar.

Las categorías del daño indemnizable

La norma fundamental acerca de cuáles son los conceptos indemnizables en caso de incumplimiento se contiene en el artículo 1106 CC. Según esta norma, «[l]a 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».

El enfoque que adopta el artículo 1106 CC se centra en el daño patrimonial. La norma no excluye la posibilidad de un daño moral derivado del incumplimiento obligacional.

Daño emergente y lucro cesante

Aunque el artículo 1106 CC no utiliza expresamente esa terminología, existe unanimidad en entender que se refiere al daño emergente y al lucro cesante. Probablemente el sentido del precepto sea despejar toda duda en lo que respecta a la indemnizabilidad del lucro cesante.

1) Daño patrimonial: daño emergente

El **daño emergente** consiste en la pérdida producida en el patrimonio del acreedor como consecuencia del incumplimiento.

Como apunta Clara Asúa, sus manifestaciones son muy diversas: el valor o los gastos de reparación de un bien del acreedor destruido o deteriorado por la conducta del deudor; los gastos médicos en caso de lesiones a la integridad física o la salud; los gastos de reparación de la prestación defectuosa; el menor valor del activo por falta de conformidad; los costes del negocio de sustitución o cobertura; en el caso de utilización de recursos propios, los costes variables generados; los costes que se deriven del incumplimiento para el acreedor con terceros; los costes de determinación del daño y de preparación del proceso que no constituyan gastos del proceso (artículo 241.1 LEC).

2) Daño patrimonial: lucro cesante

El **lucro cesante** consiste en la ganancia o beneficio que deja de producirse en el patrimonio del acreedor como consecuencia del incumplimiento. Es decir, identifica aquellos lucros que el acreedor hubiera obtenido de no verificarse el incumplimiento.

Ejemplo de lucro cesante

Por ejemplo, el retraso en la entrega de un mobiliario a medida para un restaurante obliga a abrirlo un mes más tarde. El titular del restaurante calcula que cada día de cierre deja de ganar trescientos euros netos.

En la medida en que se trata de una ganancia futura, siempre presenta un carácter hipotético, por lo que la jurisprudencia acostumbra a enfocar su indemnizabilidad con un criterio restrictivo. Para evitar indemnizar los denominados «sueños de ganancia», la jurisprudencia, sin llegar a exigir la absoluta seguridad de que en el futuro iba a producirse cierto beneficio para el acreedor, sí requiere que presente una razonable probabilidad, de acuerdo con una evolución normal de los acontecimientos.

La valoración del lucro cesante se torna difícil si se carece de elementos históricos que permitan calcular cuál era el beneficio que podía experimentar el acreedor.

En tales casos puede recurrirse a los lucros obtenidos por negocios similares, en épocas y zonas coincidentes.

3) Daño moral por incumplimiento obligacional

La indemnizabilidad del daño moral contractual o por incumplimiento obligacional no está prevista de forma expresa en el Código civil. Aunque en un primer momento la jurisprudencia mantuvo un criterio contrario a su indemnizabilidad, poco a poco fue admitiéndose esa posibilidad, y hoy se acepta con claridad.

Por ejemplo, defectuosa prestación del servicio de *catering* de un banquete de bodas; viajero que sufre retraso de varias horas en el vuelo porque la compañía aérea ha decidido demorar la salida; velado de los negativos de las fotos de una primera comunión; problemas policiales derivados del uso en el extranjero de moneda falsa proporcionada por un

banco en España; exhumación indebida en un cementerio privado de restos humanos, que son arrojados a una fosa común.

Cabe mantener una concepción amplia de **daño moral**, como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual derivado del incumplimiento de una obligación, o una concepción más estricta, que exige que esas perturbaciones psicofísicas afecten a los derechos de la personalidad del acreedor. Pero la jurisprudencia suele inclinarse por una concepción amplia.

Por lo que se refiere a la cuantificación del daño, queda en buena medida a la discrecionalidad judicial, lo cual motiva serias disparidades en orden a las cantidades reconocidas.

4.3.8. La extensión del daño resarcible

El artículo 1107 CC establece un régimen distinto respecto de la extensión del daño resarcible en función de la conducta del deudor que incumple. Esta norma prevé que «[l]os 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 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».

Por consiguiente, el régimen legal diferencia dos situaciones:

1) **Deudor de buena fe:** responde de los daños previstos o previsibles al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

2) **Deudor doloso:** responde de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento.

1) La extensión del daño resarcible en caso de deudor de buena fe

Por **deudor de buena fe** hay que entender deudor no doloso.

Puede ser un deudor negligente, pero también un deudor no negligente que no acredita la concurrencia de un supuesto de exoneración (art. 1105 CC).

Para que responda el deudor de buena fe, los daños deben ser tanto previsibles como consecuencia necesaria del incumplimiento (art. 1107.I CC).

La previsibilidad del daño debe referirse al tiempo de contratar, no al tiempo de incumplir.

La exigencia de que los daños sean consecuencia necesaria del incumplimiento permite excluir el resarcimiento de aquellos daños que no guarden adecuación causal con el incumplimiento. Se trata de un problema de selección causal (o de imputación objetiva: esto es, de determinar si el daño debe ser imputado al incumplimiento, conforme a determinados criterios jurídicos, y no conforme a una mera conexión causal).

2) La extensión del daño resarcible en caso de deudor doloso

Por **deudor doloso** hay que entender el deudor que incumple de manera voluntaria.

No supone voluntad de dañar, sino, por lo general, una decisión estratégica basada en la suposición de los menores costes del incumplimiento frente al cumplimiento, o en las dificultades o costes que le supone cumplir.

Conforme al artículo 1107.II CC, el deudor doloso responde de todos los daños que se conozca que deriven del incumplimiento.

La doctrina considera que la formulación de la regla del artículo 1107.II CC resulta poco razonable porque conduce a una asignación exagerada de perjuicios al deudor. Por ello, se plantea una reducción de su alcance, exigiendo que el daño sea consecuencia necesaria del incumplimiento y que exista una conexión causal entre el incumplimiento y el daño, conforme a los criterios de imputación objetiva, en particular el de adecuación.

Y aunque es frecuente que la jurisprudencia insista en el doble régimen del artículo 1107 CC, en la práctica son declaraciones de las que se extraen escasas consecuencias, con lo que de hecho aplica el mismo régimen al deudor de buena fe que al deudor doloso.

4.3.9. La modificación convencional de las reglas sobre indemnización de daños

Al amparo de la autonomía privada y con sus límites (art. 1255 CC), las partes pueden acordar una modificación de los criterios legales en punto a la indemnización de los daños derivados del incumplimiento. Las partes pueden pactar una **exoneración de la responsabilidad del deudor** o una **limitación o una agravación de su responsabilidad**.

El alcance de estos pactos modificativos se ve limitado por la normativa protectora de los consumidores cuando pretendan perjudicar al consumidor.

Carácter abusivo

Para valorar su posible carácter abusivo, hay que tener en cuenta los artículos 86.1, 86.2, 85.6 y 88.1 TRLGDCU.

1) Las cláusulas de exoneración de responsabilidad

Las **cláusulas de exoneración** son aquellas modificaciones convencionales que prevén la no responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento.

La admisión o el rechazo de estas cláusulas no tiene carácter general. Debe tenerse en cuenta que, por supuesto, no son admisibles cuando tengan carácter abusivo. Por aplicación del artículo 1102 CC, tampoco cabe que se exonere al deudor en caso de incumplimiento doloso. Sí que cabe exonerar de responsabilidad en caso de incumplimiento negligente, siempre que se trate de daños patrimoniales, pero no cuando se trate de daños a las personas, porque los límites generales del artículo 1255 CC (moral y orden público) impiden esa exoneración.

2) Las cláusulas de limitación de responsabilidad

Las cláusulas de limitación son aquellas modificaciones convencionales que prevén limitar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento.

La limitación puede referirse tanto a los casos por los que se responde (*an respondatur*) como a la cuantía de la indemnización (*quantum respondatur*). La moderación de la responsabilidad del incumplidor puede alcanzarse de diversas formas:

- La fijación de la cuantía máxima de la indemnización.
- La graduación de la diligencia exigible al deudor.
- El establecimiento de límites a la reclamación que el acreedor debe efectuar en caso de incumplimiento (en especial, de tiempo y de lugar).
- La limitación de los tipos de bienes o daños lesionados.

Por aplicación del artículo 1102 CC, no cabe que se limite la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento doloso.

3) Las cláusulas de agravación de responsabilidad

Las cláusulas de agravación suponen un reforzamiento de la tutela del crédito y son aquellas modificaciones convencionales que prevén la agravación de la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento.

La agravación puede referirse tanto a los casos por los que se responde (*an respondatur*) como a la cuantía de la indemnización (*quantum respondatur*). Por tanto, esta agravación puede alcanzarse de diversas formas:

- La previsión de una liquidación del daño, aunque sea mayor que el daño efectivamente causado.
- La asunción de responsabilidad en circunstancias que supondrían liberación del deudor. Esta posibilidad tiene un apoyo en el artículo 1105 CC.
- La elevación de la diligencia exigible al deudor hasta llegar a la culpa levísima.

4.4. La resolución del contrato

4.4.1. Delimitación y función de la resolución del contrato

Ante el incumplimiento de una de las partes, la resolución del contrato se dirige a propiciar la desvinculación de estas, y a imponer en su caso la restitución de las prestaciones ya efectuadas. Así pues, se presenta como un caso de **ineficacia sobrevenida y funcional del contrato**: el contrato es válido y no presenta defectos estructurales, pero el comportamiento posterior de una de las partes requiere la activación de un medio de defensa destinado a tutelar a la otra frente a un incumplimiento que lesiona de forma objetiva su interés en la actuación o desarrollo de la relación obligatoria.

La ubicación sistemática del remedio resolutorio en el Código civil resulta manifiestamente criticable: se trata de un remedio legal frente al incumplimiento que es presentado como un supuesto de condición resolutoria tácita (art. 1124 CC). El artículo 1124.I CC dispone que «[l]a facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe».

Las partes pueden pactar modificaciones acerca del alcance de la facultad de resolver e incluso renunciar a ella (dejando a salvo las reglas de protección de los consumidores). En principio, pueden asignar carácter esencial a cualquier incumplimiento (aunque el Código civil limite su eficacia cuando se trata del impago en la venta de inmuebles por precio aplazado [artículo 1504 CC]).

Cláusula abusiva

El artículo 86.1 TRLGDCU califica de abusiva la cláusula que contenga una exclusión o limitación inadecuadas de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

4.4.2. Presupuestos de la resolución por incumplimiento

La concreción de los presupuestos de la resolución por incumplimiento constituye una construcción jurisprudencial:

1) **La existencia de un vínculo contractual vigente.** Con ello se pretende poner de manifiesto que:

a) no cabe resolver un contrato inexistente o nulo, pues estos no producen ningún efecto jurídico que pueda extinguirse para lo sucesivo, y

b) el contrato no debe haber sido consumado de manera correcta.

2) **La reciprocidad de las prestaciones.** Esta exigencia deriva directamente del artículo 1124 CC, que habla de obligaciones recíprocas, esto es, bilaterales o sinalagmáticas. No basta para ello la mera coincidencia entre dos personas, que se encuentran al mismo tiempo en posición de acreedor-deudor y de deudor-acreedor. El sinalagma exige que entre las prestaciones recíprocas exista una conexión: que una prestación nazca como consecuencia de la otra (art. 1274 CC).

3) **La exigibilidad de las prestaciones.** Como es obvio, para que pueda hablarse de incumplimiento es necesario que la prestación incumplida sea exigible. Pero, en cambio, no es necesario que también sea exigible la prestación de quien resuelve: puede resolver no solo el contratante cumplidor, sino también el contratante no incumplidor.

4) **El incumplimiento resolutorio del deudor.** Aunque el artículo 1124.I CC alude sin más a no cumplir lo que incumbe a uno de los obligados, lo cierto es que no cualquier incumplimiento permite resolver, ya que la jurisprudencia ha ido perfilando qué caracteres debe reunir un incumplimiento para que pueda dar lugar a la resolución del contrato.

a) **Carácter esencial de la obligación incumplida.** En principio, solo cabe resolver por el incumplimiento de obligaciones esenciales y no de las accesorias, aunque en ocasiones el Tribunal Supremo ha admitido la resolución por incumplimiento de una obligación accesoria en función de su incidencia en el cumplimiento de la obligación principal o de las consecuencias que se derivaban de su incumplimiento.

b) Gravedad del incumplimiento. No cualquier incumplimiento tiene carácter resolutorio: el Tribunal Supremo se refiere a este aspecto con una variada terminología, al indicar, por ejemplo, que sea grave, que sea esencial, que impida la satisfacción económica de las partes, que impida obtener la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato o que quiebre la finalidad económica del contrato.

Por ello, un cumplimiento defectuoso o un retraso en el cumplimiento puede tener carácter resolutorio siempre que presente la suficiente gravedad para la economía del contrato o implique una frustración del fin del contrato.

c) Irrelevancia de la imputabilidad del incumplimiento. El artículo 1124 CC se aplica a los supuestos en que el incumplimiento es imputable al deudor, pero también resulta aplicable a los supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación.

5) Falta de incumplimiento del acreedor. A pesar del silencio del artículo 1124 CC, la jurisprudencia establece que la resolución requiere que quien la ejercite haya cumplido o no haya incumplido lo que le incumbía.

4.4.3. Ejercicio de la facultad resolutoria

El Código civil dedica escasa atención a cómo debe ejercitarse la resolución del contrato, a pesar de la relevancia de los problemas prácticos que se plantean.

1) ¿Ejercicio judicial o extrajudicial de la facultad resolutoria? Aunque en su párrafo tercero alude a ciertas intervenciones de los tribunales, el artículo 1124 CC no precisa de forma clara si la resolución puede ejercitarse extrajudicialmente o debe ser necesariamente judicial. Por ello, existen dos líneas jurisprudenciales y doctrinales, cuya principal transcendencia se encuentra en fijar el momento en que la resolución es eficaz.

Una primera interpretación considera que la resolución solo cabe extrajudicialmente si el deudor la acepta. Según este planteamiento, la falta de acuerdo requiere declaración judicial de resolución, que tendrá carácter constitutivo (es decir, los efectos de la resolución solo se producirán si hay sentencia que la decrete y desde ese momento).

Una segunda interpretación, más moderna, considera que es el acreedor y no la sentencia la que determina la resolución del contrato. De existir controversia sobre la resolución, la sentencia se limita a declarar si la resolución se ajustó a derecho o no (es decir, la sentencia es declarativa), pero sus efectos se producirán desde que el acreedor la ejercitó, bien mediante declaración extrajudicial, bien mediante demanda judicial. Este planteamiento encaja mejor con el carácter de facultad que el artículo 1124 CC atribuye a la resolución por incumplimiento; y no excluye el control de los tribunales, encaminado a evitar que el acreedor pretenda de forma injustificada la resolución del contrato.

2) Legitimación activa y pasiva. Para ejercitar la resolución está legitimado de manera activa el contratante que, en su condición de acreedor, se ve afectado por el incumplimiento de su deudor. Como se ha indicado, se requiere

que quien resuelve haya cumplido o no haya incumplido lo que le incumbía. Los problemas más graves se suscitan en caso de pluralidad de personas en la posición de quien pretende resolver.

La **pretensión de resolución** se dirige (legitimación pasiva) contra el deudor que ha incumplido su obligación. También plantea problemas la pluralidad de personas en la parte que ha incumplido.

3) El denominado *ius variandi* del acreedor. Conforme al artículo 1124.II CC, y siempre que concurren sus respectivos requisitos, «[e]l perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos».

Pero, una vez efectuada esa opción, la posibilidad de modificación se encuentra muy restringida, «podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible» (art. 1124.II CC).

En consecuencia, el *ius variandi* del acreedor se somete a los siguientes criterios:

a) Si el acreedor opta por el cumplimiento forzoso, solo puede optar por la resolución cuando aquel ha resultado imposible.

b) Si el acreedor opta por la resolución, ya no puede optar por el cumplimiento forzoso.

4) Resolución y concurso de acreedores. Conforme al artículo 62.I LC, en caso de **contrato de tracto único**, el acreedor solo puede resolver por incumplimiento posterior al concurso; y en caso de **contrato de tracto sucesivo**, también puede resolver por incumplimiento anterior al concurso.

5) Prescripción de la acción de resolución. El Código civil no ofrece criterio específico al respecto, por lo que la acción prescribe a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación (art. 1964.2 CC).

4.4.4. Efectos de la resolución por incumplimiento

Hay que diferenciar diversos tipos de consecuencias:

1) La resolución del contrato cumple siempre una función desvinculatoria y, en su caso, una función restitutoria. En otras palabras, la resolución supone siempre extinción de la relación obligatoria, pero restitución solo de modo circunstancial.

El principal efecto de la resolución del contrato es la **desvinculación de los contratantes**. Declarada la resolución, los contratantes dejan de estar obligados a cumplir las prestaciones pactadas y que todavía no habían ejecutado; es decir, los contratantes quedan liberados de sus obligaciones.

La **función restitutoria de la resolución por incumplimiento** solo se activa si, como consecuencia del contrato resuelto, se ha ejecutado alguna prestación. Por lo tanto, este efecto restitutorio está supeditado a la circunstancia de que se haya comenzado a ejecutar el contrato. No hay restitución alguna cuando ninguna de las partes ha ejecutado la prestación que contractualmente le correspondía.

Las partes no solo han de restituir las prestaciones, sino también los frutos que hayan producido o los intereses del precio recibido (arts. 1295 y 1303 CC).

Suele afirmarse que la resolución del contrato tiene eficacia retroactiva, porque, a través de la restitución, hace desaparecer los efectos contractuales ya producidos (eficacia *ex tunc* o desde entonces). Sin embargo, esta idea debe matizarse: no hay retroactividad cuando se resuelve un contrato de tracto sucesivo en el que, durante cierto tiempo, las partes han cumplido sus respectivas obligaciones o cuando se trata de obligaciones de hacer parcialmente ejecutadas, en las que la extinción del contrato no ha de determinar, a la fuerza, la destrucción de lo realizado (eficacia *ex nunc* o desde ahora).

La resolución del contrato no puede perjudicar los «derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los arts. 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria» (art. 1124.IV CC).

La resolución del contrato no afecta a aquellas cláusulas contractuales pactadas precisamente para el caso de incumplimiento o de resolución, como son las cláusulas penales, las de sumisión expresa a determinado tribunal o jurisdicción, las de sometimiento a arbitraje, etc.

2) El propio artículo 1124.II CC consagra la posibilidad de que el acreedor no incumplidor exija la resolución y «el resarcimiento de daños y abono de intereses». Así, se establece la compatibilidad entre el remedio resolutorio y el remedio indemnizatorio.

Un mismo incumplimiento puede dar lugar a la resolución y a la indemnización de daños, pero también cabe que un incumplimiento sea grave y, por tanto, resolutorio, sin que genere indemnización de daños, o que un incumplimiento genere indemnización de daños pero no sea resolutorio.

El problema más difícil de solucionar en cuanto a la indemnización de daños combinada con la resolución del contrato es determinar cómo se calculan esos daños. Cabe tomar en consideración dos enfoques distintos: el **interés contractual negativo** (o interés de confianza) y el **interés contractual positivo** (o interés de cumplimiento). Verificado el incumplimiento y resuelto el contrato, para calcular los daños, podemos comparar la situación actual del contratante no incumplidor con dos escenarios hipotéticos distintos: podemos comparar su situación actual con la situación que tendría si el contrato no se hubiera celebrado (interés contractual negativo), o podemos comparar su situación actual con la situación que tendría si el contrato se hubiera cumplido de forma correcta (interés contractual positivo). En ambos casos, cabe que los perjuicios se refieran a daños emergentes y lucros cesantes.

Indemnización acumulada

La jurisprudencia no mantiene un criterio claro, pero en ningún caso el contratante no incumplidor puede exigir indemnización acumulada tanto por el interés contractual positivo como por el interés contractual negativo.

4.5. La reducción de la contraprestación

4.5.1. Delimitación y función de la reducción de la contraprestación

El remedio de la reducción de la contraprestación solo opera en las relaciones sinalagmáticas, en la medida en que solo de estas puede predicarse la existencia de una prestación y de una contraprestación.

El remedio de la reducción pretende reequilibrar las prestaciones contractuales, una vez constatado que una de las prestaciones se ha ejecutado de manera parcial o defectuosa, y que el contenido de la otra prestación (la que se pretende reducir) se fijó presuponiendo un cumplimiento exacto de aquella prestación.

El remedio de la reducción se presenta como una solución que no implica la absoluta desvinculación del contrato (como la resolución) ni impone el cumplimiento en su integridad (como el cumplimiento forzoso). Así pues, presenta una clara tendencia a la conservación del contrato, en cuanto sea posible.

La reducción de la contraprestación no se contempla con carácter general en el Código civil, pero es evidente su proximidad:

1) Con la acción estimatoria o *quantum minoris* del artículo 1486 CC, en el ámbito del saneamiento por vicios ocultos, donde en dicho caso se ofrece al comprador la alternativa de «rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos».

2) Con la rebaja del precio en caso de falta de conformidad con el producto de consumo de los artículos 121 y 122 TRLGDCU.

4.5.2. Presupuestos de la reducción de la contraprestación

Para que pueda operar la reducción de la contraprestación, es necesario:

- 1) Que se trate de obligaciones sinalagmáticas.
- 2) Que se haya ejecutado una prestación de forma parcial o defectuosa (no conforme con el contrato).
- 3) Que quien haya recibido esa prestación no conforme con el contrato acepte, pese a ello, esa prestación.
- 4) Que quien haya recibido esa prestación solicite la reducción de la prestación a su cargo y, en su caso, la restitución del exceso.

4.5.3. Efectos de la reducción de la contraprestación

El principal efecto de la reducción estriba en una recomposición del equilibrio contractual.

Fijadas las prestaciones a cargo de las partes en función de un cumplimiento exacto de ambas y verificado el cumplimiento defectuoso o parcial de una de ellas, es necesario recalcular el contenido de la prestación de la otra para restaurar ese equilibrio.

Los efectos de reducir la contraprestación difieren en función de la ejecución de la prestación a cargo del acreedor que ha recibido una prestación no conforme:

- 1) Si no ha ejecutado su prestación, cumplirá esa prestación con el alcance que tenga tras la reducción.
- 2) Si ya ha ejecutado su prestación, se le restituirá el exceso de lo ejecutado respecto a la prestación que debía ejecutar tras la reducción.

La reducción de la contraprestación es compatible, si concurren sus requisitos, con la indemnización de los daños causados, aunque, como es lógico, si se reduce la prestación a cargo de quien ha sido perjudicado, el alcance de los daños que ha sufrido será menor.

4.6. La suspensión del cumplimiento de la propia prestación

4.6.1. Delimitación y función de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación

Cuando la relación obligatoria tiene carácter sinalagmático, ese carácter implica un principio de interdependencia o reciprocidad de las obligaciones del que deriva a su vez que, como regla general, ambas prestaciones deben ser cumplidas al mismo tiempo: esta es una manifestación del denominado *sinalagma funcional*.

A partir de ese criterio de simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones, se plantea si debe cumplir aquel a quien se le exige el cumplimiento sin que quien exija el cumplimiento haya cumplido a su vez.

En el Código civil no existe una previsión de carácter general al respecto, pero la jurisprudencia, a partir del contenido de los artículos 1100, 1466, 1467, 1500 y 1502 CC, ha construido la figura de la denominada *excepción de incumplimiento contractual o de contrato no cumplido* (*exceptio non adimpleti contractus*). Esta figura equivale a la que más modernamente se conoce como **suspensión del cumplimiento de la propia prestación**.

Ahora bien, plantear la suspensión del cumplimiento de la propia prestación no predetermina el desarrollo de la relación obligatoria. Las partes no se desvinculan de la relación obligatoria. La paralización del cumplimiento de quien la alega no permite saber si a continuación se producirá el cumplimiento de ambas partes de la relación o si, por el contrario, se dará un incumplimiento definitivo de alguna de las partes.

4.6.2. Clases de suspensión del cumplimiento de la propia prestación

Jurisprudencial y doctrinalmente, se alude a la existencia de dos situaciones distintas:

1) La llamada *excepción de contrato no cumplido*, que puede plantearse cuando el contratante que reclama el cumplimiento ha omitido por completo su prestación.

2) La llamada *excepción de cumplimiento defectuoso* (*exceptio non rite adimpleti contractus*), que puede plantearse cuando el contratante que reclama el cumplimiento ha cumplido de forma defectuosa o inexacta.

La excepción de contrato no cumplido no plantea problemas en cuanto a su alcance, puesto que queda justificada la suspensión de toda la prestación de quien la alega. Más delicado es el alcance de la excepción de cumplimiento defectuoso, puesto que no son impensables conductas oportunistas de quien alega esa excepción.

Por ejemplo, Damián contrata con Jesús la reforma integral de su cuarto de baño por dos mil quinientos euros y cuando Jesús reclama el pago de esa cantidad, Damián se niega a pagar un solo céntimo porque dice que falta por colgar un par de toalleros que estaban acordados.

La jurisprudencia ha mantenido un criterio contrario a admitir la eficacia de la excepción cuando la relevancia del defecto sea escasa, apelando, entre otros argumentos, a la buena fe. Parece más adecuado admitir la alegación de la excepción, pero en proporción al defecto constatado. Con ello, no se produciría una suspensión total de la propia prestación, sino simplemente parcial.

4.6.3. Presupuestos de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación

Para que sea eficaz la suspensión del cumplimiento de la propia prestación, es necesario que concurran ciertos presupuestos:

- 1) Que se trate de obligaciones sinalagmáticas.
- 2) Que una de las partes reclame el cumplimiento.
- 3) Que quien exija el cumplimiento no haya cumplido la obligación a su cargo o la haya cumplido de manera defectuosa.
- 4) Que la alegación de la excepción no sea contraria a la buena fe.

4.6.4. Ejercicio y eficacia de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación

La suspensión del cumplimiento de la propia prestación tiene una vertiente material y otra procesal.

La suspensión del cumplimiento de la propia prestación constituye una **defensa material** en la medida en que resulta operativa tanto extrajudicial como judicialmente. El deudor no incurre en mora, a pesar de la concurrencia de intimación o de mora automática, si antes el acreedor no ha cumplido lo que le incumbe.

Sin embargo, lo más frecuente es que la suspensión se alegue en el curso de un proceso dirigido a exigir el cumplimiento forzoso. Y en este punto conviene destacar que, a pesar de su denominación habitual (excepción), no puede articularse como tal excepción porque no existe cauce formal para ello (ya que

los artículos 416 LEC y siguientes solo se refieren a excepciones procesales). Por ello, la excepción debe ser alegada en la contestación a la demanda o en la reconvencción.

5. Las garantías del crédito

5.1. Planteamiento general

5.1.1. Preliminar

Existe una conexión institucional entre deuda y responsabilidad, de manera que, en caso de incumplimiento, el deudor es responsable con todo su patrimonio, presente y futuro (art. 1911 CC). De ahí deriva la importancia que tiene para el acreedor la integridad del patrimonio de su deudor: en los bienes que lo componen encuentra el acreedor la vía para satisfacer sus intereses en caso de que el deudor no cumpla la prestación debida.

Sin embargo, en ocasiones, el patrimonio del deudor no resulta suficiente (o es probable que no resulte suficiente) para asegurar el cumplimiento de lo que incumbe al deudor y, por esa razón, el acreedor desea ampliar el ámbito sobre el que puede recaer la responsabilidad derivada de una deuda. Esa ampliación de patrimonios implica obviamente una mayor garantía para el acreedor, garantía que solo se activará en los casos de incumplimiento del deudor. El paradigma de esta ampliación patrimonial es la fianza (arts. 1822 CC y sigs.).

Pero además de la garantía que proporciona la posibilidad de que el acreedor se dirija contra otros patrimonios aparte del de su deudor, también se engloba en la categoría genérica de garantía todo aquel mecanismo que, apartándose de los criterios generales de responsabilidad, implica un refuerzo de la posición del acreedor. Aquí la variedad es muy intensa.

El reforzamiento para el acreedor puede derivar de la especial sujeción de un bien, perteneciente al patrimonio del deudor o no, para satisfacer un crédito, con preferencia frente a otros acreedores o terceros adquirentes. Nos hallamos entonces ante las **garantías reales**, como la prenda o la hipoteca (arts. 1857 CC y sigs.).

Aun sin esa especial sujeción, el ordenamiento ofrece a las partes vías para reforzar la posición del acreedor que simplifican la obtención de tutela por su parte o que agravan la posición del deudor: también puede verse en sentido amplio una garantía para el acreedor en la facilitación de la exigencia de responsabilidad o en la agravación de la situación del deudor.

Con ello, se facilita la calificación como garantías del crédito de ciertos tipos de arras o de cláusulas penales. Pero es muy importante tener en cuenta que tanto las arras como las cláusulas penales son mecanismos jurídicos polivalentes,

Garantías reales

Por diversas razones, estas figuras no son objeto de estudio en sede de teoría general de la obligación.

es decir, que no solo cumplen una función de garantía del crédito, sino que pueden desempeñar otras funciones. Más aún: en determinados tipos de arras o de cláusulas penales, no aparece la función de garantía del crédito.

5.1.2. Caracteres de las garantías

Las garantías deben ser incorporadas a la relación obligatoria, y esta incorporación se produce como consecuencia de la autonomía privada de las partes (art. 1255 CC). Esta incorporación voluntaria permite identificar aquellas situaciones jurídicas que merecen ser calificadas como garantías.

Las garantías son accesorias del crédito, de modo que se ven sometidas a sus vicisitudes. Pueden extinguirse sin que se extinga el crédito, pero la extinción del crédito acarrea la extinción de la garantía (arts. 1155 y 1847 CC). Como regla, la transmisión del crédito implica la transmisión de las garantías (arts. 1212 y 1528 CC).

5.1.3. Garantías personales y garantías reales

La distinción más tradicional contrapone las garantías reales a las garantías personales.

Conforme al planteamiento tradicional, se acostumbra a identificar las **garantías reales** con aquellas situaciones en las que se concede al acreedor un poder, derecho o facultad sobre una cosa determinada y concreta del deudor o de un tercero: la cosa queda afectada a cierta responsabilidad.

Este poder goza de la protección específica que tradicionalmente se vincula con los derechos reales: esto es, **inmediatividad** y, sobre todo, **oponibilidad erga omnes**. Al acreedor se le confiere la posibilidad de agredir la cosa, a través de los órganos del Estado, para enajenarla de manera forzosa y dedicar el producto obtenido a verificar el pago de su crédito.

La mejor delimitación de las **garantías personales**¹ se efectúa de forma negativa: son aquellas garantías que no merecen ser calificadas como reales.

⁽¹⁾Estas serán a las que dediquemos nuestra atención en las páginas que siguen.

5.2. La cláusula penal

5.2.1. Delimitación de la cláusula penal

La cláusula penal o pena convencional constituye un pacto que las partes de un negocio jurídico incorporan a este y en cuya virtud una de ellas (o ambas recíprocamente) se obligan a pagar una suma de dinero a la contraparte en el caso de que incumplan sus obligaciones principales o las cumplan de manera defectuosa o tardía.

Por ejemplo, en un contrato de suministro de fruta, se introduce una cláusula en cuya virtud el suministrador se obliga a pagar una determinada cantidad de dinero al receptor de la mercancía para el supuesto de que no entregue la totalidad de la fruta prevista, esta tuviera un calibre o una calidad inferiores a lo pactado o se entregue con retraso.

Como se observa, en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC), las partes pueden establecer ante qué tipo de incumplimiento o cumplimiento defectuoso deberá satisfacer la pena convencional el contratante incumplidor.

La cláusula penal está prevista en el Código civil en los artículos 1152 a 1155, configurándose como una obligación accesoria respecto de la obligación principal contenida en el negocio jurídico que la incorpora. Por ello, el artículo 1155 CC indica que «[l]a nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la nulidad de la obligación principal»

pero, por el contrario, la nulidad de la obligación principal produce necesariamente la nulidad de la cláusula penal debido a su accesoriidad.

Dada la conexión funcional entre la cláusula penal y la indemnización de daños, como regla general, para que pueda exigirse la cláusula penal es necesario que en la falta de cumplimiento de la obligación principal (incumplimiento total, cumplimiento defectuoso, mora, etc.) no concurra un supuesto de exoneración de responsabilidad (art. 1152 CC).

Ante la existencia de dudas, la jurisprudencia considera que el alcance de la cláusula penal debe ser objeto de interpretación restrictiva.

5.2.2. Funciones de la cláusula penal

Es tradicional señalar que, teniendo en cuenta cómo ha sido configurada por las partes, la cláusula penal puede desempeñar tres funciones distintas: liquidatoria o sustitutoria de la indemnización de daños, coercitiva o punitiva, y facultativa.

1) Con carácter general, el artículo 1152 CC dispone que «[e]n las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado».

Es decir, la cláusula penal se activa en caso de que se verifique el supuesto previsto para la exigibilidad de la pena (el Código civil piensa en la falta total de cumplimiento de la obligación). Por lo tanto, el Código civil atribuye a la cláusula penal una **función sustitutiva** de la indemnización de los daños que hipotéticamente podrían ocasionar el incumplimiento previsto por las partes.

Así, ante la falta de cumplimiento previsto por las partes para que opere la cláusula penal, la parte que tiene derecho a exigir la pena convencional podrá reclamar del incumplidor el importe de esta, sin necesidad de acreditar que efectivamente el incumplimiento le ha producido daños ni su cuantía, como ocurriría en caso de tener que aplicarse el régimen general del artículo 1101 CC, lo que facilitará mucho la reclamación judicial y, en definitiva, la satisfacción de los intereses del perjudicado.

2) En cualquier caso, el acreedor de la cláusula penal, salvo que esta facultad le haya sido claramente otorgada, no podrá exigir de manera conjunta el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena (art. 1153 CC). Por lo tanto, solo en el caso de que las partes hubieran convenido de manera expresa y clara la posibilidad de exigir al mismo tiempo el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena podrá el acreedor reclamar de forma acumulativa ambas pretensiones.

3) También establece el artículo 1153 CC que el deudor de la obligación principal no podrá eximirse de su cumplimiento pagando la pena, salvo en el caso de que se hubiese pactado esta posibilidad de manera expresa. Es decir, si se hubiera pactado expresamente, el deudor podrá escoger entre pagar la pena o cumplir la obligación, lo que se suele denominar *pena de arrepentimiento*, pues pagando la cláusula penal el deudor quedaría liberado de la obligación principal.

Si, por el contrario, no se hubiera establecido este pacto en beneficio del deudor, será el acreedor el que podrá optar entre exigir la pena convencional o el cumplimiento de la obligación principal, puesto que el establecimiento de la cláusula penal no impide al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación; o exigir el cumplimiento de la obligación y, de forma subsidiaria, para el caso de que dicho cumplimiento forzoso ya no fuera posible, el pago de la cláusula penal.

5.2.3. Cuantía y moderación de la cláusula penal

Las partes son libres para fijar el importe de la cláusula penal y los supuestos en los que esta será exigible (incumplimiento total, cumplimiento defectuoso, retraso diario o mensual, etc.). No obstante, en el caso de que la normativa protectora de los consumidores y usuarios fuera aplicable y la cláusula penal no hubiera sido negociada de forma individual, podrá ser declarada abusiva y tenerse por no puesta si fuera desproporcionadamente alta respecto de los daños y perjuicios en efecto producidos por el incumplimiento del consumidor (art. 85.6 TRLGDCU).

El artículo 1154 CC establece la obligación del juez de modificar de manera equitativa la pena cuando la obligación principal hubiera sido cumplida por el deudor en parte o de forma irregular.

Dada la imperatividad del precepto («[e]l juez modificará equitativamente [...]»), no se trata solo de una posibilidad concedida al juez, sino de una obligación, por lo que el juez necesariamente deberá moderar la cláusula penal (incluso de oficio, pese a las críticas doctrinales) cuando se produzca el supuesto de hecho previsto en la norma.

Por otra parte, se trata de una modificación equitativa de la pena, por lo que no podrá suprimirse la cláusula penal en aplicación del artículo 1154 CC.

Sin embargo, no deberá moderarse la cláusula penal en aquellos supuestos en los que las partes hubieran pactado el pago de la cláusula precisamente para el caso de incumplimiento parcial, defectuoso o retrasado.

Así, si la cláusula penal se pactó para el supuesto de que el deudor cumpliera de forma defectuosa su obligación principal (por ejemplo, entregando fruta de menor calibre o calidad que el establecido en el negocio jurídico) o la cumpliera con retraso (pactándose, por ejemplo, el pago de determinada suma por cada día de retraso en la entrega de la fruta), la pena no podrá moderarse, ya que las partes la establecieron precisamente para esos supuestos de falta de cumplimiento.

Salvo en el caso de contratación con consumidores y usuarios y la posible aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas, tampoco podrá moderarse la cláusula penal si la pena convenida fuera exorbitante o claramente desproporcionada respecto de los daños efectivamente producidos por el incumplimiento. En estos supuestos, no sería de aplicación el artículo 1154 CC, que prevé la moderación de la pena solo para el caso de que se hubiera cumplido la obligación principal en parte o de manera irregular, por lo que deberá mantenerse la cuantía de la pena pactada a voluntad entre las partes contratantes.

Solo puede intentar defenderse una moderación de la pena libremente pactada por las partes si se aplica al negocio jurídico el principio general de buena fe, la proscripción del abuso del derecho o el principio de moralidad u orden público en las relaciones económicas como límite a la autonomía de la voluntad.

Límite a la autonomía de la voluntad

Un planteamiento distinto se mantiene en la STS de 13 de septiembre de 2016.

5.3. Las arras

5.3.1. Delimitación y caracteres de las arras

Se denomina **arras** a la suma de dinero que una de las partes entrega a la otra en el momento de otorgar un determinado contrato.

Aunque las arras pueden emplearse en cualquier contrato, lo cierto es que solo se suelen utilizar en el contrato de compraventa.

Ejemplo de arras

Por ejemplo, al otorgar el documento privado de venta de un piso por doscientos cincuenta mil euros, el comprador, Joaquín, entrega al vendedor, Jaime, veinticinco mil euros en concepto de arras.

Por eso son características propias de las arras la accesoriedad al contrato en el que se incorporan y su carácter real, pues solo existen si se produce la entrega de una determinada suma de dinero en el momento del otorgamiento de ese contrato.

5.3.2. Tipos de arras

La entrega de dinero que constituye las arras tiene en principio un carácter neutro, pues puede obedecer a varias finalidades. Por ello, en el tráfico jurídico se distinguen tres tipos diversos de arras dependiendo de la finalidad que las partes del contrato pretendan alcanzar con esa entrega.

Así, se distingue entre arras confirmatorias, arras penales y arras penitenciales, que producen efectos totalmente distintos.

1) La entrega de dinero que constituye las **arras confirmatorias** solo tiene por efecto confirmar la existencia del contrato, implicando una prueba de su celebración y del principio de su ejecución. Por lo tanto, solo cumplen una función probatoria de la relación obligatoria, de tal manera que las partes quedan definitivamente obligadas por el contrato celebrado, sin posibilidad de desistimiento para ninguna de ellas. Por otra parte, la suma de dinero entregada se entiende que es a cuenta del precio y, en consecuencia, constituye parte de este, entregado de forma anticipada.

En caso de que las partes cumplan sus obligaciones, la suma de dinero entregada como arras confirmatorias se imputará al precio del contrato y se descontará del total.

En caso de que las partes incumplan las obligaciones, la entrega de estas arras confirmatorias no impide la exigencia del cumplimiento forzoso de la obligación ni predetermina la cuantía de la indemnización, por lo que se aplicará el régimen general del artículo 1101 CC.

Este tipo de arras no está regulado en el Código civil, que solo prevé en su artículo 1454 CC las denominadas *arras penitenciales*, aunque se admite sin dificultad su utilización por las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

Por el contrario, sí que aparecen reguladas en el artículo 621-8 CCCat, que dispone: «1. La entrega por el comprador de una cantidad de dinero al vendedor se entiende hecha como arras confirmatorias, es decir, en señal de conclusión y a cuenta del precio de la compraventa». Y también se regulan en el artículo 343 CCom, al disponer que, salvo pacto en contrario, las cantidades entregadas como señal en las ventas mercantiles se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato.

Contrato de arras

En ocasiones se utiliza la expresión «contrato de arras» para referirse a las arras en sí. Sin embargo, esta denominación no es correcta porque estas no constituyen ningún tipo contractual independiente, sino que, como hemos visto, consisten en la entrega de una determinada cantidad de dinero en el momento del otorgamiento de algún contrato, por lo general uno de compraventa.

Solo puede decirse que las arras confirmatorias merezcan la calificación de garantía del crédito en un sentido muy genérico.

2) El régimen de las arras penales resulta el más difícil de perfilar por la falta de referentes normativos, por el carácter sancionador de la figura y por la borrosa delimitación entre las arras y la indemnización de daños.

La entrega de dinero que constituye las **arras penales** tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la obligación que se ha establecido y anticipar la indemnización de los daños para el caso de que se produzca el incumplimiento por alguna de las partes, de tal manera que, si la parte que entregó la suma dineraria configurada como arras penales incumpliera sus obligaciones, el contratante que recibió las arras se las quedará como indemnización de los daños producidos por ese incumplimiento. Por el contrario, si quien incumpliera el contrato fuera el contratante que recibió las arras penales, deberá devolver el doble de la suma entregada.

Ahora bien, la existencia de las arras penales no permite desistir del contrato a ninguna de las partes contratantes: **no es precio de arrepentimiento**.

En caso de incumplimiento de la obligación garantizada con las arras penales, la existencia de estas no impide al contratante cumplidor exigir el cumplimiento del contrato en sus propios términos y, además, podrá quedarse con las arras penales o, en su caso, reclamar el doble de la cantidad entregada.

En caso de cumplimiento de sus obligaciones por parte de ambos contratantes, la suma recibida en concepto de arras penales deberá considerarse entregada a cuenta del precio e imputarse a este.

No existe regulación de las arras penales en el Código civil, aunque pueden admitirse sin dificultad en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

3) La entrega de dinero configurada como **arras penitenciales** permite que el contratante que las entregó pueda desistir libremente del contrato celebrado perdiendo la suma entregada, que queda en propiedad del contratante que la recibió. De igual modo, posibilita el desistimiento del contrato al contratante que recibió las arras penitenciales devolviendo el doble de la cantidad entregada. Estas arras también son denominadas *arras de desistimiento o de arrepentimiento*, ya que, al allanarse el que las entregó a perderlas o el que las recibió a devolverlas duplicadas, permiten desistir del contrato celebrado con validez, de modo que ya no podría exigirse su cumplimiento.

Estas arras son las únicas que contempla el Código civil, y aparecen reguladas en el artículo 1454 CC, dentro del contrato de compraventa.

En el caso de que ninguna de las partes manifestara su voluntad de desistir del contrato (allanándose a perder las arras o a devolverlas duplicadas, según el caso), el contrato deberá cumplirse en sus propios términos, y la suma entregada deberá considerarse a cuenta del precio y descontarse de este.

Solo puede decirse que las arras penitenciales merezcan la calificación de garantía del crédito en un sentido muy genérico.

5.3.3. La interpretación del pacto de arras

Uno de los problemas más importantes que plantea el uso de las arras en un contrato es el de determinar qué tipo de arras pretendían utilizar los contratantes, puesto que en muchas ocasiones las previsiones del contrato no son claras sobre esta cuestión, ya que se emplean expresiones ambiguas como «cantidad que se entrega en concepto de arras y señal».

Como es evidente, habrá que estar a la interpretación del contrato y a la voluntad de las partes reflejada en él para determinar el tipo de arras que introdujeron en el contrato de común acuerdo.

Sin embargo, cuando subsisten dudas sobre el tipo de arras que se pretendieron utilizar, la jurisprudencia ha señalado que deben entenderse como arras confirmatorias, y no como arras penales o penitenciales.

5.4. El derecho de retención

5.4.1. Delimitación y ámbito de aplicación del derecho de retención

En determinadas situaciones, el ordenamiento jurídico concede a la persona obligada a restituir una cosa la facultad de continuar con su posesión y, en consecuencia, negarse a entregarla en tanto que la persona que deba recibirla no haya realizado el pago de determinados gastos normalmente relacionados con la cosa que se debe entregar.

Esta facultad de mantener o prolongar la posesión de una cosa hasta que el acreedor a la entrega efectúe el pago de determinados conceptos se denomina **derecho de retención**.

Arras penitenciales

También se regulan las arras penitenciales en los números 2 y 3 del artículo 621-8 CCCat, que permite que la entrega de arras penitenciales en la compraventa de inmuebles pueda hacerse constar en el Registro de la Propiedad, siempre que hubieran sido pactadas por un plazo máximo de seis meses y depositadas ante notario, en cuyo caso el inmueble vendido quedará afecto a su devolución.

Arras confirmatorias

Siguiendo esta línea jurisprudencial, el artículo 621-8.1 CCCat considera que cuando el comprador entrega una cantidad de dinero al vendedor, esto se debe entender como arras confirmatorias, ya que el artículo 621-8.1 CCCat señala que «[l]as arras penitenciales deben pactarse expresamente».

El Código civil alude al derecho de retención en distintos preceptos, en relación con situaciones jurídicas y modalidades contractuales concretas: artículo 453 CC (poseedor de buena fe); artículo 464.II y III CC (poseedor de una cosa mueble perdida o sustraída); artículo 522 CC (usufructuario); artículo 1600 CC (contratista sobre cosa mueble); artículo 1730 CC (mandatario); artículo 1780 CC (depositario), o artículo 1866 CC (acreedor pignoraticio).

Sin embargo, se trata de casos muy diversos, por lo que es difícil realizar una construcción unitaria del derecho de retención y, en consecuencia, habrá que estar a lo que dispone cada precepto que reconoce la figura, sin que, según la opinión doctrinal mayoritaria, estos preceptos se puedan aplicar por analogía.

5.4.2. Efectos del derecho de retención

El derecho de retención solo permite a su titular prolongar la posesión de la cosa. Esta posesión prolongada se realizará en virtud del propio derecho de retención y no en virtud de la relación jurídica previa que unía al poseedor con el acreedor a la entrega. En consecuencia, en virtud de este nuevo título, el poseedor podrá negarse a la restitución o entrega de la cosa hasta que se le pague lo adeudado en virtud de la cosa retenida.

El titular del derecho de retención deberá conservar la cosa de forma diligente, sin que pueda utilizarla o disponer de ella. Tampoco tendrá derecho a los frutos, que deberá entregar cuando, a su vez, deba entregar la cosa (art. 1095 CC). En caso de que no conservara la cosa de forma diligente, o se quedara con sus frutos o la utilizase indebidamente, incurriría en responsabilidad. Por contra, podrá exigir del obligado el pago de los gastos necesarios que haya tenido que efectuar para la retención y adecuada conservación de la cosa (art. 453 CC).

Esta facultad de prolongar la tenencia o posesión tiene efectos *erga omnes* frente a cualquier persona que exija la devolución de la cosa.

El derecho de retención no concede a su titular un derecho real de realización del valor de la cosa o ninguna preferencia para el cobro de lo debido sobre el importe obtenido por ella. Simplemente, como hemos visto, le permite prolongar la posesión de la cosa, por lo que no tiene naturaleza real.

5.4.3. El derecho de retención en el derecho catalán

A diferencia del Código civil, el derecho catalán sí que contiene una regulación completa y sistemática del derecho de retención en los artículos 569-3 CCCat y siguientes (en su libro quinto), regulándolo de un modo distinto del contemplado en el Código civil.

5.5. La fianza

5.5.1. Delimitación de la fianza

La **fianza** es una forma de garantía personal que consiste en que una persona (el fiador) asume frente al acreedor el compromiso de pagar o cumplir una obligación en el caso de que no lo haga el deudor (art. 1822 CC).

Por ejemplo, Silvia, como arrendadora, ha concertado un contrato de arrendamiento de vivienda con María. Como María es estudiante y apenas tiene ingresos, para garantizar el pago de la renta se acuerda que el padre de María se constituya en fiador del pago de la renta de la vivienda, de tal manera que, si María no paga el alquiler, Silvia podrá dirigirse contra su padre (fiador) para reclamarle el importe impagado.

Con la fianza el acreedor incrementa las garantías de que, al final, la obligación principal se pagará, puesto que, en caso de incumplimiento de la obligación, además de contra el patrimonio del deudor principal, podrá dirigirse contra el patrimonio del fiador para cobrar el crédito.

Por tanto, en la fianza aparecen dos relaciones jurídicas: en primer lugar, la **obligación garantizada**, y en segundo lugar, la obligación que asume el fiador frente al acreedor de la obligación garantizada de pagar para el caso de que el deudor principal no cumpla, que se denomina *obligación fideiusoria* y es una **obligación de garantía**.

En el ejemplo expuesto, la obligación principal es el pago de la renta derivado del contrato de arrendamiento de vivienda, y la obligación fideiusoria es la que recae sobre el fiador.

En esas dos obligaciones aparecen, al menos, tres sujetos: el **acreedor** y el **deudor** de la obligación principal afianzada y el **fiador** que asume frente al acreedor el compromiso de pagar o cumplir la obligación para el caso de que no lo haga el deudor principal.

En el ejemplo expuesto, el acreedor de la obligación principal es Silvia (la arrendadora) María es la deudora (la arrendataria) y el padre de María es el fiador.

Sin embargo, también es posible que en la posición jurídica de fiadores existan varias personas.

Se denomina **cofianza** la situación que se produce cuando la posición jurídica de fiador corresponde a varias personas y todas ellas, de modo conjunto, garantizan el cumplimiento de la misma obligación (arts. 1837 y 1844 y sigs. CC).

Del mismo modo, es posible que un fiador garantice, precisamente, el compromiso de pago asumido por otro fiador. Es decir, estaríamos ante el fiador de otro fiador que garantizó una obligación principal. Esta situación se denomina **subfianza**, y en ella aparecen los siguientes sujetos: el **acreedor** principal, el **deudor** principal, el **fiador** que garantiza la obligación del deudor principal y el **subfiador** que garantiza la obligación asumida por el fiador frente al acreedor (art. 1823 CC).

5.5.2. Caracteres de la fianza

La fianza está regulada en el Código civil en los artículos 1822 a 1856, en el título XIV del libro IV, dentro de la regulación de las obligaciones y contratos.

En el diseño establecido por el legislador, la fianza tiene dos características básicas: la subsidiariedad y la accesoriedad.

1) La **subsidiariedad** supone que el acreedor solo pueda dirigirse contra el fiador cuando, vencida la obligación garantizada, el deudor principal ha incumplido esa obligación (lo que, como veremos, no ocurre en la fianza solidaria), y que solo pueda dirigirse contra el patrimonio del fiador después de haberse dirigido contra los bienes del deudor para cobrar la obligación afianzada (lo que, como veremos, no ocurre cuando no tenga lugar el denominado *beneficio de excusión* [artículo 1831 CC]).

Sin embargo, el propio legislador (arts. 1822.II y 1831 CC) establece supuestos de fianza en los que no va a producirse la nota de la subsidiariedad (de lo que se deduce que la subsidiariedad no es una característica esencial de la fianza).

2) La **accesoriedad** implica que la fianza depende de la existencia y vicisitudes de la obligación garantizada, de la que, precisamente por ello, se configura como accesoría.

5.5.3. Clases de fianza

Fianza civil y mercantil

Los artículos 439 a 442 CCom regulan de manera muy esquemática los afianzamientos mercantiles; el primero de los preceptos dispone que se reputará **mercantil** toda fianza que tuviera por objeto «asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante».

El afianzamiento mercantil, salvo pacto en contrario, será gratuito (art. 441 CCom).

Como característica diferencial de la fianza mercantil respecto de la civil, el artículo 440 CCom exige que el afianzamiento mercantil conste por escrito «sin lo cual no tendrá valor ni efecto».

En todo lo no previsto en el Código de comercio, la fianza mercantil deberá ser regulada por la normativa contenida en el Código civil (arts. 2 y 50 CCom).

Fianza convencional, legal o judicial

El artículo 1823 CC establece que «[l]a fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso».

En puridad, la fianza siempre será **convencional** en cuanto que el fiador y el acreedor pactarán de manera voluntaria las condiciones y el otorgamiento de la fianza, como de manera voluntaria se pacta cualquier otro contrato, aunque su otorgamiento venga impuesto legalmente.

Sin embargo, existen supuestos en los que la ley exige que se garanticen algunas obligaciones mediante fianza.

Se denomina **fianza legal** la que se otorga en aquellos supuestos en los que la ley impone a alguna persona la constitución de una fianza para garantizar sus obligaciones.

Como es evidente, el obligado legalmente a otorgar la fianza deberá pactar con el fiador su otorgamiento a favor de la persona garantizada y nadie podrá ser fiador sin su consentimiento.

De igual modo, también es posible que la constitución de la fianza venga ordenada por la autoridad judicial.

Fianza gratuita y onerosa

Tanto la fianza civil como la mercantil pueden ser gratuitas o a título oneroso. De hecho, el artículo 441 CCom presume que el afianzamiento mercantil es gratuito.

La **gratuidad** de la fianza significa que el fiador no recibe ninguna retribución o contraprestación por la obligación que asume de pagar en caso de que no lo hiciera el deudor principal. Por el contrario, la fianza será a título **oneroso** cuando el fiador reciba una contraprestación por la constitución de la fianza.

Fianza arrendaticia

La denominada *fianza arrendaticia* (art. 36 LAU) no es, en rigor, un supuesto de fianza, ya que, entre otros extremos, exige una entrega previa de dinero por parte del propio deudor. Su naturaleza jurídica se aproxima más a una prenda de dinero o a un depósito necesario (realizado en cumplimiento de una obligación legal [artículo 1781.1.º CC]) e irregular, al depositarse dinero.

5.5.4. Personas que pueden constituir una fianza

La relación de fianza se establece entre el acreedor de la obligación principal y el fiador. Por tanto, para que exista esta relación fideiusoria y, en consecuencia, exista la fianza, es imprescindible que concurran los consentimientos tanto del fiador como del acreedor aceptando esta garantía.

Por el contrario, para que exista fianza no es necesario el consentimiento del deudor afianzado, que puede desconocer el otorgamiento de la fianza o, incluso, oponerse a él (arts. 1823 y 1838, *in fine*, CC) sin que ello afecte a la validez y existencia de la fianza.

El Código civil no exige una capacidad especial para ser fiador, por lo que podrán ser fiadores todas las personas que puedan celebrar contratos de forma válida (art. 1263 CC).

5.5.5. Obligaciones que se pueden afianzar

El artículo 1824.I CC señala que «[l]a fianza no puede existir sin una obligación válida» a la que asegure. Esta afirmación es consecuencia del carácter accesorio de la fianza. La obligación fideiusoria no puede existir con independencia de una obligación válida cuyo cumplimiento garantiza.

Por ello, no podrá afianzarse una obligación nula y la fianza que lo hiciera sería también nula. Cuestión distinta son las obligaciones meramente anulables, que son válidas mientras no se anulen y despliegan todos sus efectos (cfr. artículo 1824.II CC).

El Código civil no establece ninguna limitación respecto del contenido de las obligaciones que pueden afianzarse. Así, desde luego, podrán afianzarse las obligaciones de dar dinero o cosa fungible, pero también las de hacer, incluso las de hacer personalísimo o las de no hacer.

El artículo 1825 CC dispone que «[p]uede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida».

En consecuencia, se admite tanto la fianza de obligaciones cuyo importe todavía no sea conocido por ser la cantidad ilíquida como de las obligaciones propiamente futuras, esto es, aquellas que todavía no han nacido cuando se constituye la fianza.

En el primer caso, la obligación ya ha nacido pero su cuantía es indeterminada o incierta. Como señala el precepto, hasta que la cuantía sea líquida, esto es, se determine de manera exacta, el acreedor no podrá reclamar contra el fiador.

En el segundo caso, se admite que la fianza garantice obligaciones que todavía no han nacido, siempre que la obligación quede determinada en el acto de constitución de la fianza o pueda quedar determinada en un futuro sin necesidad de nuevo convenio entre acreedor y fiador.

Un tipo de fianza de obligaciones futuras, relativamente frecuente, es el que constituye la denominada *fianza omnibus*, en virtud de la cual el fiador garantiza todas las obligaciones presentes o futuras que un deudor haya asumido o pueda asumir frente a un determinado acreedor o una parte de ellas.

5.5.6. La constitución de la fianza

El artículo 1827.I CC establece que «[l]a fianza no se presume: debe ser expresa».

Por lo tanto, es preciso que el fiador se comprometa de modo expreso e inequívoco y con la suficiente claridad a cumplir la obligación garantizada en caso de que no lo haga el deudor principal y que el acreedor acepte esta garantía. Por tanto, no cabrán ni la fianza presunta ni la tácita.

5.5.7. El alcance o contenido de la obligación del fiador

El artículo 1826 CC establece que «[e]l fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor».

Además, el artículo 1827.I CC, después de señalar que la fianza no se presume y debe ser expresa, dispone que «no puede extenderse a más de lo contenido en ella». Por lo tanto, la fianza no puede ser interpretada de manera amplia sino que la garantía que supone solo comprenderá los conceptos y contenido que hayan quedado establecidos de manera clara y expresa en la constitución de la fianza, sin que pueda ampliarse más allá la responsabilidad del fiador.

5.5.8. Los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor: planteamiento general

Los artículos 1830 a 1837 CC regulan los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor. En esta regulación se establecen dos beneficios para los fiadores: el **beneficio de excusión** y el **beneficio de división** en los casos de cofianza.

Sin embargo, en el tráfico jurídico estos beneficios no se aplican porque, como es evidente, reducen las posibilidades de cobro del acreedor garantizado o las dificultan y, por lo tanto, los acreedores exigen que en las fianzas a su favor se pacte de forma expresa la renuncia al beneficio de excusión o al de división, o, simplemente, se pacte la fianza o cofianza solidaria (art. 1822.II CC), con lo

Fianza expresa

Aun exigiendo que la fianza sea expresa, el Código civil no exige ninguna forma determinada para constituir la fianza. En consecuencia, el acuerdo por el cual acreedor y fiador la constituyen podrá realizarse por escrito, pero también verbalmente (art. 1.278 CC).

que el acreedor puede dirigirse tanto contra el deudor principal como contra el fiador de manera indistinta o contra los cofiadores por la totalidad de la deuda garantizada y agredir directamente sus bienes para cobrar.

5.5.9. El beneficio de excusión

Cuando llegue el vencimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede dirigirse contra el deudor principal para exigirle el cumplimiento de la obligación.

El **beneficio de excusión** consiste en la facultad que el ordenamiento jurídico concede al fiador, frente a la reclamación del acreedor exigiéndole el pago de la obligación garantizada, de designar bienes suficientes del deudor para que el acreedor pueda cobrarse la deuda de ellos sin que, por tanto, tenga el fiador que pagar la deuda garantizada mientras no se haya hecho excusión de todos los bienes del deudor.

Beneficio de excusión

Este beneficio de excusión es una clara manifestación del carácter subsidiario de la fianza y está contemplado en el artículo 1830 CC, que señala que «[e]l fiador no podrá ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor».

Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión, tendrá la carga de alegarlo u oponerlo frente al acreedor inmediatamente después de que este le requiera de pago y, al mismo tiempo, el fiador deberá señalar al acreedor bienes del deudor que sean realizables dentro del territorio español y que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda (art. 1832 CC).

Una vez cumplida de modo adecuado la carga de oponer en forma el beneficio de excusión por el fiador, el acreedor deberá ser diligente en la persecución de los bienes del deudor principal y en el cobro de la deuda con ellos. Si el deudor deviniera insolvente y el acreedor no hubiera sido diligente en la persecución de los bienes indicados por el fiador, este no responderá frente al acreedor hasta la cuantía a la que alcanzaran los bienes señalados que no han podido realizarse por la negligencia del acreedor (art. 1833 CC).

Existen supuestos en los que el beneficio de excusión u orden no tiene lugar (cfr. artículo 1831 CC).

5.5.10. Excepciones oponibles por el fiador frente a la reclamación del acreedor

Frente a la reclamación del acreedor exigiéndole el pago de la deuda al fiador, este puede oponer todas las excepciones que se deriven del propio contrato de fianza (extinción, nulidad, inexigibilidad, etc.).

Además, también podrá oponer las excepciones que tuviera el deudor principal siempre que no fueran puramente personales, es decir, las que pudiera oponer el deudor (vicio del consentimiento por dolo, error, violencia, etc.), salvo la minoría de edad o la incapacidad, que son las únicas que la doctrina mayoritaria considera «puramente personales» (art. 1853 CC).

5.5.11. El beneficio de división: la cofianza

Cuando varios fiadores afianzan conjuntamente una obligación del mismo deudor, nos encontramos ante un **supuesto de cofianza**.

El artículo 1837 CC establece el denominado *beneficio de división* que puede interponer el cofiador ante la reclamación del acreedor exigiéndole el pago de la totalidad de la deuda garantizada o una cuota mayor de la parte que le corresponde en la garantía.

Se trata de un beneficio que, por lo tanto, deberá interponer el cofiador ante la reclamación excesiva del acreedor. Cada cofiador solo deberá pagar la parte que se pactó en la obligación fideiusoria y, si no se dijo nada, se entenderá que cada cofiador debe responder frente al acreedor de una parte igual a la de los demás cofiadores (arts. 1137 y 1138 CC).

Ahora bien, si el cofiador al que el acreedor le haya requerido judicial o extrajudicialmente el pago no interpone el beneficio de división, deberá pagar la totalidad de la obligación garantizada, aunque después podrá dirigirse contra el resto de los cofiadores para reclamarles su parte (art. 1844 CC).

El beneficio de división que tienen los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que cesa el beneficio de excusión contra el deudor principal (art. 1837.II CC).

5.5.12. Los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador: planteamiento general

En los artículos 1838 a 1843 CC se regulan los efectos que produce entre fiador y deudor principal el pago de la obligación garantizada por el fiador, así como la denominada *acción de relevación y de cobertura*, que el fiador puede utilizar incluso antes de haber pagado la obligación.

En algunos supuestos, el artículo 1843 CC faculta al fiador, incluso antes de haber pagado la obligación garantizada, para dirigirse contra el deudor principal y exigirle que le releve de la fianza, esto es, que llegue a un acuerdo con el acreedor para que el fiador deje de responder en el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada (acuerdo que, como es lógico, no aceptará el acreedor garantizado, que es el único que puede relevar o exonerar al fiador

En la práctica

Lo normal es que no se produzca en la práctica el beneficio de división, puesto que los cofiadores se obligarán de forma solidaria entre sí (art. 1837 CC) y, además, solidariamente con el deudor principal, con lo cual tampoco tendrán el beneficio de excusión (art. 1831 CC).

de sus obligaciones, si no se le ofrecen garantías equivalentes), o que le proporcione alguna garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos que el acreedor principal pueda ejercitar contra el fiador y de la posible insolvencia del deudor principal (por ejemplo, que constituya una hipoteca o cualquier otra garantía real en favor del fiador, que consigne el importe de lo debido, etc.).

Los casos en los que el fiador puede dirigirse contra el deudor principal interponiendo la acción de relevación o cobertura se caracterizan porque existe un inminente riesgo de que se haga efectiva la responsabilidad del fiador y la posibilidad de que este más tarde no pueda cobrar del deudor lo que hubiera pagado al acreedor principal (cfr. artículo 1843 CC).

5.5.13. El pago de la obligación garantizada por el fiador: el derecho de reembolso y subrogación

Tanto en el supuesto de **fianza subsidiaria** (en la que el acreedor solo podrá dirigirse contra el fiador cuando el deudor principal incumpla sus obligaciones y, además, por la aplicación del beneficio de excusión, no podrá proceder contra los bienes del fiador sin haber hecho excusión previa de los del deudor) como en los casos más habituales en que la **fianza es solidaria** (en los que, ante el vencimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador y ejecutar en primer lugar los bienes de este para obtener el pago de su crédito), es posible que el fiador, ante la reclamación del acreedor, haya tenido que pagar la obligación garantizada.

Para que pueda recobrar la situación patrimonial previa al pago de la obligación garantizada, el legislador concede al fiador que ha pagado un derecho de reembolso contra el deudor principal (cfr. art. 1838 CC) y, además, la subrogación en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor (cfr. art. 1839 CC).

La doctrina discute si la **subrogación** y el **reembolso** son dos vías independientes para que el fiador pueda recobrar lo pagado y otros conceptos o el fiador puede utilizarlas a la vez, es decir, si el fiador puede subrogarse en todos los derechos del acreedor (sobre todo en las garantías que aseguraban el crédito) para poder cobrar todos y cada uno de los conceptos contemplados en la acción de reembolso prevista en el artículo 1838 CC.

5.5.14. Los efectos de la fianza entre los cofiadores

En los supuestos de cofianza, esto es, cuando varios fiadores garantizan de forma conjunta la misma obligación del deudor, si uno de los cofiadores ha pagado al acreedor podrá dirigirse después contra el deudor principal en los términos que ya hemos visto para exigirle el reembolso de lo pagado (arts. 1838 y 1839 CC).

Así, si frente a la reclamación del acreedor, el cofiador ha opuesto el beneficio de división y ha pagado la parte de la obligación que le correspondía según los términos en los que se estableció la cofianza, podrá dirigirse después contra el deudor principal para reclamarle la parte de la obligación que pagó (amén de los otros conceptos previstos en el artículo 1838 CC).

Además, el artículo 1844 CC establece que si uno de los cofiadores ha pagado más parte de la que le corresponde, podrá reclamar de cada uno de los otros cofiadores que le restituyan la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer.

Si alguno de los cofiadores resultara insolvente, la parte de este se deberá distribuir entre todos los demás cofiadores en la misma proporción (art. 1844.II CC), al objeto de que el cofiador que hubiera pagado mayor porción de la que le correspondía no resulte más perjudicado por la insolvencia de otro cofiador que el resto.

5.5.15. La extinción de la fianza

Como la fianza es una obligación accesoria de otra principal, cuando esta última se extinga quedará también extinguida la fianza, ya que la obligación accesoria no puede subsistir sin la obligación principal (art. 1847 CC).

Además, la obligación del fiador se extinguirá por las mismas causas que las demás obligaciones (arts. 1156 y sigs. CC). Sin embargo, la muerte del fiador no es causa de extinción de la fianza, por lo que serán sus herederos quienes asuman esa posición si aceptan la herencia del fiador sin beneficio de inventario.

También queda extinguida la fianza y liberado el fiador cuando el acreedor, sin el consentimiento del fiador, haya concedido de manera expresa o inequívoca una prórroga al deudor para el cumplimiento de la obligación (art. 1851 CC). Esta es una causa específica de extinción de la fianza, que opera pese a la pervivencia de la obligación principal.

Del mismo modo, quedará extinguida la fianza y liberados los fiadores, aunque fueran solidarios, cuando por alguna actuación del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos hipotecas y privilegios de este (art. 1852 CC).

Finalmente, en los supuestos de cofianza, si el acreedor libera a uno de los cofiadores sin el consentimiento del resto, esta liberación aprovechará a todos los demás, hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado (art.

Concesión de prórroga

La mera falta de exigencia por parte del acreedor del pago de la deuda en el momento del vencimiento no se considera prórroga. El consentimiento del fiador a la concesión de prórroga puede darse en el momento constitutivo de la fianza o más tarde.

1850 CC), sin que en ningún caso la liberación pueda perjudicarles. Si, por el contrario, los cofiadores consintieron la liberación, continuarán garantizando toda la deuda, pero ahora entre menos cofiadores.

5.5.16. Fianza y cofianza solidarias

El Código civil regula la fianza configurándola como subsidiaria respecto de la obligación principal garantizada en un doble sentido:

1) en cuanto que el acreedor garantizado solo podrá dirigirse contra el fiador cuando el deudor principal haya incumplido sus obligaciones (art. 1822 CC); y,

2) en cuanto que el acreedor solo podrá agredir los bienes del fiador después de haber hecho excusión de los bienes del deudor principal (art. 1830 CC).

Sin embargo, el propio legislador permite que el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, en cuya hipótesis ya no se producirá la nota de subsidiariedad de la fianza en ninguno de los dos sentidos antes indicados.

Así, el artículo 1822.II CC dispone que «[s]i el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal se observará lo establecido en la sección cuarta, capítulo III, Título I» del libro IV del Código civil, referencia que la doctrina mayoritaria concreta en los artículos 1137 y 1144 CC.

En el tráfico jurídico las fianzas solidarias son, con mucho, las más frecuentes. Incluso podría decirse que son prácticamente las únicas que se celebran, pues son las que protegen de forma más intensa los intereses del acreedor, quien, para garantizar el cobro de su crédito de la mejor manera posible, impone al deudor que pretende contratar con él el otorgamiento de la fianza con el carácter de solidaria.

En la fianza (o la cofianza) solidaria, puesto que el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, se aplicarán los artículos 1137 y 1144 CC en cuanto que establecen las notas básicas de las obligaciones solidarias, y en todo lo demás se aplica el régimen jurídico de la fianza en tanto que sea compatible con esta solidaridad. Así, ante el vencimiento de la obligación garantizada, el acreedor podrá dirigirse tanto contra el fiador como contra el deudor principal, o contra ambos a la vez, para reclamarles la totalidad de la deuda (art. 1144 CC).

Además, podrá ejecutar al mismo tiempo los bienes del fiador demandado o codemandado junto con el deudor principal para obtener el cobro del crédito (art. 542 LEC) sin que antes tenga que dirigirse contra los bienes del deudor o sin que el fiador pueda oponerse a la ejecución de sus bienes indicándole al acreedor otros suficientes del deudor en los que poder hacer efectivo el crédito.

La solidaridad

La solidaridad no solo se pacta en la relación entre fiador y deudor principal, sino también en los casos de cofianza. Así, los cofiadores se obligan solidariamente entre sí y, a su vez, se obligan solidariamente con el deudor principal.

En cuanto a la cofianza, al obligarse solidariamente entre sí los cofiadores, el acreedor garantizado podrá dirigirse contra cualquiera de ellos para reclamarle la totalidad de la deuda garantizada (art. 1137 CC), contra algunos o contra todos ellos a la vez (art. 1144 CC), sin que puedan oponer el beneficio de división, que no existe cuando los cofiadores se han obligado solidariamente (art. 1837 CC).

5.6. Otras formas de garantía personales

Además de la fianza, en el tráfico jurídico existen otras formas de garantía personales. No todas tienen regulación normativa, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha fijado de manera más o menos amplia sus elementos esenciales. Son figuras introducidas por la práctica que han sido construidas por la jurisprudencia.

5.6.1. Aval o fianza a primer requerimiento o a primera demanda

Se trata de un contrato en virtud del cual el garante se compromete con el acreedor a pagarle el crédito a la primera demanda o requerimiento que este le haga, sin poder alegar otras excepciones que las derivadas del propio contrato de garantía. Así, no podrá alegar ninguna excepción derivada de la obligación garantizada ni, desde luego, el acreedor tendrá que acreditar el incumplimiento de esta obligación para reclamar al garante. Al acreedor le bastará con cumplir los requisitos establecidos en el contrato de garantía para poder reclamar el crédito al garante, siendo suficiente la reclamación del acreedor garantizado frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido.

Como se ve, se trata de un contrato autónomo de garantía, que se independiza totalmente de la obligación que garantiza, de tal manera que el garante no puede excepcionar frente a la reclamación del acreedor circunstancias o excepciones derivadas de aquella y deberá pagar al acreedor cuando este le reclame el pago del crédito (a primer requerimiento).

No se manifiesta en esta forma de garantía la nota de la accesoriedad, pues se trata de una obligación (de garantía) totalmente independiente y autónoma de la obligación garantizada. Ni depende de ella ni es accesorio de ella. Es un contrato independiente celebrado entre el acreedor y el garante desvinculado de la obligación garantizada.

5.6.2. Las cartas de patrocinio o confort

Esta forma de garantía presupone la existencia de una situación de grupo de sociedades en la que la sociedad dominante manifiesta al acreedor de una de sus filiales su voluntad de actuar en un determinado sentido para que alguna operación de la sociedad filial (o algunas) llegue a buen término.

Evitar los abusos

Para evitar los abusos, la jurisprudencia solo ha aceptado que el garante pueda oponer frente a la reclamación del acreedor el pago del deudor si lo conoce, es decir, cabe alegar la *exceptio doli*, o límite al ejercicio abusivo del derecho.

Autonomía de la voluntad

La figura proviene del comercio internacional y la jurisprudencia la ha reconocido al amparo del principio de autonomía de la voluntad.

Por lo tanto, habrá que estar al contenido de la carta para ver a qué se comprometió el firmante o emisor, teniendo en cuenta siempre que la fianza no se presume y la obligación de garantía debe quedar establecida con la suficiente claridad para que el destinatario de la carta pueda exigirla. Por ello, se suele distinguir entre **cartas de patrocinio fuertes y débiles**.

5.6.3. El seguro de caución

Es un contrato de seguro celebrado entre una entidad aseguradora y un deudor (tomador del seguro), en virtud del cual, para el caso de incumplimiento de este de sus obligaciones legales o contractuales, la compañía aseguradora se obliga a indemnizar al asegurado (que es el acreedor del tomador del seguro), a título de resarcimiento, los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato.

El seguro de caución está regulado en el artículo 68 LCS.

Mediante el contrato de **seguro de caución**, la compañía aseguradora asume una obligación de garantía frente al acreedor garantizado.

Dada la consideración de obligación de garantía o fideiusoria, se podrán aplicar a ella las normas de la fianza, salvo el beneficio de excusión.

Reembolso

Como es evidente, todo pago que realice la compañía aseguradora al acreedor después le deberá ser reembolsado por el deudor.

6. La modificación de la relación obligatoria

Desde el momento en que nace hasta que se extingue, la relación obligatoria puede verse sometida a diversas modificaciones. Así, podrán modificarse los sujetos de la relación obligatoria, sustituyendo al acreedor o al deudor; podrá variarse la prestación debida en cuanto a su contenido, sustituyendo una prestación por otra o alterando los derechos y deberes de las partes; podrán variarse el lugar de cumplimiento de la obligación, el tiempo en que esta deba ser cumplida o sus condiciones principales o accidentales.

Puesto que la modificación de la relación obligatoria depende de la voluntad de las partes, estas tendrán la facultad de modificar su relación obligatoria de la manera que estimen más conveniente, siempre dentro de los límites establecidos por la ley imperativa, la moral y el orden público (art. 1255 CC).

Es importante tener en cuenta que el Código civil adopta un planteamiento poco dogmático en la construcción de las modificaciones de la relación obligatoria.

La polivalencia funcional del Código civil exige prestar especial atención a las características concretas de cada situación, puesto que en la medida en que una misma figura puede tener diverso alcance, no basta con calificarla como tal, sino que hay que analizar cuál es la concreta transcendencia que le han asignado las partes.

6.1. La novación modificativa y extintiva

Con carácter general, hablamos de **novación** para identificar la alteración de los elementos de una relación obligatoria producida durante su vigencia.

Pero el principal problema que plantea el cambio de los elementos de la relación obligatoria es determinar con precisión si, después de la alteración introducida, la relación obligatoria original subsiste con los cambios producidos o, por el contrario, si la alteración introducida provoca que la relación obligatoria original se extinga y sea sustituida por otra nueva, que sería la **relación obligatoria modificada**. Esto es, determinar si nos hallamos ante una alteración con eficacia extintiva o simplemente modificativa.

El problema tiene hondas repercusiones prácticas. Por ejemplo, celebrado en 1980 un contrato de arrendamiento sometido a prórroga forzosa conforme a la Ley de arrendamientos urbanos de 1964, en 1966 se acuerda que el inquilino pase a ocupar una planta distinta. Si hay novación extintiva, el inquilino ya no dispone de la prórroga forzosa, pero si la novación es meramente modificativa, sí conserva ese derecho.

6.1.1. Régimen jurídico de la novación

En el Código civil la novación ofrece una dualidad funcional a lo largo de su articulado.

Así, parece claro que el artículo 1156 CC se refiere a una novación extintiva, ya que contempla la novación como un medio más de extinción de las obligaciones. Del mismo modo, el artículo 1207 CC aborda el caso en que la obligación principal se extingue por efecto de la novación.

Pero, al mismo tiempo, el artículo 1203 CC, que es el precepto con el que comienza la regulación de la novación, establece que «[l]as obligaciones pueden modificarse: 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales. 2.º Sustituyendo la persona del deudor. 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor»

con lo que parece claro que está pensando en una eficacia meramente modificativa.

El artículo 1203 CC demuestra que el legislador admite sin ninguna duda la novación modificativa o impropia, con lo que surge el problema de determinar en qué casos la modificación introducida producirá la extinción de la obligación anterior y el nacimiento de otra nueva y en cuáles otros, por el contrario, se mantendrá la obligación original aunque con las modificaciones pactadas.

Para resolver la cuestión, el artículo 1204 CC establece que «[p]ara que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles».

Deberán ser los tribunales los que, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada supuesto, interpreten tanto la voluntad extintiva de las partes como, en su caso, la incompatibilidad de la antigua relación y la nueva.

De conformidad con lo que se desprende del artículo 1204 CC, en caso de duda deberá entenderse que la novación es meramente modificativa y no extintiva, sobre todo si esta última novación produjera como consecuencia la extinción de derechos adquiridos por las partes.

Un problema muy relevante es el de precisar cómo afecta la novación a las obligaciones o a los derechos accesorios.

Por ejemplo, Gustavo ha arrendado una nave industrial a Lucía para instalar un taller de reparación de motocicletas. Eduardo ha afianzado el cumplimiento de las obligaciones de Gustavo. Si Gustavo y Lucía acuerdan que el arrendamiento recaerá sobre una nave vecina y de mayor tamaño, y que podrá dedicarse también a la reparación de automóviles, ¿sigue Eduardo afianzando las obligaciones derivadas de ese contrato?

Como se indica en el artículo 1207 CC, «[c]uando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento».

Finalmente, el artículo 1208 CC señala que: «[l]a novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen».

La importancia de la cuestión se aprecia, por ejemplo, en la renegociación de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios (así, pasar de un límite mínimo del 3,5 % de interés a otro del 2 %). Si esa cláusula suelo es nula y la renegociación se concibe como novación, la nueva cláusula suelo también es nula (así lo mantuvo la STS de 16 de octubre de 2017). Pero si la renegociación se configura como transacción (arts. 1809 y sigs. CC), la nueva cláusula suelo es válida (como mantiene la STS de 11 de abril de 2018).

6.2. El cambio de acreedor

Una de las principales modificaciones que puede producirse en la relación obligatoria está constituida por el **cambio de acreedor**. En la regulación establecida en el Código civil, el cambio de acreedor de la relación obligatoria puede alcanzarse mediante dos mecanismos: la **cesión del crédito** y la **subrogación de un tercero** en los derechos del acreedor.

El resultado de ambos mecanismos es el mismo: un nuevo acreedor pasa a ocupar la posición del primitivo acreedor mientras la obligación se mantiene invariada en todo lo demás (arts. 1528 y 1212 CC, y 149 LH). Por lo tanto, puede decirse que el efecto fundamental de la cesión del crédito y de la subrogación en los derechos del acreedor es similar, aunque las perspectivas con las que se abordan presenten cierta diversidad.

El Código civil concibe la cesión del crédito como un mecanismo para que puedan circular en el tráfico jurídico los créditos, transmitiendo el acreedor originario su crédito al nuevo acreedor a través de algún negocio jurídico (venta o permuta del crédito, donación, aportación a una sociedad, dación en pago, etc.). Por el contrario, la subrogación está pensada en el Código civil para que el tercero que ha pagado al acreedor una deuda de otra persona pueda ocupar la posición jurídica del acreedor, a los efectos de facilitar a ese tercero el reembolso de lo pagado (art. 1210 CC). Así pues, la diferencia se encuentra en su función económica diferente y en el interés protegido en cada caso.

6.2.1. La cesión de créditos

Delimitación y función de la cesión de créditos

Con la finalidad de facilitar la circulación de los créditos, el Código civil parte de la transmisibilidad de todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación si es que las partes no hubiesen pactado su no transmisibilidad o esta estuviera prohibida por el ordenamiento jurídico (art. 1112 CC).

La cesión de créditos presenta un triple protagonismo subjetivo. El acreedor originario que cede su crédito se denomina *cedente* y el nuevo acreedor que lo adquiere, *cesionario*. El deudor, que continúa siendo el mismo, se denomina *deudor cedido*.

Aunque su ubicación sistemática pueda confundir, la cesión de créditos constituye un efecto que puede alcanzarse con numerosos mecanismos contractuales (y no solo a través de compraventa). La cesión se debe producir mediante algún negocio jurídico celebrado entre cedente y cesionario que sea apto para transmitir el crédito (compraventa, donación, aportación a sociedad, dación en pago, permuta, etc.). No es necesario el consentimiento del deudor cedido para la validez y eficacia de la cesión.

¿Es necesaria alguna exigencia formal para que opere la cesión de créditos? No existe una forma específica que deba llenar la cesión de créditos para que resulte válida. Sin embargo, como la cesión de créditos se producirá como consecuencia de algún tipo negocial (compraventa, donación, etc.), el negocio jurídico del que se derive la cesión de créditos deberá cumplir la forma establecida en el ordenamiento jurídico para su válida celebración.

Como regla general, la cesión del crédito no se somete al sistema de título y modo del artículo 609 CC; la transmisión opera solo con el consentimiento del cedente y del cesionario.

¿Cuál es el efecto básico de la cesión del crédito? La cesión del crédito produce como consecuencia la transmisión del crédito al cesionario y, junto con él, «todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio» que tenga el crédito (art. 1528 CC).

En cualquier caso, las partes podrían pactar que la cesión del crédito no comprendiera todos sus derechos accesorios (por ejemplo, que no comprendiera una fianza), en cuyo caso los derechos accesorios no cedidos junto con el crédito se extinguirán al no poder subsistir independientemente de la obligación principal de la que dependen.

De igual modo, aunque no está previsto de manera expresa en el Código civil, no parece que exista inconveniente en que las partes puedan pactar la cesión parcial de un crédito. Esta posibilidad está expresamente prevista en el artículo 149.1 LH, que admite que el «crédito garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte».

La relación entre cedente y cesionario

La transmisión del crédito se produce como consecuencia del negocio jurídico celebrado entre el acreedor y un tercero ajeno a la relación obligatoria que pasará a ser titular del crédito junto con todos sus derechos accesorios (art. 1528 CC) y, en definitiva, pasará a ocupar la posición jurídica de acreedor en la relación obligatoria.

El Código civil se ocupa de regular sus relaciones en algunos aspectos. Así, en los artículos 1529 y 1530 CC se contemplan los supuestos en los que el cedente responderá frente al cesionario por la existencia y legitimidad del crédito (*veritas nominis*) y por la solvencia del deudor (*bonitas nominis*), así como el tiempo durante el cual responderá de esa solvencia. Como veremos, la regulación depende de la buena o mala fe del cedente y de lo que las partes hubieran pactado.

1) Así, por lo que se refiere a la *veritas nominis*, el artículo 1529 CC señala que el vendedor del crédito, aunque sea de buena fe, responderá frente al cesionario de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido el crédito como dudoso.

2) En cuanto a la *bonitas nominis*, es decir, la solvencia del deudor cedido, identificable con la titularidad del deudor de un patrimonio suficiente para pagar el crédito, el artículo 1529 CC dispone que el vendedor de buena fe no responderá de ella a menos que se haya pactado de manera expresa dicha responsabilidad, o que la insolvencia fuera anterior y pública.

Respecto del tiempo en que el cedente mantendrá la responsabilidad por la solvencia del deudor en caso de que se hubiese hecho responsable de ella, se estará a lo establecido en el artículo 1530 CC.

3) ¿Qué significa que el cedente de buena fe responde de la existencia y legitimidad del crédito cedido y de la solvencia del deudor? Conforme al artículo 1529.II CC, el cedente de buena fe responderá del precio recibido y de los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. Por el contrario, el vendedor de mala fe, esto es, el que conociera la inexistencia o falta de legitimidad del crédito o la insolvencia del deudor, responderá de todos los gastos y de los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado al

cesionario (art. 1529.III CC). El cesionario deberá probar la mala fe del cedente, esto es, el conocimiento de la falta de existencia o legitimidad del crédito o la insolvencia del deudor.

Los efectos de la cesión frente al deudor cedido

La cesión produce la transmisión del crédito del cedente al cesionario, por lo que el cesionario pasa a ocupar la posición del cedente como titular del crédito con todos sus accesorios. Así que, cuando llegue su vencimiento, podrá exigir el pago del crédito al deudor.

Ahora bien, si el deudor cedido no conoce que se ha producido la cesión y antes de tener conocimiento de ella paga al acreedor cedente, sin que este manifieste que ya no es titular del crédito, quedará libre de la obligación (art. 1527 CC). En este caso, el cesionario, verdadero y único titular del crédito desde la cesión, deberá dirigirse contra el cedente para reclamarle lo indebidamente pagado por el deudor y los daños y perjuicios producidos.

Para que el deudor, que no interviene en el negocio jurídico que produce la cesión del crédito, tenga conocimiento de ella, por lo general el cedente y el cesionario le notifican la transmisión del crédito producida. Sin embargo, esta notificación no es requisito para la existencia y validez de la cesión y, aunque no se hubiera producido, el deudor deberá pagar al cesionario si de cualquier otro modo hubiera tenido conocimiento de la cesión del crédito.

Frente a la reclamación del cesionario exigiéndole el pago del crédito, el deudor que no ha consentido la cesión podrá oponerle todas las excepciones personales que tuviera contra el acreedor cedente además de todas las excepciones que se deriven directamente de la obligación cedida; incluso, si se tratara de una obligación sinalagmática, las excepciones derivadas de la reciprocidad de las obligaciones (por ejemplo, excepción de contrato no cumplido, etc.).

En definitiva, la situación del deudor cedido no podrá verse perjudicada por el negocio de cesión realizado entre cedente y cesionario sin su consentimiento (como se desprende del artículo 149.II LH). Además, podrá oponer las excepciones que se deriven de sus relaciones personales con el cesionario.

Por el contrario, el deudor que consiente la cesión del crédito pierde la posibilidad de oponer frente al cesionario las excepciones personales que tuviera contra el cedente. Aunque siempre podrá oponer las excepciones que se deriven directamente del propio derecho de crédito (por ejemplo, prescripción, pago, pluspetición, etc.), de la reciprocidad de la relación obligatoria de la que nació el crédito (por ejemplo, excepción de contrato no cumplido) y las excepciones personales que tuviera frente al cesionario.

En cuanto a la eficacia de la cesión del crédito frente a terceros, el artículo 1526 CC señala que no surtirá efectos sino desde la fecha en la que la cesión deba tenerse por cierta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1218 y 1227 CC.

La cesión de créditos litigiosos

Para evitar la especulación que se puede producir en la venta de créditos litigiosos, es decir, aquellos respecto de los cuales existe entablada una contienda judicial, el artículo 1535 CC señala que el deudor podrá extinguir el crédito reembolsando al cesionario el precio que hubiera pagado por el crédito al cedente, así como las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho.

Se considera **crédito litigioso** solo aquel en el que ya se hubiera contestado a la demanda relativa a él (art. 1535 CC) y mientras la sentencia no sea firme o el proceso judicial hubiera finalizado de otra forma.

6.2.2. La subrogación en el crédito

Delimitación y función de la subrogación en el crédito

La **subrogación en el crédito** es un supuesto de modificación de la relación obligatoria que consiste en el cambio de la persona del acreedor, permaneciendo sin más variación la relación obligatoria.

La admisión de esta posibilidad no presenta duda alguna, puesto que el artículo 1203.3.º CC señala que las obligaciones pueden modificarse «[s]ubrogando a un tercero en los derechos del acreedor».

A diferencia de la cesión de crédito, el interés primordial que se pretende tutelar con la subrogación es el interés de quien se ha subrogado en recuperar en vía de regreso el desembolso patrimonial efectuado.

En cuanto a sus efectos, debe tenerse en cuenta que la consecuencia básica de la subrogación es la entrada o el ingreso del subrogado en la posición jurídica del acreedor primitivo. Por tanto, el crédito que ingresa en el patrimonio del *solvens* no nace en ese instante, sino que es el mismo que ostentaba el acreedor originario.

El artículo 1212 CC dispone que «[l]a subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas».

Por lo tanto, el subrogado pasa a ocupar la posición del acreedor manteniendo todos los derechos anexos al crédito (hipotecas, preferencias, fianzas, etc.).

La subrogación puede ser total o parcial. El Código civil prevé expresamente una **subrogación parcial** en los derechos del acreedor si se le ha realizado un pago parcial del crédito. Sin embargo, el acreedor al que se pagó parcialmente el crédito podrá ejercitar su derecho para cobrar el resto con preferencia al tercero que se hubiera subrogado en su lugar en virtud del pago parcial de ese mismo crédito (art. 1213 CC).

Clases de subrogación

En el esquema del Código civil, el efecto subrogatorio puede alcanzarse mediante diversos mecanismos.

1) La **subrogación convencional** es aquella que se deriva del acuerdo al que llegan el acreedor y el tercero que le paga la deuda (el *solvens*) y que va a quedar subrogado en los derechos del acreedor. No es preciso tampoco que el deudor consienta el acuerdo subrogatorio.

2) La **subrogación legal** es aquella que establece el ordenamiento jurídico en ciertos casos en los que un tercero realiza algún pago cuya devolución podrá reclamar más tarde (por ejemplo, arts. 1839 CC o 43 LCS). Su propósito es dotar al tercero de mayores garantías de que recuperará en vía de regreso lo pagado, pues mediante la subrogación podrá aprovecharse de las garantías, privilegios o preferencias que tuviera el crédito del acreedor original.

3) Por otra parte, el Código civil (art. 1210 CC) prevé diversos supuestos en los que presume la existencia de la subrogación sin necesidad de que exista un consentimiento expreso entre acreedor y subrogado, por lo que quien afirme que, en realidad, no se produjo la subrogación en el supuesto específico tendrá la carga de probar que en el caso concreto se quiso excluir la subrogación en los derechos del acreedor.

El artículo 1210 CC establece tres presunciones *iuris tantum* de subrogación del tercero que paga en los derechos del acreedor: «[s]e presumirá que hay subrogación: 1.º Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente. 2.º Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor. 3.º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda».

La subrogación producida por la voluntad del deudor

El artículo 1211 CC permite que el deudor pueda subrogar a un tercero en los derechos del acreedor sin el consentimiento de este cuando para pagar la deuda hubiera tomado prestado el dinero en escritura pública, e hiciera constar en esta su propósito y expresara en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.

El sentido de la norma es permitir que el deudor, si le interesa, tenga facilidad para cambiar de acreedor y pueda beneficiarse de las mejores condiciones que le ofrezca el nuevo acreedor para el pago del crédito (por ejemplo, mayor plazo para el pago o menores tipos de interés remuneratorio o moratorio). Así, con el dinero que obtiene del segundo acreedor paga la deuda al acreedor originario y el nuevo se subroga en los derechos del anterior, con los beneficios que ello conlleva para este (mantenimiento de las garantías, hipotecas, derechos accesorios, etc.).

Préstamos hipotecarios

En el ámbito de los préstamos hipotecarios, hay que tener presente la regulación contenida en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que constituye ley especial respecto de la regulación del Código civil, y que permite que los deudores hipotecarios puedan subrogar a otra entidad financiera en los derechos de la entidad acreedora originaria sin el consentimiento de esta.

6.3. El cambio de deudor

Otra modificación que pueda afectar a la relación obligatoria es la derivada del **cambio de deudor**. Así, el artículo 1203.2.º CC dispone que las obligaciones pueden modificarse «[s]ustituyendo la persona del deudor».

El cambio de deudor reviste una trascendencia diversa y requerirá requisitos más exigentes que el cambio de acreedor. Tengamos presente que al deudor, si es que se ha cedido el crédito o se ha producido una subrogación por pago, le es indiferente pagar a un acreedor o a otro, y, por el contrario, al acreedor no le resulta indiferente quién sea su deudor, pues, entre otras muchas razones, no todas las personas tienen la misma capacidad económica.

Por ello, el artículo 1205 CC indica que la novación que consiste en sustituir a un nuevo deudor en lugar del anterior puede hacerse sin el consentimiento o, incluso, sin el conocimiento del deudor primitivo, pero no sin el consentimiento del acreedor, que deberá admitir la sustitución. Y, también, aunque no lo indique expresamente el Código, la sustitución de la persona del deudor requerirá a la fuerza el consentimiento del nuevo deudor. Por lo tanto, para sustituir a un deudor por otro deberán consentir tanto el acreedor como el nuevo deudor.

Por lo general, se suelen destacar tres mecanismos jurídicos a través de los cuales se puede producir la sustitución del deudor, dependiendo de las personas que hubieran acordado esta sustitución. Se trata de la asunción de deuda, la delegación y el convenio expromisorio o expromisión.

6.3.1. La asunción de deuda

Régimen jurídico de la asunción de deuda

La **asunción de deuda** es un negocio jurídico atípico en virtud del cual un tercero, ajeno a la relación obligatoria, acuerda con el deudor originario asumir la deuda.

Dado el carácter atípico del negocio jurídico de asunción de deudas y que su causa puede ser diversa, habrá que estar necesariamente a lo pactado por las partes para conocer el régimen jurídico aplicable a cada supuesto de asunción de deudas y las relaciones entre deudor primitivo y nuevo deudor.

La asunción de deudas puede ser **cumulativa** o **liberatoria**, dependiendo de lo que hayan pactado las partes. El problema se planteará, pues, cuando esa voluntad acerca del carácter liberatorio o cumulativo no se desprenda con claridad.

1) En la **cumulativa**, tanto el deudor primitivo como el nuevo deudor quedan obligados al pago de la deuda. Es decir, donde antes había un deudor ahora se añade otro, respondiendo ambos del cumplimiento de la obligación.

Este tipo de convenio entre el deudor originario y el nuevo no requiere el consentimiento del acreedor, puesto que el acreedor no resulta perjudicado en ningún caso, ya que podrá reclamar íntegramente la deuda al deudor primitivo. Y, además, si conoce la asunción de deuda cumulativa, podría dirigirse también contra el nuevo deudor.

2) Por el contrario, en la asunción de deuda **liberatoria** se produce una sustitución de la persona del deudor, de tal manera que el deudor primitivo deja de estar obligado y el nuevo deudor pasa a ocupar su posición pasiva en la relación obligatoria. El deudor primitivo queda desvinculado de la relación obligatoria con el acreedor y el nuevo deudor pasa a ocupar su lugar.

Como es evidente, para que se produzca este efecto no es suficiente el pacto entre el deudor primitivo y el nuevo deudor, sino que se requerirá también el consentimiento del acreedor (cfr. artículo 1205 CC).

Es de aplicación a la asunción de deudas liberatoria lo dispuesto en el artículo 1206 CC, en virtud del cual si el acreedor ha aceptado la sustitución del deudor primitivo por el nuevo, la insolvencia de este último no hace revivir la

acción que tenía el acreedor contra el deudor primitivo, a menos que dicha insolvencia hubiera sido anterior y pública o conocida por el deudor primitivo al realizar el negocio jurídico de asunción.

6.3.2. Régimen jurídico del convenio expromisorio o expromisión

El **convenio expromisorio** es un acuerdo que se realiza entre el acreedor y un tercero ajeno a la obligación y en virtud del cual este último acepta ocupar la posición de deudor en la relación obligatoria.

Ejemplo

Por ejemplo, uno de los socios acuerda con el acreedor de la sociedad sustituir a la sociedad como deudora.

Este convenio expromisorio solo requiere el consentimiento del acreedor y del nuevo deudor, sin que sea preciso el consentimiento del deudor primitivo, ni siquiera su conocimiento (art. 1205 CC).

El convenio expromisorio puede ser acumulativo o liberatorio dependiendo de que las partes acuerden la acumulación del nuevo deudor a la parte subjetiva de la obligación o la sustitución del primitivo deudor por el nuevo.

El convenio expromisorio es un acuerdo atípico, que puede obedecer a diversas causas, por lo que habrá que estar a lo pactado entre las partes (acreedor y nuevo deudor) para determinar su completo régimen jurídico. Solo aparece mencionado en el artículo 1205 CC cuando señala que la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin el conocimiento de este.

6.3.3. Régimen jurídico de la delegación de la deuda

En la **delegación de deuda** el deudor ordena o conviene con un tercero ajeno a la relación obligatoria que este satisfaga la deuda (delegación solutoria) o asuma la obligación frente al acreedor (delegación promisorias), lo que libera al deudor de sus obligaciones.

En todo supuesto de delegación aparecen siempre tres sujetos: el delegante, el delegado y el delegatario. En la delegación de deuda, el **delegante** es el deudor, que conviene con un tercero que asuma una obligación o simplemente realice un pago; el **delegado** es el tercero que realiza ese convenio con el deudor y asume la deuda o paga el crédito, y el **delegatario** es el acreedor.

1) En la **delegación solutoria** (*delegatio solvendi*) no existe una sustitución o modificación de la posición pasiva de la relación obligatoria; simplemente, un tercero paga la deuda o cumple la obligación por orden del deudor.

2) En la **delegación promisoria** (*delegatio promitendi*), el deudor (delegante) conviene con un tercero (delegado) que este asumirá frente al acreedor (delegatario) la obligación del deudor, esto es, que asumirá la deuda.

Delegación solutoria

El acreedor (delegatario) no podrá negarse a recibir la prestación del tercero (delegado) a menos que la obligación convenida con el deudor (delegante) fuera personalísima (art. 1161 CC).

En este caso sí que existe sustitución de la persona del deudor, siempre que el acreedor acepte el ofrecimiento del delegado de asumir en su propio nombre la obligación del deudor, lo que liberaría a este. Como es evidente, el acreedor será libre de aceptar la sustitución de la persona del deudor o no (art. 1205 CC), que producirá una asunción liberatoria de la deuda.

En cualquier caso, si el acreedor (delegatario) aceptara la delegación de la deuda, sería de aplicación el artículo 1206 CC.

No existe inconveniente en admitir la **delegación acumulativa**, en cuyo caso delegado y delegante quedarán obligados solidariamente frente al delegatario y este no deberá consentirla porque no le origina ningún perjuicio.

6.4. La alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias contractuales: la llamada cláusula *rebus sic stantibus*

6.4.1. Delimitación y fundamento de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*

En algunas ocasiones, tratándose de relaciones obligatorias que se desarrollan a lo largo de un dilatado periodo temporal (por ejemplo, contratos de suministro de larga duración), es posible que durante el tiempo de vigencia de la relación obligatoria se produzcan cambios sustanciales respecto de las circunstancias que las partes tuvieron en cuenta en el momento de concertar dicha obligación.

Por ello, la doctrina ha entendido que en todos los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido en el tiempo, las partes se obligan teniendo en cuenta unas determinadas circunstancias y que, por lo tanto, cuando dichas circunstancias varían sobrevenida y extraordinariamente, sin que hubieran intervenido las partes, lo que afecta al equilibrio contractual diseñado en su momento, cabe plantear la modificación o, incluso, la extinción de la relación obligatoria. A ello responde la llamada cláusula *rebus sic stantibus*.

A diferencia de otros ordenamientos, el Código civil español no contiene una respuesta para estos problemas. Por ello, la llamada cláusula *rebus sic stantibus* es una construcción básicamente doctrinal y jurisprudencial.

6.4.2. Presupuestos de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*

Con carácter general, son presupuestos para que pueda reconocerse la existencia de una alteración sobrevenida los siguientes:

- 1) Que se trate de una relación obligatoria de tracto sucesivo o duradera. Pero la jurisprudencia no excluye que la cláusula sea de aplicación a contratos de tracto único, cuando su cumplimiento ha sido diferido temporalmente, como una compraventa con precio aplazado o una opción de compra.
- 2) Que se trate de una relación obligatoria pendiente de ejecución en todo o en parte.
- 3) Que se produzca una alteración extraordinaria de las circunstancias, comparándose las existentes en el momento del cumplimiento con las iniciales.
- 4) Que se produzca un desequilibrio sustancial de las prestaciones de las partes.
- 5) Que todo ello se produzca por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas realmente imprevisibles.

6.4.3. Efectos de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*

La carencia de unos criterios normativos no solo afecta a los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que también repercute en los efectos que se le asignan a su concurrencia.

Verificada esa alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias contractuales, se plantean dos fórmulas para corregirla: la revisión o la extinción del contrato.

Con carácter general, la jurisprudencia se inclina por **revisar** el contrato, esto es, por modificar las prestaciones para recuperar el equilibrio del contrato. El problema de este planteamiento, basado entre otros elementos en el principio de conservación del contrato, estriba en la falta de elementos para proceder a reajustar las prestaciones.

Como excepción, la jurisprudencia admite la **extinción** del contrato cuando la alteración de las circunstancias no solo ha producido un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, sino que ha desembocado en una auténtica frustración de la finalidad del contrato.

7. La extinción de la relación obligatoria

7.1. Planteamiento general

7.1.1. Alcance y función del artículo 1156 CC

El artículo 1156 CC establece que «[l]as obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento. Por la pérdida de la cosa debida. Por la condonación de la deuda. Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. Por la compensación. Por la novación».

La norma contiene una enumeración meramente ejemplificativa de las causas de extinción de la obligación. El precepto indica las causas de extinción que pueden considerarse generales, por resultar de aplicación a todas las obligaciones, y automáticas, porque no necesitan declaración judicial, salvo que exista oposición del deudor.

Podemos encontrar otras causas de extinción de las relaciones obligatorias, tanto de carácter general (por ejemplo, la rescisión, la condición resolutoria, el término final, el mutuo disenso, el desistimiento unilateral, etc.), como aplicables a ciertas relaciones contractuales (por ejemplo, el artículo 1700 CC, respecto de la sociedad, o el artículo 1732 CC, respecto del mandato).

7.1.2. La muerte como causa de extinción

Con carácter general, la muerte no es causa de extinción de las relaciones obligatorias. Como recuerda el artículo 659 CC, «[l]a herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte».

Por lo tanto, salvo que, por las características de la relación obligatoria, la muerte del deudor o del acreedor implique su extinción, esa posición se transmite a sus sucesores *mortis causa*.

7.2. La condonación de la deuda

7.2.1. Delimitación de la condonación de la deuda

El artículo 1156 CC menciona como una de las causas de extinción de las obligaciones «la condonación de la deuda», y esta previsión es desarrollada en los artículos 1187 a 1191 CC.

La **condonación** consiste en una declaración del acreedor por la que perdona la deuda a su deudor, esto es, declara extinguido su derecho de crédito sin recibir nada a cambio.

7.2.2. Sujetos y objeto de la condonación

El acreedor, que es quien efectúa la condonación, debe poseer capacidad para enajenar a título gratuito el derecho de crédito, dado que mediante su declaración se produce la extinción de la obligación. En cuanto al deudor, no ha de poseer una especial capacidad (no se requiere su consentimiento). Deben aplicarse a la condonación las prohibiciones relativas a la realización de liberalidad en favor de ciertas personas (arts. 221.1.º y 625 CC).

El objeto de la condonación es el **crédito**, por lo que se produce la extinción de la obligación. En principio, cualquier crédito (art. 1088 CC) es susceptible de ser condonado. Sin embargo, no cabe condonación sobre créditos que son irrenunciables o indisponibles por las partes (por ejemplo, alimentos futuros [artículo 151.I CC]).

7.2.3. Clases de condonación

La condonación puede ser total o parcial, esto es, puede referirse a la totalidad del crédito o a una parte. Y puede hacerse en acto *inter vivos* o *mortis causa* (legado de perdón o liberación [arts. 870 a 872 CC]).

Más interés presenta la indicación del artículo 1187.I CC, en cuya virtud «[l]a condonación podrá hacerse expresa o tácitamente».

La importancia de la distinción se demuestra con el artículo 1187.II CC. Tanto la condonación expresa como tácita «estarán sometidas a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. La condonación expresa deberá, además, ajustarse a las formas de la donación».

7.2.4. Supuestos de condonación en el Código civil

La sección que el Código civil dedica a la condonación de la deuda contiene diferentes supuestos en los que se considera que concurre esa forma de extinción de las obligaciones.

Conforme al artículo 1188.I CC, «[l]a entrega del documento privado justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo».

Y añade el artículo 1189 CC, que «[s]iempre que el documento privado de donde resulte la deuda se hallare en poder del deudor, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, a no ser que se pruebe lo contrario».

Conforme al artículo 1191 CC, «[s]e presumirá remitida la obligación accesoria de prenda, cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor».

7.2.5. Efectos de la condonación

La condonación tiene como principal efecto la extinción de la obligación (art. 1156 CC).

El artículo 1190 CC indica que «[l]a condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera».

7.3. La confusión de derechos

7.3.1. Delimitación y fundamento de la confusión de derechos

El artículo 1156 CC menciona como una de las causas de extinción de las obligaciones «la confusión de los derechos de acreedor y deudor», y esta previsión es desarrollada en los artículos 1192 a 1194 CC.

El artículo 1192.I CC dispone que «[q]uedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor».

Por tanto, la confusión de derechos consiste en la reunión en una misma persona de los conceptos de acreedor y de deudor. Y, cuando se produzca esta circunstancia, la obligación se extinguirá.

El fundamento de esta causa de extinción de las obligaciones se encuentra en que nadie puede ser deudor o acreedor de sí mismo. Se trata, pues, de una justificación de lógica jurídica.

La confusión puede operar como consecuencia de un acto *inter vivos* o *mortis causa*.

El artículo 1192.II CC contempla una excepción a la operatividad de la confusión como causa de extinción: el supuesto de la herencia aceptada a beneficio de inventario.

En caso de **aceptación de la herencia a beneficio de inventario**, el patrimonio del heredero no se confunde con el patrimonio del causante (art. 1023 CC) y, por lo tanto, aunque el causante fuera acreedor o deudor del heredero, dicha obligación no se extinguiría, a diferencia de lo que ocurre cuando el heredero acepta la herencia sin dicho beneficio de inventario, es decir, pura y simplemente, en cuyo caso los patrimonios del heredero y del causante se confunden.

7.3.2. Efectos de la confusión

La extinción de la obligación tiene lugar de forma automática, esto es, *ipso iure*, una vez que concurren sus requisitos. No son necesarias ni la solicitud o manifestación de la persona interesada ni declaración judicial.

La confusión puede ser total o parcial.

El artículo 1193 CC establece que «[l]a confusión que recae en la persona del deudor o del acreedor principal, aprovecha a los fiadores. La que se realiza en cualquiera de éstos no extingue la obligación».

En consecuencia, si la confusión se produce entre el acreedor y el deudor, la obligación principal se extingue y, por lo tanto, también se extingue la obligación accesoria de fianza. Sin embargo, cuando la confusión se produce entre el fiador y la figura del acreedor o deudor, la obligación principal no se extingue.

Aunque alude a las deudas mancomunadas, el artículo 1194 CC contiene una regla aplicable a las obligaciones parciarias (o mancomunadas simples), y tanto exista parciariedad activa como pasiva. Conforme a esta norma, «[l]a confusión no extingue la deuda mancomunada sino en la porción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurren los dos conceptos».

Así pues, se trata de un caso de confusión parcial, mientras que el resto de la relación obligatoria se mantiene.

7.4. La compensación

7.4.1. Delimitación y fundamento de la compensación

El artículo 1156 CC menciona como una de las causas de extinción de las obligaciones «la compensación», y esta previsión es desarrollada en los artículos 1195 a 1202 CC.

La compensación opera, básicamente «cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra» (art. 1195 CC).

Por ejemplo, Pedro le debe a Luis, que es su arrendador, la última mensualidad del contrato de arrendamiento, que son mil euros. Pero, a su vez, Luis le debe a Pedro ochocientos euros porque, al aparcar su bicicleta, causó daños en el coche de Pedro. Carece de sentido práctico que Pedro deba abonar mil euros a Luis y que Luis tenga que abonar ochocientos a Pedro. Sería además contrario a la buena fe que Luis le exigiera a Pedro mil euros y, de forma inmediata, él tuviera que pagarle ochocientos. En este caso, podrá tener lugar la compensación y Pedro solo deberá pagar a Luis doscientos euros.

7.4.2. Clases de compensación

La compensación puede ser, por un lado, total o parcial. Esta clasificación toma en consideración el alcance de sus efectos. La **compensación total** exige que los créditos compensables sean de la misma cuantía, por lo que resulta mucho más improbable. En este caso, ambas deudas se extinguen. La **compensación parcial** implica la extinción de la deuda de importe inferior y la reducción del importe de la deuda de mayor cuantía en función de la diferencia.

Por otro lado, la compensación puede ser legal, judicial o voluntaria. Esta clasificación presenta un mayor interés porque afecta a los requisitos que se exigen para que opere.

1) La **compensación legal** se produce cuando concurren los requisitos exigidos por los artículos 1195 CC y siguientes.

2) La **compensación judicial** es aquella decretada por el juez a instancia de parte, aun cuando no concurren algunos de los requisitos previstos en los artículos 1195 CC y siguientes.

3) En la **compensación voluntaria**, podemos distinguir dos situaciones: compensación por acuerdo de las partes, a pesar de no concurrir los requisitos de la compensación legal (**compensación convencional**), o compensación por voluntad de aquella parte que podría oponerse a la compensación (**compensación facultativa**).

7.4.3. Presupuestos de la compensación legal

Los presupuestos básicos de la compensación legal son los contenidos en el artículo 1195 CC y en el artículo 1196 CC. Pero, como veremos, la concurrencia de esos presupuestos no implica que se haya producido la compensación, sino que se requiere la voluntad de al menos uno de los interesados.

1) **Coexistencia de créditos recíprocos.** La reciprocidad que requiere el artículo 1195 CC exige que una persona sea acreedora en una relación obligatoria y deudora en otra relación, y que quien ostenta en esa otra relación la condición de acreedora sea deudora en la primera.

2) **Créditos «por derecho propio».** La exigencia de que los sujetos sean titulares de los créditos por derecho propio significa, básicamente, que no cabe la compensación de créditos ajenos. La regla impide alegar la compensación a pesar de que se ostenten facultades para ejercer los créditos.

3) **Principalidad de los créditos.** El artículo 1196.1.º CC establece como requisito de la compensación legal que «cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro».

Significa la exclusión de la posibilidad de compensar por quienes no ostentan una posición principal, sino subsidiaria, como acontece con el fiador, en la relación obligatoria.

No obstante, el fiador podrá oponer frente al acreedor la compensación que correspondería al deudor principal (art. 1197 CC) aunque este no la ejercite. El deudor, sin embargo, no puede compensar lo que el acreedor deba a su fiador.

4) **Homogeneidad de los créditos.** El artículo 1196.2.º CC establece como requisito de la compensación legal que «ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado».

Se exige, pues, que los créditos sean de la misma naturaleza.

5) **Exigibilidad de los créditos.** El artículo 1196.3.º CC establece como requisito de la compensación legal que «las dos deudas estén vencidas», y el artículo 1196.4.º CC añade que «sean [...] exigibles».

6) **Liquidez de los créditos.** El artículo 1196.4.º CC establece como requisito de la compensación legal que las deudas «sean líquidas». Esto significa que su importe tiene que ser exacto o que, en caso de no estar determinado, debe ser susceptible de cálculo con una sencilla operación aritmética.

7) **Inexistencia de retención o contienda sobre alguno de los créditos.** El artículo 1196.5.º CC establece como requisito de la compensación legal que «sobre ninguna de ellas [de las deudas] haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor».

Basándose en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), se admite que las partes acuerden la exclusión de la compensación legal. Esta exclusión, que tiene carácter preventivo, no está prevista específicamente en el Código civil.

No obstante, tiene carácter abusivo la cláusula que prevea «[l]a privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos» (art. 86.4 TRLGDCU).

7.4.4. Las prohibiciones de compensar

El Código civil excluye la compensabilidad de ciertos créditos, a pesar de que concurren los presupuestos y los requisitos legalmente exigidos. Razones de diversa índole justifican la previsión de ciertos supuestos de prohibiciones de compensar.

Conforme al artículo 1200 CC, «[l]a compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniera de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario. Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito».

No son compensables los créditos que no son susceptibles de embargo, dado que, si son créditos inembargables, no tendría lógica que pudieran ser compensados con otro crédito del que ese acreedor fuera deudor. La cuestión cobra especial importancia en relación con el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente y en función de la cuantía del salario mínimo interprofesional (art. 607 LEC).

7.4.5. Compensación legal y cesión de créditos

El Código civil dispone una regla especial para los casos en que la compensación se entremezcla con la cesión de uno de los créditos. La cuestión fundamental estriba en precisar qué excepciones o créditos puede oponer el deudor cedido al cedente.

El artículo 1198 CC distingue en función de si el deudor del crédito cedido consintió la cesión, si no la consintió (aunque la conociera) o si la ignoraba.

7.4.6. Efectos de la compensación legal

Como se desprende del artículo 1156 CC, la compensación legal constituye un modo de extinción de las obligaciones. Con rotundidad, el artículo 1202 CC repite esta idea: «[e]l efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores».

Pero el problema que no resuelve el Código civil con la suficiente claridad es la determinación de cómo y cuándo se produce esa extinción.

En lo que se refiere al cómo opera la compensación legal, hay dos posturas básicas una vez que concurren sus requisitos: la eficacia automática de la compensación legal o la necesidad de que sea alegada por una de las partes.

En lo que se refiere al cuándo opera la compensación legal, hay que discernir si opera desde que concurrían los requisitos legales de compensación, o desde que es alegada por una de las partes. En otras palabras, ¿tiene la compensación legal efectos retroactivos?

En la actualidad, en cuanto al cómo opera la compensación legal, predomina la interpretación que descarta la operatividad automática de la compensación legal, por lo que debe ser alegada por la parte interesada en hacerla valer.

Y en cuanto al desde cuándo extingue las obligaciones, se entiende que, una vez alegada la compensación por una de las partes, la extinción se produce desde el momento en que concurrieron los requisitos legales para ella. Por este motivo, puede decirse que su eficacia es retroactiva.

La compensación podrá alegarse tanto judicial como extrajudicialmente, pero no puede apreciarse de oficio, por lo que deberá siempre ser ejercitada por los interesados.

La alegación judicial de compensación legal puede efectuarse por medio de acción o de excepción (art. 408.1 LEC), siendo esto último más frecuente. Conforme al artículo 408.1 LEC, previsto para el juicio ordinario, «[s]i, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar».

7.4.7. La compensación judicial

Como se ha indicado, la compensación judicial es decretada por el juez a instancia de parte, aun cuando no concurren algunos de los presupuestos previstos en el artículo 1195 CC y siguientes. No está regulada por el Código civil, pero la jurisprudencia la admite de forma unánime.

La compensación judicial opera con cierta frecuencia cuando no procede la compensación legal por falta de liquidez de uno de los créditos: aquel a quien se le reclama el pago de un crédito opone la compensación con un contracrédito ilíquido. El juez procede a la liquidación del contracrédito y opera la compensación en la sentencia.

La compensación judicial se caracteriza porque no es retroactiva, ya que opera *ex nunc*, desde el momento de firmeza de la sentencia que la decreta.

7.4.8. La compensación voluntaria

El fundamento de la compensación voluntaria está en la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y se distinguen, como se ha apuntado, dos mecanismos: la **compensación convencional**, por acuerdo de las partes; y la **compensación facultativa**, por voluntad de aquella parte que podría oponerse a la compensación. Tampoco está regulada en el Código civil, pero la jurisprudencia la admite.

En ninguno de los dos casos deben concurrir los presupuestos previstos en el Código civil para que sea operativa la compensación legal.

7.5. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores

7.5.1. Concurso y extinción de deudas

La conclusión del concurso de la persona jurídica, al suponer la extinción de esa persona jurídica, implica que es imposible cobrar los créditos pendientes (art. 178.3 LC). Al desaparecer el sujeto deudor, que era la persona jurídica, desaparecía la posibilidad de cobro, salvo supuestos muy concretos (por ejemplo, derivación de responsabilidad a administradores).

En cambio, cuando se trataba de concurso de persona física, a pesar de la insuficiencia patrimonial de esa persona, seguía en vigor la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC y los créditos no se extinguían. Pero el planteamiento tradicional de la responsabilidad patrimonial universal ha experimentado (al menos en apariencia) una profunda revisión con la Ley

25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (proveniente, con ligeras modificaciones, del Real decreto ley 1/2015, de 27 de febrero, y con tímidos apuntes anteriores).

La regla general sigue siendo la que consagra el artículo 178 LC, ya que «en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes».

Es decir, el deudor sigue respondiendo de sus deudas con todos sus bienes, presentes y futuros.

Sin embargo, el artículo 178 bis LC introduce el denominado «beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho». Esta posibilidad solo se predica del deudor persona natural (sea empresario o no) cuando el concurso concluya por liquidación o por insuficiencia de la masa activa y se den las condiciones que prevé esa norma.

Resumen

El pago o cumplimiento supone la ejecución exacta de la conducta debida por el deudor. Cuando el cumplimiento no es exacto, entendiéndose por tal el que no cumple con todos los requisitos, tanto subjetivos como objetivos (relativos a la prestación) y circunstanciales (tiempo y lugar del pago), el pago no producirá los efectos que le son propios: la liberación del deudor, la satisfacción del interés del acreedor y la extinción de la obligación.

Junto con el pago o cumplimiento, nuestro ordenamiento contempla otras figuras jurídicas que sustituyen al pago o cumplimiento y producen algunos de sus efectos a pesar de que en un principio las partes no habían previsto estas formas de posible extinción de la obligación. Son subrogados del cumplimiento la dación en pago (entrega en propiedad de uno o varios bienes por parte del deudor a su acreedor para cumplir de este modo la obligación [eficacia *pro soluto*]), la adjudicación en pago (prevista básicamente en la Ley de enjuiciamiento civil) o el pago por cesión de bienes (supone simplemente la entrega de bienes al acreedor para que proceda a su venta y se cobre con el producto de esta, pero no supone transmisión de la propiedad, sino mera autorización para vender, por lo que si al final el montante de la venta no cubre la deuda, esta subsistirá en la parte insatisfecha [eficacia *pro solvendo*]).

El incumplimiento engloba diversas situaciones relevantes desde el punto de vista jurídico y que exceden de la mera no ejecución de la prestación o no cumplimiento. Desde este punto de vista, dentro del incumplimiento de la obligación se han analizado los supuestos de mora del deudor, el incumplimiento definitivo y el cumplimiento defectuoso de la prestación.

Además, el hecho de que no se produzca el cumplimiento exacto de la prestación no comporta automáticamente que el acreedor disponga de cualquier remedio. Los remedios básicos (cumplimiento forzoso, resolución e indemnización de daños) presuponen la existencia de un incumplimiento, pero cada uno de ellos requiere la concurrencia de circunstancias particulares que inciden en su posible aplicación.

El cumplimiento forzoso y la indemnización de daños son, en principio, aplicables a toda obligación. Pero, en cambio, la resolución (al igual que la suspensión del cumplimiento de la propia prestación o la reducción de la contraprestación) solo puede activarse en caso de relaciones obligatorias sinalagmáticas.

En particular, la indemnización de daños exige tener en cuenta si concurre alguna causa de exoneración de responsabilidad del deudor y, de no concurrir, la identificación del daño indemnizable (los daños patrimoniales [daño emergente y lucro cesante] y los daños no patrimoniales) y de su extensión

(en función de la actuación del deudor) plantea delicados problemas teóricos y, sobre todo, prácticos. En cualquier caso, las partes pueden modificar, con ciertas limitaciones, la aplicación de las reglas sobre indemnización de daños.

El presente módulo también contempla el régimen de las garantías y medidas de protección del crédito. Además de la garantía general que para el acreedor constituye el patrimonio del deudor, por aplicación del artículo 1911 CC (principio de responsabilidad patrimonial universal), otras garantías específicas pueden garantizar el crédito: el derecho o facultad de retención, las arras, la pena convencional o la fianza.

Junto con las garantías, el ordenamiento jurídico prevé también medidas conservativas del patrimonio del deudor con la misma finalidad de tutela del crédito. La acción subrogatoria y la acción pauliana o revocatoria son ejemplos de ello.

No obstante, la relación jurídica obligatoria puede sufrir alteraciones a lo largo del tiempo que transcurre entre que se constituye y se cumple.

El Código civil permite al acreedor con carácter general transmitir o ceder su crédito sin consentimiento del deudor, estableciendo solo las reglas necesarias para que el deudor quede liberado de responsabilidad y sepa quién es el titular del crédito. En este sentido, la cesión del crédito y la subrogación en el crédito son modificaciones subjetivas de este desde la perspectiva del acreedor.

También puede modificarse la persona del deudor, si bien en este caso es necesario el consentimiento del acreedor, que puede manifestarse de forma expresa o tácita. La modificación subjetiva del deudor suele producirse mediante figuras como la asunción de deudas, la delegación pasiva y el convenio de expromisión.

La primera causa de extinción de las obligaciones es el pago o cumplimiento, y el artículo 1156 CC contiene una enumeración ejemplificativa de las causas que provocan este efecto en las obligaciones. En esa enumeración destacan la compensación (forma de extinción de las obligaciones sin su ejecución, cuando dos personas son recíprocamente deudora y acreedora la una de la otra), la remisión o condonación de la deuda por el acreedor y la confusión de derechos.

Además, la Ley concursal exige tener en cuenta el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como causa de extinción de obligaciones.

Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Cuáles son los efectos del pago? ¿Tienen lugar en todo caso?
2. ¿Qué relevancia tiene el pago por tercero en nuestro ordenamiento?
3. ¿Está el acreedor obligado a recibir un pago parcial del deudor? ¿Cuáles son los requisitos del pago?
4. ¿A qué se denomina *reglas sobre imputación de pagos*?
5. ¿Cabe la compensación convencional de una deuda no vencida?
6. ¿Qué diferencia la dación en pago del pago por cesión de bienes?
7. ¿Es posible que se presuma la condonación de una deuda?
8. ¿La verificación de un supuesto de incumplimiento del deber de prestación a cargo de un deudor comporta automáticamente para este la exigencia de responsabilidad?
9. ¿Cuáles son los efectos de la mora del deudor?
10. ¿Es siempre causa de exoneración del deudor la concurrencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor?
11. ¿A qué se denomina *mora del acreedor*?
12. ¿En qué consiste el cumplimiento forzoso?
13. ¿Cuáles son las diferencias entre la acción subrogatoria y la acción directa?
14. ¿En qué consiste el beneficio de excusión? ¿Y el beneficio de división?
15. ¿Qué efectos tiene la confusión de derechos?

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. Los efectos del pago son: la liberación del deudor, la satisfacción del acreedor y la extinción de la obligación. Sin embargo, el pago no produce un efecto exonerador de responsabilidad para el deudor por los daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar.

No obstante, solo el pago válido y eficaz, el pago exacto y acorde con el programa de prestación previsto por las partes al constituir la obligación producirá estos efectos.

2. El pago hecho por tercero en nuestro ordenamiento es posible conforme a lo expuesto en el artículo 1158.I CC, siempre y cuando no haya sido excluido por pacto de las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, o si la obligación se constituyó contemplando de manera específica las circunstancias personales del deudor (por ejemplo, obligación de pintar un retrato a cargo de un pintor famoso).

Con carácter general, el pago por tercero será válido y eficaz y producirá el efecto de liberar al deudor frente al acreedor sin que este pueda negarse a recibir el pago íntegro de la deuda efectuado por un tercero. Pero para ello debe reunir los siguientes requisitos: a) el tercero debe poseer la capacidad y legitimación exigidos al *solvens*; b) debe producirse un cumplimiento exacto de la prestación, tanto de sus requisitos objetivos como de los de tiempo y lugar; c) debe existir en el tercero que paga la intención de pagar una deuda ajena (*animus solvendi*).

3. El acreedor no queda obligado a recibir un pago parcial, como se desprende del artículo 1169 CC, que consagra el requisito de indivisibilidad del pago, a no ser que en el momento de constituir la obligación así lo hubieran previsto las partes. Sin embargo, si la deuda tiene una parte que es ya líquida y otra no, el acreedor podrá exigir el pago de la primera sin esperar a la liquidación de la segunda y hacerlo el deudor.

Por tanto, los requisitos que debe reunir el pago exacto son la indivisibilidad (la prestación no se puede fraccionar sin el consentimiento del acreedor [artículo 1169 CC]), la integridad (el acreedor tiene derecho a que la prestación se efectúe por entero [artículo 1157 CC]) y la identidad (se ha de cumplir exactamente la prestación debida [artículo 1166 CC]).

4. Las normas sobre imputación de pagos son reglas establecidas por el ordenamiento jurídico para resolver el problema de determinar qué deuda debe entenderse pagada cuando un deudor tenga, frente a un mismo acreedor, una pluralidad de deudas homogéneas si no se indica en el momento del pago cuál de ellas debe ser pagada (arts. 1172 y sigs. CC).

El primero de los criterios de imputación es la voluntad del deudor, con ciertos límites (la aceptación del acreedor y la necesaria imputación primero al pago de intereses). Los criterios legales de imputación son la onerosidad y la proporcionalidad, cuando las deudas sean de igual naturaleza y gravamen.

5. La compensación convencional o voluntaria surge de un convenio de las partes y no ha de ajustarse, necesariamente, a los requisitos de la compensación legal. Por lo tanto, es posible pactar la compensación de deudas que no estén vencidas y que no sean, en consecuencia, todavía exigibles en ejercicio de la libre autonomía de las partes.

6. Tanto la dación en pago como el pago por cesión de créditos son subrogados del cumplimiento, sustitutivos del pago que producen algunos de sus efectos.

En la dación en pago se produce una entrega por parte del deudor al acreedor de uno o varios bienes de su propiedad para pagar la deuda con esta entrega y, por tanto, se transmite la propiedad de los bienes al acreedor. En la cesión de bienes, por el contrario, el deudor entrega sus bienes al acreedor, pero no para que los adquiera en pago de sus deudas (no se transmite la propiedad), sino para que los venda y se cobre con el producto obtenido, de modo que si con lo que resulta de la venta no se satisfacen las deudas por completo, no se extinguirá la obligación a cargo del deudor, y quedará subsistente en la parte no pagada.

En consecuencia, mientras la dación en pago tiene eficacia *pro soluto*, la cesión de bienes tiene eficacia *pro solvendo*, de modo que en ella la entrega de los bienes se efectúa para pago de las deudas; por lo tanto, se entrega al acreedor solo la mera posesión, no la propiedad, como ocurre en la dación en pago, de modo que si el dinero obtenido de su venta no cubre el montante de las deudas, la obligación del deudor no se extinguirá por completo sino solo en la cuantía que se obtuvo por la venta de los bienes. Por el contrario, si el dinero obtenido en la venta excede del importe de la deuda, el remanente o sobra se lo quedará el deudor propietario de los bienes que se vendieron.

7. La remisión o condonación de la deuda es una declaración unilateral del acreedor por la que perdona la deuda a su deudor y se declara extinguido el derecho de crédito sin recibir a cambio ninguna prestación. El acreedor puede manifestar esta voluntad de forma expresa o de forma tácita, en cuyo caso se deduce la condonación de actos concluyentes. Pero el Código civil contempla también diversos supuestos que cierta doctrina califica como condonación presunta, entre los que destaca la entrega al deudor del documento privado justificativo del crédito (art. 1188.I CC). En otros preceptos del Código civil, se recogen también supuestos de condonación presunta (entre otros, arts. 1191, 266 y 1110 CC).

8. El concepto de incumplimiento es muy amplio, comprensivo de una pluralidad de supuestos que no siempre coinciden exactamente con la no ejecución de la prestación por parte del deudor. No obstante, que el acreedor no vea satisfecho su interés por el hecho de que el deudor no haya cumplido con su deber de prestación, o lo haya hecho de forma incorrecta, no comportará siempre para este la aplicación de las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de cumplimiento. Ante esta situación, es necesario atender a las razones que han motivado el incumplimiento para determinar cuándo este pueda ser imputado al deudor o no. Incluso pueden concurrir circunstancias exoneradoras de la responsabilidad que supongan una ruptura de la relación causal y, por tanto, eviten la exigencia de responsabilidad al deudor.

9. La mora es el retraso cualificado (no el mero retraso) en la realización por parte del deudor de la prestación programada, siempre y cuando ello no suponga incumplimiento definitivo de la obligación (por haberse fijado, por ejemplo, un término esencial).

Para el deudor la mora comporta la exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios causados por el retraso (arts. 1101 y sigs. CC), así como la denominada *perpetuatio obligationis*, que supone para el deudor moroso que no quedará liberado de la obligación aunque la cosa perezca por caso fortuito, soportando el riesgo de la destrucción fortuita de la cosa debida.

10. El caso fortuito o la fuerza mayor son considerados por el artículo 1105 CC como causas de exoneración de responsabilidad para el deudor. Suponen que el deudor no responderá de los sucesos que no hubieran podido preverse o que, aun previstos, fueran inevitables.

No obstante, podemos encontrar supuestos en los que el caso fortuito o la fuerza mayor no exoneran de responsabilidad al deudor. En primer lugar, es posible que las partes hayan estipulado una cláusula de agravación de responsabilidad por la que el deudor responda por caso fortuito, o bien responda de algunos supuestos constitutivos de caso fortuito. En segundo lugar, en determinadas circunstancias el Código civil impone al deudor la responsabilidad aunque concurra caso fortuito y aunque las partes no hayan pactado cláusula alguna de agravación de la responsabilidad (mora del deudor, cuando este se haya obligado a entregar la misma cosa a dos o más personas diferentes, cuando el poseedor de una cosa retrasa maliciosamente su entrega al poseedor legítimo, y en los supuestos de los artículos 1185, 1744 y 1896 CC).

11. Se denomina *mora del acreedor* o *mora creditoris* a la actuación del acreedor dirigida a obstaculizar la actuación del deudor dirigida al cumplimiento (se reconoce en los supuestos de imposibilidad o de extrema dificultad en el cumplimiento). Por ejemplo, no permito acceder a mi vivienda al albañil que me ha de reparar la bañera.

Tiene como presupuestos la existencia de una obligación vencida y exigible y que se verifique la falta de cooperación del acreedor tras una oferta real de prestación por parte del deudor. La mora del acreedor produce efectos de forma automática, sin necesidad de interpelación.

12. Una vez verificado el incumplimiento voluntario de la conducta debida por el deudor, el acreedor a quien todavía puede satisfacer la obtención de la prestación programada por las partes puede reclamar el cumplimiento forzoso. Por lo tanto, el cumplimiento forzoso supone el ejercicio de una acción por parte del acreedor para conseguir que el deudor finalmente cumpla con su deber jurídico o se ejecute la prestación a su costa.

13. La acción directa es una acción específica que el ordenamiento concede al acreedor en determinados casos para demandar directamente al deudor de su deudor (arts. 1522, 1597 y 1722 CC; o art. 76 LCS, entre otros ejemplos). Supone, en consecuencia, una ampliación de la cobertura del crédito, ya que permite al acreedor reclamar directamente el cumplimiento de un crédito del cual es titular su deudor.

Con el ejercicio de la acción directa se permite obviar uno de los problemas que la acción subrogatoria tiene para el acreedor, puesto que lo que se obtenga por el ejercicio de la acción subrogatoria debe ingresar en el patrimonio del deudor, sin que el acreedor que ejercitó la acción subrogatoria tenga preferencia alguna para el cobro de su crédito respecto del importe obtenido por el ejercicio de esta acción. Por el contrario, el importe obtenido por el ejercicio de una acción directa por parte del acreedor no se ingresará en el patrimonio del deudor,

sino que el acreedor cobrará directamente su crédito de lo obtenido, e ingresará solo en el patrimonio del deudor aquello que reste tras la satisfacción del crédito del acreedor que ejerció la acción directa.

Por el contrario, la acción subrogatoria es un remedio general que el acreedor podrá utilizar, con independencia del tipo de crédito del que sea titular. Lo obtenido a resultas del ejercicio de la acción ingresa en el patrimonio del deudor, sin que la ley conceda al acreedor actuante privilegio alguno, por lo que podrá beneficiar a otro acreedor que no sea él y su crédito podrá no resultar satisfecho.

14. El beneficio de excusión, regulado en el artículo 1830 CC, proviene de la naturaleza subsidiaria de la fianza. De este modo, el fiador no puede ser obligado a pagar si antes el acreedor no ha hecho excusión de todos los bienes del deudor. Se trata de una carga para el fiador, que deberá señalar bienes bastantes del deudor principal realizables en territorio español; dicho señalamiento se debe efectuar después del requerimiento de pago del acreedor. El fiador puede renunciar a dicho beneficio de forma válida y, por lo tanto, permitir que el acreedor pueda agredir directamente sus bienes sin hacer previa excusión de los bienes del deudor. La declaración del fiador renunciando al beneficio de excusión debe ser expresa, no requiere una forma especial y puede efectuarse en el momento de constitución de la fianza o en otro posterior. Cuando la fianza se constituye con el carácter de solidaria se entiende que el fiador renuncia al beneficio de excusión, ya que es incompatible la solidaridad con la necesidad de que el acreedor se dirija en primer lugar contra los bienes de uno de los obligados.

El beneficio de división comporta, ante una situación de pluralidad de fiadores, que se divida entre todos la obligación de la que deben responder (art. 1837 CC). De este modo, el fiador al que se exija por el acreedor el pago de una cantidad superior a la que resulte de esta proporción podrá oponer este beneficio como excepción, y se aplicará por tanto el régimen normal de las obligaciones mancomunadas simples o parciarias. Al igual que el beneficio de excusión, es renunciable por parte del fiador, y cesa en los mismos casos que aquel.

15. La confusión de derechos es una de las causas de extinción de las obligaciones (art. 1192.I CC). Supone que en una misma persona concurren las condiciones de acreedor y deudor. Por ejemplo, me convierto en el heredero único de mi tío abuelo, a quien debía diez mil euros por la compra de un automóvil. Resulta que en virtud de esta herencia he adquirido el crédito de diez mil euros que mi tío abuelo tenía contra mí y, por lo tanto, he pasado a ser acreedor de mí mismo, lo que no es posible.

El efecto extintivo de la obligación derivado de la confusión determina que, si la obligación es parciaria, se extinguirá solo en parte, mientras que si la obligación es solidaria, se extinguirá del todo. No obstante, en este último caso, el deudor a quien afecte la confusión podrá reclamar del resto de los deudores su parte correspondiente en la relación interna.