

Cumplimiento defectuoso de la prestación

(Su inclusión en la «contravención» o cuarta causa del artículo 1.101 del Código civil)

SUMARIO: *JUSTIFICACION DEL TEMA.—ACLARACION CONCEPTUAL:*

A) La responsabilidad del deudor: Alcance. B) Su delimitación como ejecución *id quod interest*, o por equivalente e indemnización de daños y perjuicios: *El Resarcimiento*.—I. Sistemática clásica: El incumplimiento contractual: A) Concepto. B) Vulneración del *Pacta sunt servanda*: artículo 1.091. C) Frustración del fin de la obligación o satisfacción del interés del acreedor—módulo potenciador del incumplimiento—: Supuestos de no incumplimiento, si ese fin no se elimina o desaparece.—II. Adición sistemática personal: La responsabilidad por cumplimiento «erosionante» de ese fin: el llamado cumplimiento «irregular», «defectuoso» o «irritual».—III. Causas de la responsabilidad contractual: Análisis del artículo 1.101 del Código civil.—Precedentes y Derecho Comparado: A) Hermenéutica de su literalidad: «... los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en...» ¿equivalente a un incumplimiento?: a) ¿Exige que el cumplimiento haya empezado? b) ¿Se entiende «cumplimiento» como actividad o actitud general «para cumplir» sin necesidad de iniciarlo? B) Reenvío al artículo 1.124.—¿Identidad entre el 1.101 y el 1.124-2.º?: Su relatividad de consecuencias. C) El dolo: a) Concepto. b) Supuestos de incumplimiento por dolo: 1) Incumplimiento total. 2) ¿Cabe el incumplimiento *parcial* o cumplimiento *defectuoso* por dolo?: Respuesta negativa, por integrarse en la «cuarta causa», y, además, por necesidad de sustantivarla. D) La culpa: a) Concepto. b) Supuestos de incumplimiento por culpa: 1) Incumplimiento total. 2) ¿Cabe el incumplimiento *parcial* por culpa o cumplimiento *defectuoso*? E) La mora: a) Concepto: Su delimitación con el retraso. b) Incumplimiento total. c) El retraso en el cumplimiento o cumplimiento tardío o retraso leve: Sus consecuencias e integración en la «cuarta causa» (posiciones de Díez-Picazo y Jordano Barea).—IV. Particular referencia al cumplimiento con CONTRAVENCION: La llamada «cuarta causa» del artículo 1.101 (prestación defectuosa: SCHLECHTSLEISTUNG): A) Es-

(*) El presente tema fue desarrollado oralmente por el autor en un ejercicio de oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Profesores Agrupados de Derecho Civil.

casez de literatura jurídica *ad hoc*: G. GARCÍA VALDECASAS, CASTÁN, MARÍN, PUIG PEÑA. B) Razonamiento de su sustantividad como «cuarta causa» de responsabilidad contractual. Precisión conceptual: Relación con el artículo 1.098-2.º La contravención *especial* absorbe el cumplimiento «erosionante», «irregular», «defectuoso» o «irritual»: a) Alcance de la expresión del artículo 1.101: «... los que...». b) Precedentes del Proyecto de 1851: Su artículo 1.011. c) La contravención de la obligación, ¿es distinta de su incumplimiento por dolo, culpa o moral? d) La frase «... de cualquier modo...», facilita su sustantividad: 1) Sentido residual y omnicomprendivo en la *mens legislatoris*. 2) Los anteriores incumplimientos «parciales» o cumplimientos «defectuosos» son esta contravención. 3) El cumplimiento «irregular» del artículo 1.154-1.º atrayente de su sustantividad. 4) La contravención no equivale a incumplir, sino a cumplir mal o irregularmente: el artículo 1.101 no habla de «los que incumplieren...», sino de «los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en...». Reenvío a los artículos 1.098-2.º y 1.124.—**CONCLUSION**: Sustantividad de la «contravención» y su proyección sobre todo cumplimiento defectuoso de la obligación, cualquiera que sea su causa. Su caracterización.—Tutela del acreedor. Integración de la responsabilidad del Contraventor: Factor económico constante (*id quod interest*) y factor económico variable (indemnización de daños y perjuicios *strictu sensu*), determinantes del *Resarcimiento*.

JUSTIFICACION DEL TEMA

Como se comprobará, dentro de nuestra clásica literatura jurídica inexistente un tratamiento específico del artículo 1.101 en su completa extensión y que, de consiguiente, comprenda el análisis de la denominada «cuarta causa» de responsabilidad contractual en vía de indemnización o la CONTRAVENCION de la obligación, y resulta ello sorprendente y hasta acaso inexplicable, porque siendo el citado precepto de vital importancia e incidencia práctica en el tráfico contractual, la doctrina, aunque lo contempla con particular detalle, omite, como se dice, el último pormenor de su casuística sancionadora; esa circunstancia, que no sólo acaece en los tratados generales de Derecho civil más clásicos, sino en los estudios cuya fisonomía actualizada debiera colmar la denunciada tendencia, ha sido, pues, la condicionante del criterio de selección del tema.

ACLARACION CONCEPTUAL

A) LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR: ALCANCE

La noción de la responsabilidad, en tema obligacional, ha sido suficientemente tratada por la doctrina; es sabido cómo el profesor HERNÁNDEZ GIL, en su estudio sobre la «concepción integradora de la obli-

gación» (1), afirma que si la obligación es esencialmente un deber, no significa que lo sea única y exclusivamente, por cuanto al deber de prestación figura asociada la responsabilidad o «conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor» (2); también, como manifestamos en otra ocasión (3), «la asunción por el autor de un hecho de todas sus posibles consecuencias, determinadas por la relevancia de dicho hecho para el Derecho».

¿Cuál es el alcance de dicha responsabilidad? La responsabilidad—continúa HERNÁNDEZ GIL—no tiene sólo el significado estricto y directamente económico y material de que, a expensas del patrimonio del deudor, se va a hacer efectiva mediante el desplazamiento de bienes o valores; identificar la responsabilidad—continúa—«con una indemnización pecuniaria es empujarse el concepto de la obligación, pues esa responsabilidad refleja la total sanción que incorpora el ordenamiento jurídico al deber asumido o conjunto de efectos jurídicos que son

(1) A. HERNÁNDEZ GIL, in *Derecho de Obligaciones*, I. Madrid, 1960, Maribel Artes Gráficas, págs. 67 y ss.; dicha concepción integradora parte de la distinción entre el débito—«Schuld»—y la responsabilidad—«Haftung»—; véase asimismo al respecto: E. BONVICINI, in *La responsabilità civile*, tomo I. Milano, Dott. A. Giuffré Edit., 1971, págs. 72 y ss.

(2) Idem, pág. 70.

(3) Vid. en el trabajo elaborado por el Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma, bajo la dirección del Profesor DÍEZ PICAZO: *La situación jurídica de los subnormales o deficientes mentales en el Derecho Español*; cap. IV: «La responsabilidad jurídica del subnormal». «Especial estudio de su modalidad civil», pág. 98, de su versión original. Es claro que al hablar de la «Responsabilidad del deudor», aludimos a la terminología más clásica de la denominada «Responsabilidad Contractual»; entre otros, la emplean con el siguiente significado: G. GARCÍA VALDECASAS en «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho Español, *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 829 y siguientes, afirmando citado Catedrático de Derecho Civil: «En cuanto a la expresión 'responsabilidad contractual', ella suele tener en la doctrina española una significación muy amplia que comprende no sólo la derivada del incumplimiento de un contrato, sino también toda responsabilidad que provenga del incumplimiento de una obligación preexistente, tenga ésta su origen en un cuasicontrato o directamente de la ley», pág. 829. También emplean el término H. y L. MAZEAUD y J. MAZEAUD en *Lecciones de Derecho Civil*, parte 2.ª, vol. II: «La responsabilidad civil. Los cuasicontratos». Traducción de L. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, al expresar: «La responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando un contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio; su responsabilidad es una responsabilidad contractual.» BONVICINI en *op. cit.*, pág. 71, dice: «La 'responsabilidad' contemplada desde el marco de la obligación, aparece como una situación derivada del vínculo, caracterizada por el peligro de perder un bien—o una pluralidad de bienes o patrimonio—que debe satisfacer una persona—crédito en sentido amplio—al no realizar un evento determinado a su cargo o por realizar otro distinto.»

realizables mediante una adecuada intervención de los órganos judiciales» (4).

Ahora bien, si técnicamente lo afirmado es incontestable, tampoco dicho virtuosismo puede ocultar una verdad cuyo peso es evidente. En tema de responsabilidad contractual, en que incurre el deudor, por las causas que fueren, siempre la última sujeción de su esfera patrimonial, a resultados de su conducta atrayente de la misma, es significativa y bien resolutive del conflicto así planteado: en un aspecto, porque dicho deudor, causante con su conducta de la responsabilidad, sabe que si persiste en su actitud, siempre al final padecerá de una inmisión o detracción patrimonial, que, por supuesto, gravitará como un *onus* perjudicial para sus intereses; en otro aspecto, porque el acreedor así dispondrá de un último resorte, tanto para, en su primera fase, constreñir a dicho deudor a claudicar en su actitud o, de lo contrario, «reparar» o «restaurar» los quebrantos sufridos a costa de aquella detracción patrimonial, más o menos «compensatoria» de los mismos.

B) SU DELIMITACIÓN COMO EJECUCIÓN «ID QUOD INTEREST» O POR EQUIVALENTE E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: EL RESARCIMIENTO

La doctrina más clásica (5) expresa que «como la obligación lleva consigo la ineludible necesidad de su cumplimiento, si el deudor no la cumple por las causas que le sean imputables, el Derecho ha de procurar de un modo u otro su efectividad, es decir, su cumplimiento forzoso

(4) HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 70.

(5) Puede incluirse en la misma: J. CASTÁN en *Derecho Civil Español Común y Foral*, 8.ª ed. Tomo III, Edit. Reus, Madrid, 1954, pág. 139.

Idem, G. GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, pág. 832: «La responsabilidad contractual presupone la existencia de una obligación particular, concreta—en su sentido estricto—contractual, es decir, convenida libremente por las partes contratantes. Se requiere también que esta obligación haya sido incumplida por culpa del deudor, es decir, voluntaria y conscientemente—dolo—o al menos por falta de previsión y de diligencia—culpa simple—. Por último es indispensable que el incumplimiento de la obligación haya causado un daño al acreedor, pues sin daño no puede haber reparación.»

El propio Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de junio de 1973—Ponente señor González-Alegre, número 2.577 de la colección de *Aranzadi*—en su 2.º Considerando, expresa: «Que es doctrina reiterada de esta Sala la de que la prosperabilidad de la acción encaminada a la reclamación de los daños y perjuicios, a los que se refiere el artículo 1.101 del Código civil, está condicionada a los dos siguientes requisitos: existencia del incumplimiento de una obligación derivada de un contrato y de la demostración de la realidad de los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.» El nexo, pues, entre el incumplimiento de la obligación y el daño producido, para dar paso a la responsabilidad contractual, es de general evidencia.

o anormal»; pero la responsabilidad no es una fase de la obligación en que se penetra sólo a través del incumplimiento, pues, según el artículo 1.911, «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros»; luego, se afirma (6), el deudor «responde» *del cumplimiento*, o sea, su responsabilidad la contrae no porque ha incumplido, sino porque ha asumido el deber de cumplir», aunque, claro es, cuando dicha responsabilidad se torna operativa o resplandece será desde el momento en que ese «cumplimiento» no lo ha realizado el deudor, lo que de ordinario discurre a causa del incumplimiento; se dice «de ordinario», y no siempre, porque, tal y como se verá, la responsabilidad del deudor también deviene por causas o derroteros que, en puridad, no implican auténticos «incumplimientos».

¿Cómo reacciona el Derecho ante una conducta del deudor determinante de su responsabilidad?, o en otras palabras, ¿cómo se sanciona la esfera de su responsabilidad contractual u obligacional?

PUIG BRUTAU (7), reproduciendo el criterio de CASTÁN (8) y contemplando el cauce generador de esa responsabilidad en el incumplimiento de la prestación—que, se insiste, es el más general y acusado, pero no exclusivo—, escribe que «el incumplimiento de la obligación imputable al deudor se traduce en el cumplimiento forzoso, que a veces puede ser exigido en forma específica; pero hay casos numerosos en que es imposible procurar al acreedor la ejecución en naturaleza, y entonces hay lugar a lo que los autores llaman la prestación del interés—*id quod interest*—, que consiste en prestar al acreedor el equivalente de aquella utilidad que le hubiera reportado el cumplimiento de la obligación en forma específica, y que en nuestro Derecho recibe el nombre de *resarcimiento* de daños y perjuicios».

Desarrollando esa dualidad de posibilidades que el Derecho constituye arbitra ante un incumplimiento de la obligación, exponentes de la responsabilidad del deudor «incumplidor o infractor», la doctrina habla de «cumplimiento forzoso en forma específica—según se trate de obligaciones de dar, hacer o no hacer—y cumplimiento por equivalencia» (9) o de «cumplimiento coactivo en forma específica y cumplimiento mediante el equivalente económico de la prestación debida» (10) e incluso, con mayor pormenor de fórmulas *de lege data*, distinguiéndose entre el *fin típico* del crédito, para cuya realización cabe el cumplimiento del deber

(6) HERNÁNDEZ GIL, *ídem*, pág. 71.

(7) J. PUIG BRUTAU en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo I, vol. II. «Derecho General de las Obligaciones», Bosch Casa Edit., Barcelona, 1959, pág. 450.

(8) J. CASTÁN en *op. cit.*, pág. 160.

(9) CASTÁN, *ídem*, págs. 161 y ss.

(10) PUIG BRUTAU, *ídem*, págs. 451 y ss.

de prestación, la intervención de un tercero o la ejecución forzosa en forma específica, y el *fin subsidiario* de tal crédito, cuyos medios de realización son la ejecución forzosa mediante indemnización—complementaria, sustitutiva, independiente o exclusiva—y el derecho a resolver del artículo 1.124 (11).

Es claro que centrado el tema en la consideración mayúscula del artículo 1.101, y su problemática en punto a la «contravención»—en particular—de esa dualidad, transitará el estudio por la fórmula compensatoria o *id quod interest*, esto es, cuando por la circunstancia que fuera no es posible el cumplimiento de la obligación *in natura* o en forma específica, o también cuando por ese mismo «cumplimiento» o la «forma en que se ha cumplido la obligación», el acreedor ha padecido el consiguiente quebranto—se repite por su no cumplimiento o cumplimiento no adecuado, aunque esta hipótesis «adelante» ideas a desarrollar—y, por tanto, se sustituye la prestación debida—o el remanente de lo cumplido *mal*; de nuevo se anticipa el sentido del asunto—por su equivalente económico, por el cual se compensa ese «quebranto del acreedor» o se le proporciona el *id quod interest* (12).

(11) HERNÁNDEZ GIL, ídem, págs. 71 y ss. y 74 y ss. Idem, GARCÍA VALDECASAS, G., *op. cit.*, pág. 832.

(12) J. J. PINTÓ RUIZ en dos trabajos: «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la indemnización de daños y perjuicios» en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, pág. 199, y, sobre todo, en su importante monografía: «Incumplimiento de las obligaciones Civiles», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XII, Editorial F. Seix, S. A., Barcelona, 1965, pág. 185, desarrolla su tesis diferenciadora, abundando sobre el particular, expone: «... Queremos, pues, dejar bien sentado lo siguiente: 1) El *id quod interest* es un simple sustitutivo de la prestación específica, y, por tanto, sigue su suerte... en caso de transgresión de la obligación, ha de recibir el mismo tratamiento la acción de cumplimiento específico que la petición del *id quod interest*; por tanto, es absurdo confundir el *id quod interest* con la indemnización de daños y perjuicios y exigir para el *id quod interest* lo que se exige para la indemnización de daños y perjuicios—es decir, la prueba de que existen daños—pues si el acreedor contrató, es que tenía interés en recibir la prestación prometida, y esto basta—que exista obligación—para exigirla (en forma específica o en su defecto el *id quod interest*), sin necesidad de tener que demostrar que si no la recibe se le seguirán daños. 2) Al ejercitar acciones es necesario discriminar y separar, distinguiéndolas debidamente, las pretensiones correspondientes al *id quod interest*—que no exige prueba alguna, salvo el del incumplimiento, *sic.*—y la de indemnización de daños y perjuicios—que han de probarse siempre, *sic.*—... Y esa diferenciación es evidente... veamos: 1) El artículo 1.101 del C. c. indica en sí mismo la compatibilidad y la distinción entre una y otra, puesto que dice... «que quedan sujetos a la indemnización los que incurrieren en *morosidad*, y sabido es que la mora implica mero retardo, pero no incumplimiento definitivo... 2) Más explícito es el artículo 1.096, al establecer...»; o sea, con independencia de solicitar la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 puede también ejercitar la acción de cumplimiento, y, por tanto, si la prestación tuviera que ser sustituida—*id quod interest*—, cabría la petición de daños y perjuicios del 1.101 y la de cumplimiento o *id quod interest*. 3) Si alguna duda cupiera, el texto del artículo 1.124 es suficientemente claro al decir..., o sea, el acreedor podrá pedir el cumplimiento o su sustitutivo—*id quod interest*—y, además—y, por tanto, algo distinto

Naturalmente que en esa descripción de eventualidades inferidas al acreedor por el incumplimiento o mal cumplimiento del deudor debe distinguirse—cuando ello sea procedente—la ejecución por sustitución o *id quod interest* de la propiamente llamada «indemnización de daños y perjuicios»; es claro, siguiendo el estudio de PINTÓ RUIZ, «que la confusión entre ambos conceptos perjudica grave y extraordinariamente al acreedor. El *id quod interest* hace las veces, sustituye a la prestación misma; por tanto, siempre que exista prestación convenida y ésta *no pueda* ejecutarse por vía forzosa habrá *id quod interest*; en cambio, habrá indemnización de daños y perjuicios si realmente se han producido tales

y diferente—, los daños y perjuicios, criterio éste coincidente con el artículo 329 del Código de Comercio» (cfr. *ibidem*, págs. 191, 192 y 193).

Desde luego que estamos de acuerdo con el criterio de PINTÓ RUIZ, salvo el juego que pretende extraer, para apoyar su doctrina, del artículo 1.101, en relación a la mora, porque, aparte de que la mora *no es* el simple retraso siempre, dicha mora, en su caso, puede originar un incumplimiento propio o definitivo de la obligación; el artículo 1.101, sí es válido para dicha tesis, pero—como luego se indica en el texto—a través de la debida integración de la «cuarta causa» o contravención *sui generis*.

PUIG BRUTAU en *op. cit.*, págs. 455 y 456—y cuya tesis es seguida por el propio PINTÓ, según confiesa en *ibidem*, notas 27 y 30, en lo atinente—, dice: «Suele hablarse en el caso de sustitución de la prestación debida por el equivalente económico de que se proporciona al acreedor el *id quod interest*. Conviene averiguar de dónde procede esta expresión. Un texto de ULPIANO en el *Digesto*—D. 19.1.1—dice así: 'Si no se entregase la cosa vendida se ejercita acción por lo que importa—in *id quod interest agitur*—, esto es, por lo que le importa al comprador tener la cosa; mas ésta excede a veces del precio, si importa más de lo que vale la cosa, o que aquello en que la cosa fue comprada.' Existe otro texto de ULPIANO—D. 19.1.11.9—: 'Al que no hace entrega se le condena en cuanto importe; pero que al que no da caución, al máximo de cuanto perjuicio puede resultar al comprador.' BONVICINI estudia, asimismo, el problema al hablar de 'La teoría del *id quod interest*' como principio unitario para todas las formas de responsabilidad por daños en *op. cit.*, págs. 61 y ss., diciendo: «Por el principio del *id quod interest*, se persigue recuperar el valor del bien dañado—según su situación anterior—a través de la *restitutio in integrum*, o mediante el *risarcimento*—resarcimiento en sentido estricto—de un valor económico equivalente, o bien con la atribución de una indemnización.» «Resarcimiento en sentido lato, se entiende aquella prestación dirigida a destruir todos los efectos del daño», y, por tanto, se integrará por el valor de todos los perjuicios causados por la violación, suspensión o limitación del derecho de crédito, en la idea de TRIFONE en *Contributo allo studio della liquidazione del danno*, Firenze, 1922, pág. 42.

En tema de bibliografía general: LAURENT, *Principes de droit civile*, tomo 3. París, 1878, vol. XVI, pág. 282; FUMEIA: «De eo quod interest» en *Tractatus univ. iuris*, V. N. I., pág. 14; PASINI: *Dell'id quod interest in diritto romano*, Roma, 1879; CASTELLARI: «De lex aquilia ossia del danno dato» en *Arch. Giur.*, XX, 1890, página 364; NANI: «La teoria dell'id quod interest sotto l'influenza della legislazione e del diritto canonico» en *Arch. Giur.*, 1876, pág. 207; TRABUCCHI: «La stima dei beni o criteri legali di valutazione» en *Scritti giuridici in onore della Cedam*, Padova, 1953, vol. I, págs. 560 y ss.; BETTI: «Interese»—Voz—en *Novis Digesto Ital.*, Torino, 1962, vol. VIII, págs. 828 y ss.; DE ROBERTIS: «Quanti ea res est—id quod interest—nel sistema della grande compilazione» en *Studi e documenti di storia e di diritto*, Roma, 1966, págs. 96 y ss.

daños y perjuicios»; aparte de que así como el *id quod interest* se genera automáticamente por el incumplimiento—al presuponer la frustración del fin del acreedor—, la indemnización de daños y perjuicios únicamente provendrá cuando se prueba efectivamente su realidad y *quantum*, bien adicionada al *id quod interest*—si es que la infracción también ha ocasionado dicho quebranto—, bien en exclusividad cuando a consecuencia del cumplimiento defectuoso persista la posibilidad satisfactiva del acreedor, aunque erosionada: la compensación de ese deterioro provendrá con la indemnización en cuestión. La confusión acaso obedezca a que el *id quod interest* también se integra por un equivalente económico y, por tanto, de igual naturaleza material que la susodicha indemnización.

Por ello, en rigor y técnicamente hablando—siguiendo así la aclaración de la doctrina italiana, que luego se consulta—, cuando no quepa la ejecución *in natura*, el deudor incurre en la llamada responsabilidad al *resarcimiento*, que es distinta a la *indemnización* de daños y perjuicios, aunque coincida en que ambas comportan una traducción económica; en puridad, el *resarcimiento* de los daños y perjuicios padecidos por el acreedor implica la obtención por el mismo de la utilidad íntegra, dinerariamente igual o equivalente a la que le hubiera reportado el cumplimiento voluntario de la prestación por el deudor; por tanto, dicho *resarcimiento* siempre se compondrá del *id quod interest* y, en su caso—esto es, si realmente se han producido—, el montante de la *indemnización* de los daños y perjuicios; luego esta indemnización será un factor que eventualmente integre el concepto más amplio, económicamente tratado, de aquel *resarcimiento* de daños y perjuicios.

I. SISTEMATICA CLASICA. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

A) CONCEPTO

Ya se ha expuesto e indicado que la doctrina suele tratar el tema de la responsabilidad del deudor al abordar el «incumplimiento de las obligaciones», seguido de «las consecuencias del incumplimiento» (13), ana-

(13) Portavoces de ese criterio tan arraigado: CASTÁN, *op. cit.*, págs. 161 y ss. Idem, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 447 y ss. En torno al incumplimiento y sus efectos determinantes de la responsabilidad, puede verse: BELTRÁN DE HEREDIA, J., *El cumplimiento de las obligaciones*, 1956; BIGIAMI: «Irretroactività della risoluzione per inadempimento», *Riv. Dir. Comm.*, 1934, tomo I; CASSIN: *L'exception tirée de*

lizando entonces el artículo 1.101 en su tríada de causas: «dolo», «culpa» y «mora», así como las clases de dicho incumplimiento (14). El profesor DÍEZ PICAZO (15) afirma que cabe un concepto muy amplio de «incumplimiento», considerando esta idea como sinónima de toda infracción del deber jurídico que el deudor soporta, y así el deudor incumple o no cumple siempre que infringe el deber jurídico que le atañe, y habla del «incumplimiento-infracción», al margen de otras especulaciones en torno al tema de extraordinario interés, que luego se constatan (16).

l'inexécution dans les rapports, synalagmatiques, tesis, 1914; BESSONE: *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; BIANCA: «Dell'inadempimento delle obbligazioni», *Comentario Cod. Civil, a cura Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, vol. I, página 159 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, D.: «La excepción de incumplimiento contractual», *A. D. C.*, tomo XVII, vol. 3, págs. 543 y ss., año 1964; ESPINAR LAFUENTE, F.: «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas» en *Estudios de Derecho Civil*, en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS, tomo II, Eunsa, Navarra, 1969, núm. 4, «El no cumplimiento», págs. 128 y ss.; GIORGIANNI: *L'inadempimento*, Milano, 1951, págs. 163 y ss.; existe sobre esta obra—de capital importancia en la materia—un curso litográfico también de Milán del año 1959; MAZEAUD, H. y L., *op. cit.*, traducción de su versión original: *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, parte 2.ª, tomo II; PINTÓ RUIZ en *op. cit.*, Enciclopedia Jurídica Seix.

(14) *Vid.* la trilogía de incumplimientos—por su gravedad, culpabilidad y formas de comisión—que establece F. PUIG PEÑA en «Compendio de Derecho civil Español», T. III, vol. I, 1966, pág. 155.

Así afirma: «a) Desde el punto de vista de *gravedad*: Con arreglo a este criterio, podemos distinguir un incumplimiento propio o absoluto y un incumplimiento impropio, según que con él se ataque la esencia de la obligación o, por el contrario, la conducta del deudor afecte sólo a las partes no fundamentales del vínculo, haciendo posible, no obstante, el cumplimiento de la prestación principal. b) Atendiendo a la *culpabilidad*: Se puede distinguir un incumplimiento doloso y otro culposos, según que la posición del obligado frente al vínculo sea una insatisfacción conscientemente querida o, por el contrario, se haya producido el incumplimiento, debido a la conducta negligente de aquél. c) Por la forma de la *comisión*: Incumplimiento por acción y otro por comisión, según que la naturaleza de la obligación constriña al obligado a mantener un estado de abstención o quietud corporal que incumple o, por el contrario, le obligue a realizar eficazmente una prestación, que no realiza». CASTÁN, *op. cit.*, pág. 139.

(15) L. DÍEZ-PICAZO, en «Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción, teoría del contrato. Las relaciones obligatorias». Ed. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 661.

(16) Son aspectos sugestivos de la problemática del incumplimiento y sus consecuencias, estudiados por BONVICINI, *op. cit.*, págs. 83 y ss.:

La sanción por incumplimiento de la obligación (Distinción entre prestación forzosa—o incluso por equivalente—y el resarcimiento), págs. 83 y 84.—El resarcimiento del daño en el campo contractual, en función subsidiaria y paralela a la prestación, págs. 85 y 86.—Distinción entre responsabilidad de garantía—en función de la prestación—y responsabilidad de resarcimiento, págs. 86, 87 y 88, definiendo dicha responsabilidad como «aquella posición jurídica del deudor que tiene el deber—habla el autor de «funzione»; el cambio obedece a que es más significativo el término en tema de responsabilidad—de asegurar—con su propio patrimonio—al acreedor la prestación y reintegrar el equivalente económico de las consecuencias económicas padecidas por el perjuicio—jurídicamente apreciable—inferido a un bien por efecto de un incumplimiento provisional o definitivo, parcial

B) VULNERACIÓN DEL «PACTA SUNT SERVANDA»: ARTÍCULO 1.091

Este incumplimiento general o «incumplimiento-infracción», por el que el deudor se aparta de lo convenido y no cumple aquello que prometió, esto es, no ejecuta la prestación debida, implica el aniquilamiento de la finalidad del contrato o fuente de la obligación, rompiéndose así el dogma informador de su esencia: *pacta sunt servanda* o lo convenido debe cumplirse; la Ley de Contrato se vulnera o infringe, pues, por el deudor que incumple, por lo que la conducta de éste desoye crasamente el precepto establecido en el artículo 1.091: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos.»

Con esta vulneración no hay duda que se produce el incumplimiento de la obligación. Pero ¿únicamente ha de valorarse dicha vulneración para desembocar en el incumplimiento o cabe también contemplar otro aspecto de la relación obligatoria para, en su caso, estructurarlo?

La doctrina, en efecto, profundiza sobre el particular.

C) FRUSTRACIÓN DEL FIN DE LA OBLIGACIÓN O SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR—MÓDULO POTENCIADOR DEL INCUMPLIMIENTO—. SUPUESTOS DE NO INCUMPLIMIENTO SI ESE FIN NO SE ELIMINA O DESAPARECE

Sin perjuicio de acepciones del incumplimiento, un tanto defectuosas y ya superadas (17), o de la contraposición de los sistemas determinantes de la responsabilidad por culpa del deudor—continental—o sin ella—in-

o total de la obligación convenida» (pág. 88). Implica, pues, el resarcimiento o restitución «in rorum» el equivalente o el «id quod interest» más la indemnización, en su caso.

(17) Así CASTÁN, ídem, pág. 139, emplea una clasificación, desde luego, propiciante a cierto confusiónismo—aunque esté muy generalizada—cuando dice: El incumplimiento propio: Por causas de incumplimiento de la obligación que afectan a la esencia de ésta, haciendo imposible su realización. Incumplimiento impropio: de aquellas otras que, sin afectar fundamentalmente al vínculo ni imposibilitar la prestación, suponen una *defectuosidad* o *mal* cumplimiento de lo convenido; su hipótesis más importante es la del «incumplimiento con relación al tiempo, que determina el concepto de la mora». Y es que nos parece que esta modalidad última no se corresponde, como se razonará en el texto, con la citada «defectuosidad o mal cumplimiento». ZITELMANN habló por primera vez de «mal cumplimiento» (*op. cit.*, pág. 158 y nota 7).

glés—, expuestos magistralmente por KARL LARENZ (18) y extractados por PUIG BRUTAU (19), ha sido el profesor Díez PICAZO quien agudamente, al examinar la «delimitación del concepto de 'incumplimiento' de la obligación» (20), contempla la repercusión que en el problema tiene la posición del acreedor o satisfacción de su interés en la prestación; así escribe que si bien en nuestra doctrina jurídica es muy frecuente contraponer los conceptos de cumplimiento e incumplimiento situando en éste todos aquellos casos en que el deudor contraviene el derecho del acreedor o no llega a ajustar su comportamiento a las previsiones establecidas en el acto o negocio jurídico de constitución obligacional, debe subrayarse que «en la idea de 'incumplimiento' penetran dos ingredientes o dos componentes diversos con diferentes cargas de sentido: 1) según que el fenómeno se contemple desde la perspectiva del deber jurídico que pese sobre el deudor—que, a su vez, proporciona el cimiento para el llamado incumplimiento-infracción—o 2) desde la perspectiva del derecho o del interés del acreedor; así, desde el primer punto de vista habrá de preguntarse en qué medida el deudor ha observado o infringido el deber jurídico que le incumbe, mientras que desde el segundo se investigará en qué medida ha recibido satisfacción o ha sido vulnerado o lesionado el derecho o interés del acreedor, a cuyo logro la relación obligatoria se encontraba enderezada»; «en esa idea—añade—, si bajo el primer aspecto, determinar el incumplimiento requiere plantearse su responsabilidad, imputabilidad y participación en el resultado de la infracción, bajo el segundo, la comprobación de la satisfacción o no del acreedor es independiente de cualquier valoración del comportamiento del deudor y, por tanto, un hecho en sí mismo perfectamente objetivo; por esto, la doctrina alemana, más que de incumplimiento, habla de perturbación de la prestación—*Leistungstörung*, *Leistungvereitelung*—, con lo que el análisis primero habrá de examinar las hipótesis de esa perturbación y de objetiva insatisfacción de la expectativa del acreedor y después relacionarlo con la valoración de la conducta del deudor» (21).

Y como se rubrica, no es posible, para determinar si ha existido o no incumplimiento, comprobar exclusivamente la conducta «infractora» del deudor, ya que ésta únicamente lo generará si por la misma se ha frustrado el fin de la obligación o se ha insatisfecho el interés del acreedor,

(18) KARL LARENZ, en «Derecho de Obligaciones», tomo I. E.R.D.P. Madrid, 1958. Trad. J. SANTOS BRIZ, pág. 282.

(19) PUIG BRUTAU, *ídem*, págs. 417 y ss.

(20) L. Díez-PICAZO, en «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 661.

(21) *Ibíd.*, p. 662, cabe afirmar, a la vista de esa exposición, que el criterio «ad hoc» mantenido, ¿implica una suerte de «tertium genus» entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por el resultado?, al menos, al intentar, en una loable mérito, coordinar ambos polos determinantes de las mismas.

por lo que, en consecuencia, cuando no acaecen esos eventos huelga hablar, en rigor, de auténtico incumplimiento. En esa línea, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (22), esto es, «poniendo en conexión los dos factores anteriormente mencionados, infracción del deudor e insatisfacción del acreedor», culminan el siguiente elenco de posibilidades: 1) El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento que ya estaba obligado a hacerla, pero la prestación, objetivamente considerada, es todavía posible e idónea para satisfacer el interés del acreedor; en tal caso hay un retraso, que se convierte en mora si se dan los requisitos necesarios para ello; también se ha llamado a esta hipótesis *incumplimiento «impropio»* (23). 2) El deudor no ha realizado ninguna prestación y, además, ésta se ha tornado sobrevenidamente imposible, o aun siendo todavía posible, es inidónea ya para satisfacer el interés del acreedor: en tales casos, la no prestación comporta una definitiva insatisfacción del derecho de crédito y puede hablarse de *incumplimiento definitivo*. 3) El deudor ha llevado a cabo actos dirigidos a cumplir, pero tales actos no se ajustan por completo con el programa o proyecto de prestación tal y como se encontraba establecido. Para denominar a esta situación hablaremos de prestación defectuosa (*Schlechtsleistung*) o *cumplimiento «defectuoso»* o «irritual» (24).

Obsérvese cómo dichas posibilidades no sólo agotan las modalidades de incumplimiento—o más bien todas las conductas imaginables del deudor en punto al cumplimiento de su prestación—en relación con el comportamiento del deudor, sino que al coordinarse con el otro polo de la relación obligacional o satisfacción del interés del acreedor proporcionan una plataforma de exactitud apta para calificar *strictu sensu* cuándo efectivamente dicho deudor es o no responsable a consecuencia de su previa actitud. En definitiva, como se dice, sólo con precitada coordinación se alcanza tanto el incumplimiento del deudor definitivo—segunda hipótesis—como el «cumplimiento defectuoso»—tercera—, y en ambos, naturalmente, se viabiliza su responsabilidad; es una suerte de dinamismo lógico, en donde la causa—conducta del deudor—sólo se viabiliza si su efecto—satisfacción del acreedor o fin de la obligación—así lo consiente.

(22) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN: «Instituciones de Derecho Civil», vol. I. Edit. Tecnos, Madrid, 1973, pág. 395.

(23) Según se vio verifica CASTÁN al establecer las clases de incumplimiento. *Vid.* nota anterior 17.

(24) El «nomen» de «irritual» lo utiliza JORDANO BAREA en su trabajo: «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita». Comentario a la Sentencia de 9 de junio de 1950, *Anuario de Derecho civil*, vol. 1, año 1954, págs. 303 y ss., en particular, en su pág. 306: «... cumplimiento irritual»... de la «exceptio non rite adimpletus contractus».

II. ADICION SISTEMATICA PERSONAL.

LA RESPONSABILIDAD POR CUMPLIMIENTO «EROSIONANTE»
DE ESE FIN: EL LLAMADO CUMPLIMIENTO «IRREGULAR»,
«DEFECTUOSO» O «IRRITUAL»

Se indicó al principio que la doctrina, por lo general, en tema de responsabilidad contractual, aborda el asunto ciñéndolo al estudio de las consecuencias o efectos del *incumplimiento*, esto es, según la terminología extraída de la clasificación de supuestos que formulan DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, al llamado «incumplimiento definitivo» o incluso al «impropio» o por mora del deudor (25). Esta «doctrina tradicional» (26), que arrancaba del propio estudio científico del B.G.B., pronto se manifestó como inexacta (27), y así, en nuestra patria, entre otros, PUIG BRUTAU (28), y luego DÍEZ PICAZO (29), afirman, siguiendo a LARENZ, que a partir de un trabajo de STAUB de 1904 se razonó cómo esas dos hipótesis clásicas—la mora y el incumplimiento definitivo o imposibilidad total definitiva de la prestación o «no prestación», por causa que le sea imputable (30)—no agotan toda el área de posibles lesiones contractuales, pues es posible encontrar grupos de casos que es preciso

(25) Que conste que este «incumplimiento impropio o por mora del deudor» —en relación con las notas anteriores 23 y 17—, es censurablemente razonado por CASTÁN, en tanto en cuanto lo equipara también al cumplimiento inexacto o mal cumplimiento de la obligación: o sea, la mora determina el «incumplimiento impropio», sí; pero la mora no absorbe todas las posibilidades de cumplimiento defectuoso o mal cumplimiento que pueden provenir no de una irregularidad en el tiempo», sino, claramente, de *la forma como* se ejecuta la prestación, aunque lo sea «oportunamente».

(26) Según literalmente califica DÍEZ-PICAZO en «Fundamentos...», *op. cit.*, página 66.

(27) Así LARENZ escribe: «Los autores del B. G. B. creyeron que con la imposibilidad de la prestación imputable al deudor y la mora del mismo habían regulado todas las formas posibles de infracción de los deberes derivados de la relación obligatoria. Pero esa creencia pronto se manifestó como inexacta» (en *op. cit.*, pág. 362).

(28) PUIG BRUTAU, subrayando aquella inexactitud, escribe: «incluso fuera de los casos en que se infringe la obligación por retraso en el cumplimiento—mora— y por imposibilidad de la prestación imputable a la conducta del obligado, existen otros casos de perjuicios causados por cumplimiento defectuoso o por infracción de otro deber de conducta. La expresión generalizada en Alemania para designarlos es la de 'infracciones contractuales positivas' debida a STAUB» (en *op. cit.*, pág. 424, nota 20).

(29) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, «Fundamentos...», pág. 662, es quien señala el año 1904 como el del trabajo revisor de STAUB; sin embargo, en la crítica que a esta posición formula LARENZ, *ibídem*, pág. 366, habla del año 1902.

(30) Tal y como dice PUIG BRUTAU, *ídem*, pág. 424.

situar en una zona intermedia (31): son los que se comprenden bajo la denominación de «prestación defectuosa», situación en la que el deudor ha llevado a cabo unos actos dirigidos a cumplir, es decir, ha realizado una prestación, pero esta prestación real no coincide enteramente o no se ajusta por completo con el programa o proyecto de prestación tal y como se encontraba establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria (32); en otras palabras, el deudor realiza una prestación que afirma se ajusta a la obligación, sin que en realidad suceda así, es decir, cumple, pero cumple mal (33), por lo que al cumplir el deudor así, en forma negligente o por descuido, tampoco se satisface plenamente el interés del acreedor, pues por ello de hábito se le originan «daños adicionales o suplementarios»—y hasta con independencia de que de esa forma quede o no plenamente satisfecho su interés en la prestación—, frente a los que el deudor debe responder; su prestación no se torna así imposible, ya que es realizable, y el daño producido no se debe al retraso en el cumplimiento, pues si así fuera bastarían los preceptos de la mora para su regulación (34). En dichos casos—expresa LARENZ—, el daño suplementario—que excede del interés en la prestación—fue ocasionado por la ejecución negligente de la prestación misma, por lo cual se puede hablar de un perjuicio del acreedor causado por cumplimiento DEFECTUOSO; pero el perjuicio puede consistir también en haber infringido el deudor no el deber de prestación—o más exactamente, la obligación de cumplir diligentemente la prestación—, sino otro DEBER

(31) Díez-PICAZO describe los siguientes ejemplos, que ilustran la hipótesis, extraídos de STAUB: 1) Un fabricante suministra a un comerciante un determinado aparato de acuerdo con lo estipulado, pero este aparato hace explosión en el establecimiento del adquirente. 2) El socio gestor, obligado por los estatutos a presentar el balance de la compañía, lo confecciona y presenta en el plazo establecido, pero contiene graves inexactitudes desconocidas para los demás socios, con base en las cuales se realizan negocios que son gravemente dañinos para la sociedad... En estos dos casos—continúa Díez-PICAZO—no hay, evidentemente mora, porque los obligados han actuado puntualmente, y tampoco hay incumplimiento en sentido absoluto porque el programa de prestación ha sido llevado a cabo, ciertamente en una forma inadecuada, pero ha sido llevado a cabo (en *op cit.*, «Fundamentos...», p. 662. LARENZ, *ídem*, págs. 362 y 363, añade el siguiente ejemplo ilustrativo: «Supongamos que un albañil realiza tan mal la reparación de un tejado, de la cual se encargó, que con las primeras lluvias el agua origina en el inmueble daños considerables. Se trata, pues, de una reparación defectuosa realizada, aunque lo haya sido en toda su extensión y a tiempo, por tanto..., ni hay incumplimiento propio ni mora».

(32) Díez-PICAZO, *loc. cit.*, pág. 662.

(33) Según literalmente afirma PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 424.

(34) Se trata de otra clase de daños—se dice por LARENZ—que precisamente han sido causados por la infracción de la obligación del vendedor de cumplir diligentemente la prestación en la forma prevista—«adecuada»— (*Ibíd.*, pág. 363).

DE CONDUCTA derivado de la relación obligatoria (35), y esos perjuicios causados, tanto por cumplimiento defectuoso o por infracción de otro deber de conducta, al no estar regulados en la ley producen una laguna legal para cuya solución—según STAUB—hay que recurrir a la aplicación analógica de los preceptos de la mora, designándolos él mismo como «infracciones contractuales positivas» (36).

En resumen, tanto se hable de «cumplimiento defectuoso», «irregular» (37) o «irritual», lo cierto es que con esas denominaciones se engloban supuestos en los que el cumplimiento realizado por el deudor, por no ajustarse exactamente a lo convenido, «erosiona» o perjudica el fin de la prestación y, de consiguiente, también ha de responder por el mismo.

La predicada aportación personal, en la ubicación sistemática del asunto, se deriva no sólo porque se incluye a dicho cumplimiento «erosionante», como una de las causas de responsabilidad contractual, al margen y además de las provenientes por el incumplimiento definitivo o imputable y por mora del deudor, sino, en particular, como se verá, porque se estima que la posible laguna legal, ya denunciada en el Derecho alemán, puede colmarse en nuestro Derecho a través también del omnicomprendido artículo 1.101 del Código civil, en su entendimiento integral de la «contravención» o cuarta causa determinante de dicha responsabilidad—particular éste que acaso ha pasado inadvertido a una doctrina muy autorizada y debidamente actualizada (38).

(35) Pone el siguiente ejemplo: «Supongamos que el albañil ha realizado la reparación del tejado en debida forma y la concluye, de modo que ha cumplido su prestación exacta y completamente; pero al marcharse enciende en la buhardilla un pitillo, arroja descuidadamente la cerilla encendida y produce un incendio en el maderamen del tejado. En mi opinión sería artificioso decir en este caso que ha cumplido defectuosamente su obligación, ya que la prestación sólo se cumpliría completamente una vez que hubiese salido ya de la casa. Había cumplido ya la prestación; pero en tanto no abandone la casa en que trabaja está obligado a conducirse de modo que no cause daños previsibles y evitables... A esta obligación se adapta la expresión de «Deber de protección» propuesta por STOLL» (Ibídem, págs. 363 y 364).

Es evidente que, sin perjuicio del interés que ofrece el asunto, y con independencia de la cierta responsabilidad de ese operario—a nuestro entender ya no en vía contractual, sino «ad extra» en lo concerniente al daño adicional inferido por su conducta ulterior a la ejecución prestacional—, en rigor, el conflicto rebasa el marco adecuado y normal del «cumplimiento defectuoso» de la prestación, «sede materiae» de la contravención, como se razonará.

(36) La crítica de LARENZ a ese calificativo la acopla bajo el calificativo de «infeliz o menos feliz fue la designación de STAUB...» (Ibídem, pág. 366).

(37) La expresión cumplimiento «irregular», según posteriormente se constata, cabe extraerla de la propia dicción empleada por el artículo 1.154.

(38) Un ejemplo claro de esa denuncia, en nuestra opinión, lo padece PINTÓ, a pesar de su documentado trabajo ya constatado sobre el incumplimiento en relación con otro suyo de fecha anterior; esto es, no se capta, con sustantividad y

III. CAUSAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1.101 DEL CÓDIGO CIVIL

Es el norte orientador del enfoque personal al problema: la variedad de causas determinantes de esa responsabilidad, tanto sea por incumplimiento propio o definitivo imputable al deudor, tanto lo sea por mora, como por cumplimiento «defectuoso», se encuentran en nuestro Derecho abarcadas y reguladas en el artículo 1.101 del Código civil y, por supuesto, en su modalidad *id quod interest* o en vía de compensación e indemnización, por lo que se omite la otra vertiente—como se aclaró al principio—de la responsabilidad *in natura* o en forma específica (39).

relieve diferenciador, la contravención o cuarta causa del artículo 1.101, sino que se la introduce, difusamente, en el marco genérico de dicho precepto. Así creemos hay que entender éstas sus palabras: «—la indemnización del 1.101...—, ... requiere que el deudor «incurra» en DOLO, NEGLIGENCIA O MOROSIDAD, o en fin contraviniera «de cualquier modo» la obligación que le grava». (Obsérvese, añadimos nosotros, que hasta se degrada en la caligrafía la citada cuarta causa; pero, ¿por qué?) Es decir—continúa—se requiere ineludiblemente—de nuevo emplea las mayúsculas—UN INCUMPLIMIENTO ABSOLUTO O UNA CONTRAVENCION, CUALQUIERA QUE SEA SU CLASE, QUE ESTEN ADORNADOS DE LA CUALIDAD CULPABLES... Al revés de lo que decíamos en otro lugar, con relación al artículo 1.124. Aquí, dado el texto del 1.101 C. c. se comprende que cualquier género de incumplimiento, cualquiera que sea su grado, si produce un daño, es bastante para la constitución del derecho a ser indemnizado, en los casos en que se produzca un incumplimiento absoluto—sea por omisión..., mediante la ejecución de un acto positivamente contrario—o bien de menor entidad—una simple tardanza...—, o en fin, aunque levemente de cualquier manera, se contravenga la obligación. Así pues, mientras exista dolo, o en su defecto, negligencia, cualquier infracción del tenor de la obligación, ora absoluta—incumplimiento—, ora leve (demora, incumplimiento parcial, *ligera contravención*—el subrayado es nuestro—, cumplimiento deficiente, pero apto para el fin perseguido, etc.), si son causa de un daño SERAN DESDE LUEGO SUFICIENTES para producir la constitución de la obligación de indemnizar, pues no es la mayor o menor gravedad o grado de la contravención lo que afecta a la obligación de indemnizar, sino el mayor o menor grado de culpabilidad» (en «La Jurisprudencia del T. S. ...», *op. cit.*, página 201 y nota 3).

Repetimos que no comprendemos esa «falta de visión» en el especialista PINTÓ—que tampoco corrige en su monografía de Seix—, y, creemos, que precisamente, por no sustantivar la cuarta causa, comete estas inexactitudes: 1) Ignorar, hasta «nominatim»—como luego se razonará—que el propio artículo 1.101 habla de ella, al igual que de las tres restantes. 2) Mezclar el tema con el llamado «incumplimiento de menor entidad», o el incumplimiento «leve», en los que engloba la demora, el incumplimiento parcial o la ligera contravención, y a pesar de ello—esto último—no le conduce a tipificar la repetida contravención, como causa independiente. 3) Que, ciertamente, existen grados de contravención, con su base culposa correspondiente; pero ello no elimina la sustantividad, sino que la robustece, como se demostrará.

(39) BONVICINI formula, al respecto, la «distinción entre la obligación contractual y la obligación de resarcimiento por incumplimiento contractual. Obligación primaria y obligación derivada». Y afirma al respecto: «El incumplimiento

Dicho artículo 1.101 establece: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.»

Con su propio simplismo literal, se deriva que dicha sanción indemnizatoria proviene de este elenco *cuatripartito*: dolo, negligencia, mora —al margen de la conjunción empleada— y contravención. Pues bien, se ha repetido y se ratificará que siendo esa sanción y esas *cuatro causas* diáfanas, la doctrina ha escamoteado, por lo general, la última, mientras se dedica abundante extensión a las tres primeras.

Dado el contenido del trabajo, en relación con su finalidad, omitimos el aspecto relativo al alcance y efectos de la indemnización establecida, así como los presupuestos necesarios para su estimativa, que, por carác-

de la obligación contractual, como hecho antijurídico, determina una reacción por parte del ordenamiento estatal tutelador de los intereses privados, y que se explica de dos formas: 1) En un primer aspecto, y derivado de la misma obligación, el elemento de «la responsabilidad de garantía»: responsabilidad constituida tanto por la expectativa de satisfacción para el acreedor como por la «rispondenza» —conducta correspondiente— («Haftung en sentido técnico) del deudor: implica el débito puro («obligatio» o «Schuld» alemán). Responsabilidad de «garantía» o posibilidad de ejecución forzosa que tiende a la realización de la prestación originariamente pactada—o fungible—o bien persigue obtener el importe de una prestación sustitutiva o por equivalente pecuniario de la pactada—se denomina impropia «de resarcimiento». 2) En su segundo aspecto, la reacción estatal reconoce y tutela el interés privado del acreedor, generando una nueva obligación que tiene por objeto el resarcimiento del daño. Son, pues, dos aspectos, conceptual y estructuralmente distintos. El incumplimiento, por tanto, determina, en primer lugar, una «responsabilità di garanzia», pero determina también una «responsabilità di risarcimento», cuando, en razón de la efectiva existencia de un daño, el ordenamiento jurídico protege el interés privado del acreedor, imponiendo al deudor la «riparazione» del perjuicio acarreado por la violación de la relación obligacional». Por tanto, en la referencia del daño y del resarcimiento, la obligación contractual es primaria respecto a la obligación del resarcimiento, que es derivada o secundaria» (en *op. cit.*, págs. 89 y 90). *Vid.*, asimismo, en relación con estas modalidades, nota anterior 16, a su vez, pues, completada con ésta.

La misma idea diferenciadora late en la distinción de PINTÓ entre la indemnización propiamente dicha y el «id quod interest» (en *op. cit.*, «La jurisprudencia...», pág. 207).

Por nuestra parte, como se ha dicho—y para evitar equívocos o falsas interpretaciones—al hablar del «resarcimiento», así como en relación con la postura de BONVICINI—«infra» también nota 16—, en dicho concepto englobamos tanto su «responsabilidad de garantía», que es un auténtico «id quod interest» en su fase de ejecución por equivalente, como también su «responsabilidad de resarcimiento», porque, en la idea de PINTÓ, dicha última responsabilidad es correspondiente al concepto, si es que realmente existe, de la indemnización de daños y perjuicios. El *resarcimiento*, pues, como acción omnicomprensiva del equivalente y la indemnización, en su caso, denota, de por sí y hasta en su significación gramatical, su esencia reparadora, en completud de toda la gama de detracciones y perjuicios causados al acreedor por el deudor, y por ello y a su merced «se resarce» o se compensa de los mismos: una especie de «restitutio in integrum».

ter, transitarán en otra visión de la misma; ahora, pues, interesa únicamente investigar la etiología de su conformación—al socaire de la normativa transcrita.

A) HERMENÉUTICA DE SU LITERALIDAD: «... LOS QUE EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES INCURRIEREN EN... EQUIVALE A UN INCUMPLIMIENTO». PRECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

Los precedentes de este artículo se encuentran, entre otros, en el libro V, título V, Ley 2.^a del Fuero Juzgo (40); libro III, título XVI, Ley 2.^a del Fuero Real (41); Partida 5.^a, título VI, Ley 3.^a (42); título VIII, Ley 16 de la misma (43), así como el título XIII, Ley 36 de la

(40) Libro V, tít. V, Ley 2.^a: «Si alguno empresta o aluga su cavallo, o su yegua, o su mula, o otra animalia, e por alguna enfermedad murier en poder daquel que la recibiera, debe yurar que ni por su *culpa* ni por su *negligencia* non fue muerta, e non sea tenuto por la pechar. Mas si muirere por muchas feridas, o por grand carga, o por grand trabajo, peche non sea tenuto de pechar el animalia. E otrosi dezimos de las cosas otra tal animalia al sennor della».

(41) Libro III, tít. XVI, Ley 2.^a del Fuero Real: «Si el emprestido es fecho a pro solamente de aquel que los rescibió, o pierde la cosa por su *culpa*, grande o pequeña, quanto quier que sea la culpa, sea tenuto de dar la valía a su dueño; pero si perdiere por alguna desventura, no sea tenuto de la dar, si la desventura no vino por su culpa, o si no le fizo pleyto de darla a su dueño, maguer que la perdiere por cualquier desventura que fuese, o si- gela tuvo mas sin razón derecha que no la hubiera de tener, e después al tiempo que la hubiese a dar se perdio...».

(42) Partida 5.^a, tít. VI, Ley 3.^a: «Tal fuerça ha el cambio que es fecho por palabras e con prometimiento delo cumplir que si después alguna de las partes se quisiere arrepentir, la otra parte que lo quiere acabar e auer por firme puede pedir al juez, que lo amande ala otra parte quel cumpla aquello que non quiso cumplir, porque lo non quiero acabar... E si por auentura el cambio fuesse ya comenzado a complir por hecho de alguna de las partes, dando o entregando la cosa que prometiera de cambiar, e la otra parte después desto non quisiese darlo que prometiera, entonces, dezimos, que es en escogencia de aquel que lo cumplió, de cobrar lo que dio, o de demandar al otro los *daños*, e los *menoscabos*, que le vinieron por esta razón».

(43) Partida 5.^a, tít. VIII, ley 16: «Destajos toman a las vegadas, los maestros, e los obreros, lauores, o obras, por precio cierto, e por cobdicia de las acabar ayna, acuytanse tanto que falsan las alucres, o non las fazen tan buenas como deuin. E por ende dezimos, que si alguno recibiere adestajo lauor de algund castillo, o de torre, o de casa, o de otra cosa semejante: e la fiziere cuytadamente, o la falsare de otra guisa, demanera que se derribe ante que sea acabada, que es tenuto de la refazer de cabo, o de tornar al señor el precio, con los *daños* e los *menoscabos* que le vinieron por esta razón. E si por auentura non cayere la lauor ante que sea acabada, e entendiere el Señor della que *es falsa*: o *que non es estable*: entonce deue llamar a omes buenos e sabidores, e mostrarles «la lauor, e si aquellos omes sabidores entendieren, que la lauor es fecha *falsamente*, e conocieren que el yerro auino por culpa del maestro, deuela refazer de cabo, o tornar el precio con los *daños* e los *menoscabos* al señor della, segund es sobredicho».

El interés de este precedente, para incluso colmar la «contravención» y distinguir la pura indemnización de daños con el *id quod interest*, es mayúsculo.

repetida Partida 5.^a (44). Asimismo, como se expone, el Proyecto de 1851 recogía esta sanción en su artículo 1.011.

En cuanto al *Derecho comparado*, no existe con exactitud un precepto semejante ni en los Derechos alemán, italiano y francés.

En el alemán, el parágrafo 276 del B.G.B. determina que el deudor responde por dolo y por culpa o negligencia; en los artículos siguientes se establece el alcance de dicha responsabilidad, y el artículo 284 fija los presupuestos de la mora generadores de la responsabilidad del deudor.

En el italiano, el artículo 1.218, al hablar del «incumplimiento de las obligaciones»—responsabilidad del deudor—, expresa: «El deudor que no cumpla *exactamente* la prestación debida estará obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o retraso se ha producido por imposibilidad de la prestación por causa no imputable»; al menos, en su debido entendimiento del adverbio «exactamente» cabe incorporar en su texto las causas establecidas en el artículo 1.101.

En el francés se establece por el artículo 1.147 del *Code*: «El deudor es condenado, si ha lugar, al pago de daños y perjuicios, ya sea en razón del incumplimiento de la obligación, ya sea en razón del retraso en el cumplimiento, cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte.» También la amplia y distinta dicción de este precepto al español no obsta para lograr semejante alcance (45).

Porque, en efecto, ya se habla en esta *Ley 16* de una prestación de dar defectuosa, a la que se denomina «prestación *falsa* o fecha falsamente o *no estable*», cuyas expresiones son ricas en resonancias significativas. Pero, además, en la sanción establecida se engloba concurrentemente: La ejecución forzosa o por equivalente —a ello equivale el «refacer» o «tornar el precio» y la indemnización de daños por los menoscabos sufridos a causa de ese «yerro».

(44) Partida 5.^a, título XIII, Ley 36: «Empeorándose la cosa empeñada por culpa o por negligencia de aquel que la tiene a peños, si tanto fuere el empeoramiento quanto es el debdo de auia sobre ella, pierde, por ende, el derecho que auia en el peño: e si fuere menos, deue ser descontado del debdo quanto fuere el empeoramiento. E si la peoría fue mayor que el debdo, deue perder aquello que auia sobre la cosa empeñada. E pechar sobre esto el señor de la cosa al daño que y acaesciere por razón del empeoramiento. E aun dezimos, que si la cosa empeñada fuer sierua, se vsare della aquella que la rescibe a peños, faziéndole ganar algo por su cuerpo, metiéndola en la putería, que deue perder otrosí el derecho de auia en tal peño. Esso mismo seria si la apremiasse, faziendo el fazer alguna otra cosa desaguisada contra voluntad del señor della.

(45) Sobre las referencias que se apuntan del Derecho Comparado, cabe añadir: Derecho alemán: LARENZ, a propósito de «las infracciones del crédito y causas de su incumplimiento», «La responsabilidad del deudor», examina el artículo 276 del B. G. B.—y su traductor, J. SANTOS BRIZ, señala que es el concordante al 1.101, pág. 280, n. de t.—, analizando las distintas causas y supuestos, en tal precepto y concordantes (en *op. cit.*, págs. 279 y ss.). Derecho italiano: La problemática en torno al juego de los artículos 1.176 y 1.218 del Código, como reglas «generales de la responsabilidad», a propósito de la «Crítica a las teorías que extraen el elemento subjetivo de la responsabilidad del artículo 1.218», véase BON-

La hermenéutica indicada no debe ocultar una realidad inconcusa: la importancia «excepcional», según MORENO MOCHOLÍ (46), de este precepto, porque—continúa—siendo el fundamento general para toda reclamación de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de alguna obligación, había de ser y es de constante aplicación e invocado con más frecuencia QUIZA QUE NINGUN OTRO DEL CODIGO en las más de las contiendas jurídicas.

Del texto transcrito ya se anticipa una postura determinada ante el interrogante planteado, que asimismo se refuerza porque, por lo general, la doctrina examina el precepto en tema de incumplimiento obligacional. O sea, según este parecer, la cuestión planteada habría de ser simplismente resuelta, en el sentido de que es verdad la equivalencia rubricada y, por tanto, los deudores así «incursos» o «que incurrieren» lo son porque «incumplen» la obligación. Pero ¿es esa versión exacta? En nuestra opinión—y sin que quepa contrastarla con otros pareceres que no se plantean la citada equivalencia como punto *ad hoc* controvertido (47)—,

VICINI, *op. cit.*, págs. 285 y ss. Idem, GIORGIANI, en *op. cit.*, «L'inadempimento», Milán, versión del año 1959, expresa que el artículo 1.218 se aplicará a las prestaciones de cosa determinada y el 1.176 a las demás. Idem, A. TRABUCCHI, en «Instituciones de Derecho Civil», tomo II. E.R.D.P., 1976. Trad. con notas, L. MARTÍNEZ-CALCERRADA, págs. 63 y ss. («Las diversas consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento»). Por lo demás, ya se expone en el texto que el adverbio *exactamente* que el art. 1.218 utiliza, ofrece amplio marco para incluir la diáspora de causas del 1.101 y, por supuesto, la aporía de la contravención. Derecho francés: El artículo 1.147 del Code es objeto de una «Interpretación» particular por los MAZEAUD: «El artículo 1.147 exige que haya incumplimiento de la obligación contractual, y presume que ese incumplimiento se debe al hecho del deudor. Entonces, la cuestión consiste en saber si el deudor que, por un hecho suyo, no cumple con su obligación, incurre en una culpa». Y asimismo en esa idea: «El artículo 1.147 del C. c. *presume* que el incumplimiento de una obligación contractual se debe al hecho del deudor. Por tanto, impone al deudor la carga de la prueba de una causa ajena. ¿Resulta de ello que la culpa no es un requisito de la responsabilidad contractual? De ninguno manera; porque todo incumplimiento que se deba a un hecho del deudor constituye necesariamente una culpa» (en *op. cit.*, págs. 95 y 83, respectivamente). Desde luego que con la redacción, en términos de presunción de responsabilidad del deudor, que el artículo 1.147 establece, se soslayan cuestiones sobre la culpa y se establece un sistema de responsabilidad por el resultado, ciertamente eficiente. Otros antecedentes del Derecho Comparado: arts. 1.279 y ss. del C. c. holandés; 1.225 y ss. del viejo Código y 705 del antiguo portugués; 919 austríaco; 2.114 del de Méjico; 1.443 del de Guatemala; 1.190 de Venezuela; 1.157 Chile; 506 y ss. argentino; 1.302 Uruguay, y 117 del soviético. Artículo 97 del Código Suizo de las obligaciones, en relación con el 47 al 49 y 100.

(46) M. MORENO MOCHOLÍ, en «Comentarios al C. c. Español», Colección Manresa, tomo III, vol. I, 6.ª ed. revisada, pág. ... Edit. Reus, Madrid, 1937, pág. 171.

(47) Y no hay más remedio que proclamar esa denunciada orfandad de instrumentos doctrinales: No sólo en los tratados al uso, sino en las monografías consultadas, y pese a la predicada importancia del 1.101—su praxis es reveladora—, no se ha detectado esa simplista deducción en base a lo que literalmente el precepto dice.

la respuesta debe ser discrepante, o sea, no coincidente con aquella deducción, aparentemente inocua. Y no porque sin necesidad de recurrir a otros argumentos refutadores de tal tesis, la dicción del precepto es bien clara. En el artículo 1.101—aunque la idea o el contenido de su alcance pueda ser más amplio o marginante con el incumplimiento contractual—, la esfera de subjetividad englobada y destinataria de la sanción indemnizatoria impuesta no la constituyen, sin más, «*los que incumplan*» sus obligaciones y, por ende, tampoco, literalmente, se fija el efecto legal de condena, propio de toda proposición jurídica, a causa de un «incumplimiento» que «no está», que «no se dice ni escribe»; que luego, en la tarea integradora, quepa encontrar ese incumplimiento es otra cosa. En resumen, el precepto sólo dice lo que dice, esto es: «Quedan sujetos... los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren...», por lo que esos sujetos destinatarios de la sanción, en principio, no son deudores «infractores o incumplidores», sino «deudores», sí, pero que hasta entonces están cumpliendo o dispuestos a cumplir—luego se examina la cuestión—sus obligaciones. Y aunque en la realidad los supuestos fácticos, de ordinario, que rellenan las premisas legales, responden a otros tantos eventos de incumplimiento, sin embargo, conviene no olvidar que las mismas palabras del artículo no acogen *nominatim* y de antemano a los agentes del incumplimiento, sino a todo deudor en tanto en cuanto se le visiona en su actitud en torno al cumplimiento. El matiz diferenciador nos importa sobre manera, porque de él se suministrará algún otro argumento que robustezca la tesis de sustantividad que se predica de la contravención y hasta las circunstancias de su integración material o de hecho.

a) *¿Exige que el cumplimiento haya empezado?*

La expresión utilizada, en su modalidad adverbial: «... los que *en el* cumplimiento...», conduce, en principio, a la posibilidad de su sustitución por otro adverbio temporal más explicativo, por ejemplo, «los que *durante* el cumplimiento...». ¿Es ello aceptable? Gramaticalmente parece que la respuesta es afirmativa y, por tanto, al parecer, la esfera de subjetividad delineada se refiere a aquellos deudores que «estando cumpliendo sus obligaciones», o sea, han comenzado a cumplir y luego dejan de hacerlo... Si esta conclusión fuera cierta, se reduciría sobre manera el alcance del artículo, porque lógicamente sólo jugaría en aquellas obligaciones cuyas prestaciones se han empezado a cumplir, y posteriormente se interrumpe dicho cumplimiento por «incurrir» el deudor en alguna causa de las descritas, y si especulativamente cabe deslindar ambos

momentos o conductas del deudor, en la «praxis» se estima que únicamente en las obligaciones de tracto sucesivo o mantenidas en el tiempo sería captable la distinción. De rechazo, se excluirían de la órbita del precepto todos aquellos deudores que incumplieran sin más la obligación, o sea, no ejecutaran acto alguno tendente al cumplimiento, hipótesis ésta, como se sabe, de «incumplimiento propio o definitivo», que generalmente se ubica—casi en su totalidad, a tenor de la doctrina tradicional— en el núcleo del artículo 1.101. Por todo ello parece lo más sensato entender que en su marco de subjetividad tanto se encierran a aquellos deudores que inicialmente cumplen o empiezan a cumplir, como a los que inejecutan acto alguno tendente al cumplimiento.

Entonces, ¿cómo se compagina esa solución con la anterior afirmación de que literalmente los deudores del artículo 1.101 no son sólo los «incumplidores»? o, en resumen, ¿cuáles son los deudores comprendidos en el artículo 1.101?

b) *¿Se entiende «cumplimiento» como actividad o actitud general «para cumplir» sin necesidad de iniciarlo?*

La contestación a aquellas preguntas envuelve esta otra, también cuestionable. Y, claro es, que si la respuesta a ésta es positiva, aparentemente se conculca el entendimiento adverbial empleado por el precepto: «... en el...», pues se transmutaría su sentido temporal por una suerte de factor adiciante de matiz psicológico en el deudor.

Una hermenéutica al punto completamente dogmática no es posible. Una solución unilateral tampoco nos parece viable. Un intento de reencontrar la *mens legislatoris* es ciertamente quimérico. No cabe sino atraer las diversas coordenadas delimitadoras de la sanción y equipar su entendimiento con una posición sincrética o pluralista. O sea, se aspira a aunar todas las posibilidades: las que respetan el sentido gramatical, así como las que entienden que también puede hablarse de «cumplimiento» *ab ovo*, o en la idea de que el mismo comprende también la etapa previa y personal del deudor que «se dispone a cumplir» en su actitud anímica (48) y, por supuesto, en los casos más generales—de literalidad contradicha,

(48) Esta versión del acaso cumplimiento en sentido «potencial o virtual» nos la sugirió en particular conversación el civilista y Magistrado SANTOS BRIZ, a pesar de que en su conocida obra «Derecho de Daños»—*op. cit.*—silencia tal particular acepción. ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.*, pág. 128, se quiere aproximar a la misma al decir: «... Si el cumplimiento es un proceso, una secuencia de actos, también el no cumplimiento podrá consistir en un proceso divergente, o bien en un acto interrumpido u obstativo en una situación contraria».

pero de realidad acontecida—recayentes en los deudores que incumplen de antemano.

Lo importante es subrayar que el artículo 1.101, en su dicción empleada, ofrece amplio marco para subsumir una diversidad de deudores que, aunque literalmente no son «incumplidores», se homogeneízan por un dato común: con su conducta en torno a la prestación no satisfacen el interés de la parte activa o acreedor. Según sea esa conducta, según sea el efecto «insatisfactivo», correlativamente, así será el grado o montante de su responsabilidad.

Por este otro camino, pues, se confirma cómo en tema de responsabilidad contractual deben compaginarse los dos polos de la relación obligatoria: la conducta del deudor y la satisfacción del acreedor o fin de la obligación.

B) REENVÍO AL ARTÍCULO 1.124: ¿IDENTIDAD ENTRE LOS ARTÍCULOS 1.101 Y 1.124, 2.º SU RELATIVIDAD DE CONSECUENCIAS

Tal vez por la vía del artículo 1.124 podamos asimismo contrastar y delimitar el significado del artículo 1.101 (49).

En efecto, en el artículo 1.124, párrafos 1.º y 2.º, se dice: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados *no cumpliera* lo que le incumba. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.»

La posible relación de estos artículos es claro que proviene de que en ambos se menciona el «resarcimiento de daños y abono de intereses» —en el 1.124— e «indemnización de los daños y perjuicios» —en el 1.101—, de relativa sinonimia (50), y ello siempre a resultas de una actitud del deudor en torno al cumplimiento de su obligación. Pero la diferencia—y en esa idea se constata el dato para la mejor comprensión del artículo 1.101—radica en que en el artículo 1.124 sí se habla de un

(49) En punto a la problemática del artículo 1.124 con su relación al 1.101, además de la obra de ESPINAR: «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», *op. cit.*, págs. 141 y ss. JORDANO BAREA, *op. cit.*, págs. 303 y ss. PINTÓ RUIZ, *op. cit.*, Enciclopedia Seix, págs. 196 y ss.

(50) De «frases sinónimas» también las califica ESPINAR, *ídem*, pág. 115. Pero esa sinonimia no debe ocultar que la voz Resarcimiento tiene un alcance técnicamente superior al de la estricta indemnización en la idea expuesta por BONVICINI: *Vid.* nota 39; no obstante, en la generalidad al uso, dicha equivalencia, en principio, no provoca equívocos.

auténtico INCUMPLIMIENTO: «... para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe»; luego así como en el artículo 1.101, los deudores no puede afirmarse que sólo sean los que «incumplan», los del artículo 1.124 sí son siempre «incumplidores». ¿Qué alcance puede tener este distingo? A nuestros efectos, cabría meramente afirmar que la conclusión es elemental: cuando el Código quiere enfrentarse con el deudor que incumple, así lo menciona—caso del artículo 1.124—, y cuando, en consecuencia, lo silencia es que no lo mentaliza—caso del artículo 1.101—. El dato es incontestable, aunque, en opinión personal, incompleto o científicamente parcial o polémico, porque de esa argumentación no parece serio derivar que el artículo 1.101 NUNCA puede aplicarse al deudor que no cumple con su obligación.

Una explicación de viso coherente entre ambos artículos, demostrativa de su relativa identidad, podría ser:

- El artículo 1.124, dentro de su órbita estrictamente sinalagmática, implica una doble protección para el acreedor frente a un deudor que crasamente incumple su obligación: coaccionarle a que cumpla o instar la resolución del sinalagma trabado, y en ambos casos, además—y si se prueban (51)—, exigirle el resarcimiento de daños; es, pues, imprescindible que se trate de un auténtico incumplimiento por parte del deudor de una obligación bilateral (52).
- El artículo 1.101 tanto juega en una obligación bilateral o unilateral y—se repite—no contempla frontalmente al deudor que «incumple» su obligación, sino al deudor que con su conducta en punto al cumplimiento no satisface el interés del acreedor por «incurrir» en alguna de las causas luego delineadas, tanto sea aquel que dispuesto a cumplir luego no cumple como al que interrumpe su cumplimiento o incluso a cualesquiera que no satisfaga el fin obligacional.

Finalmente, cabe plantearse la posible relación entre la «indemnización de los daños y perjuicios» del artículo 1.101 y el «resarcimiento de los daños y abono de intereses» del artículo 1.124, 2.º Aunque no sea el trabajo sede de tratamiento específico del problema y sin perjuicio de la «relativa sinonimia de empleo» que se apuntó, una línea sobre su eventual armonía podía consistir: en un aspecto, al hablar el segundo de «abono de intereses», ¿absorbe el sentido legal, no convencional, de

(51) Idem, ESPINAR, *op. cit.*, pág. 128. PINTÓ, en *op. cit.*, pág. 196.

(52) Esa «necesidad de probar la realidad de los daños y perjuicios» es de universal aceptación en nuestro Derecho; *vid.* con ese epígrafe MANRESA, *op. cit.*, páginas 187 y ss. Idem, CASTÁN, *op. cit.*, págs. 82 y ss., que sintetiza modélicamente la Jurisprudencia del T. S. sobre el 1.124.

la indemnización de daños y perjuicios en las deudas dinerarias que proclama el artículo 1.108? Si fuera así—a ello conduce la servidumbre de literalidad—, el «resarcimiento de los daños», como entidad concurrente del artículo 1.124, 2.º, equivaldría a otro concepto económico distinto a dicha indemnización. ¿Cuál? Creemos que el amplio alcance del artículo 1.106 debe acoger ese «resarcimiento» y, por tanto, seguir ubicándolo en el marco de la indemnización y, por ende, apartar el sesgo restrictivo del artículo 1.108, pues el repetido artículo 1.124 se proyecta en todo tipo de relación bilateral. Y como, en otro aspecto, según expresa PINTÓ (52 bis), tanto en la facultad de instar el cumplimiento—alternativa de opción del artículo 1.124, 2.º—como por la significación de la mora del artículo 1.101—extendible la idea a las otras causas, adicionamos nosotros—, caben, además, en ambas las respectivas acciones de sustitución o por equivalente del *id quod interest*, puede concluirse que uno y otro artículo, aunque con expresiones distintas, se refieren técnicamente a la prístina indemnización o sumando concurrente, en su caso, del *resarcimiento in totum* o *restitutio in integrum*, que ya se delimitó.

¿Hay, pues, reiteración de sanción por el juego de ambos preceptos? Creemos que no, tanto porque el supuesto fáctico es diverso—sinalagma exclusivo en uno y no en otro—como porque el artículo 1.124 establece una sanción más gravosa para el deudor infractor: A más grave conducta, más grave condena, y, de consiguiente, por ser un «infractor» o «incumplidor» deberá padecer no sólo la coacción para que cumpla, sino la posibilidad resolutoria y además el *onus* del resarcimiento; en el artículo 1.101, de base vincular más amplia, y como la conducta del deudor no tiene que ser tan grave—de nuevo así se obtiene otra prueba de que este deudor no es siempre «incumplidor»—, la condena también es más benigna: únicamente soportará o padecerá la carga de la indemnización establecida (53).

C) EL DOLO

Es la primera causa determinante de la sanción indemnizatoria del artículo 1.101. Examinémosla con un contenido sólo ilustrativo, es decir, tratada suficientemente por la doctrina más reiterativa, nuestro enfoque realzará los aspectos controvertidos en relación con la finalidad expositiva (54).

(52 bis) PINTÓ, *ídem*, págs. 192 y 193.

(53) Esa tesis la sostiene TRAVIESAS en «Obligaciones recíprocas», R.D.P., 1929, págs. 278 y ss. *Idem*, JORDANO, *op. cit.*, pág. 306, nota 5.

(54) F. DE CASTRO, en «El negocio jurídico», I.N.E.J., Madrid, 1957, pág. 147. Sobre el dolo, *Vid.* A. COSSÍO: «El dolo en el Derecho civil», 1955. GÓMEZ ACE-

a) *Concepto*

El profesor DE CASTRO, al hablar de los «significados del término dolo» (55), conforme a nuestro Código civil, lo considera como el calificativo de aquella conducta que incumple una obligación (56), y en términos más expresivos, CASTÁN define el dolo como «la acción u omisión que, con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación» (57), sin que sea preciso la intención de perjudicar al acreedor (58, 59), a tenor de la equiparación con la mala fe extraída del artículo 1.107 (60).

b) *Supuestos de incumplimiento por dolo*

En el artículo 1.101 se nominaliza al deudor que «incurre en dolo en el cumplimiento de sus obligaciones», y como el dolo es el grado de máxima gravedad en la voluntad antijurídica, lógicamente dicho deudor será toda persona que más intensamente se aparte del *pacta sunt servanda*, esto es, el deudor doloso o «que incurre en dolo en el cumplimiento obligacional» realiza una conducta—por acción u omisión—de mayor repulsa y antagonismo con la finalidad de la obligación o satisfacción del acreedor; luego esa conducta en donde adquiere su mejor exponente de desvío a lo pactado es precisamente cuando lo infringe, es decir, el deudor doloso, en puridad, infringe la obligación, porque por ello mismo la incumple con «conciencia y voluntad», y esto es así, al margen de lo apuntado sobre que la literalidad del artículo 1.101 no acoge expresivamente al deudor «infractor», lo que sí, por un lado, nos es válido para colmar de sentido la cuarta causa o «contravención»—norte del

BO: «La buena y la mala fe; su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el C. c.». RDP., 1952, pág. 103, entre otros.

(55) CASTRO, *loc. cit.*, ibídem.

(56) MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 111, dice: «Existe culpa intencional—delito, dolo—cuando el autor del daño ha obrado con la intención de causar ese daño. No es suficiente con que haya previsto la posibilidad del daño; hace falta que haya querido su realización. Esa mala intención constituye el criterio de la culpa delictual y de la culpa dolosa».

(57) CASTÁN, en *op. cit.*, pág. 151.

(58) Según expresa MANRESA, *op. cit.*, pág. 213.

(59) La sentencia de 9 de marzo de 1962, según MORENO MOCHOLÍ—en *op. cit.*, «Manresa», pág. 212—concreta los supuestos que configuran el dolo civil: Infracción voluntaria y consciente de un deber jurídico; producción de un daño grave y relación causal necesaria y prevista entre aquél y éste.

(60) Tal y como escribe CASTÁN, ibídem, pág. 152. Idem, SANTOS BRIZ, *op. cit.*, página 45.

trabajo—, no obstante, en sede dolosa, no cabe aplicar porque la cualificación deletérea de esta primera causa repele cualquier diseño suavizador del juicio calificativo de su protagonista.

1. *Incumplimiento total*

Por ello, el supuesto que centra la hipótesis del deudor doloso, tipificado en el artículo 1.101, es del «incumplidor total» de la obligación; cabe afirmar que la causa más clara de generación del llamado «incumplimiento propio o definitivo» proviene de la conducta dolosa, porque no sólo no se ejecuta el programa trazado de la prestación, sino que ello se realiza merced a una «voluntad inequívoca del deudor de no cumplir», como afirma DÍEZ PICAZO (61), o por su «propósito consciente, intencionado, de eludir el cumplimiento normal de su obligación», en frase de MORENO MOCHOLÍ (62).

En otro aspecto, aquella gravedad de la conducta del deudor que actúa con dolo, que sirvió de argumentación para deducir que el resultado de la misma debía ser de incumplimiento de su obligación, proporciona asimismo base para adicionar que ese no cumplimiento, impelido por su propia fuerza psicológica maximalista, será total o en todas las posibles partes integrantes de la prestación, con lo que aquella conducta se ofrece con visos de transparencia para su enjuiciamiento sancionador.

2) *¿Cabe el incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso por dolo? Respuesta negativa por integrarse en la «cuarta causa» y, además, por necesidad de sustantivarla*

La respuesta que se añade a seguido del problema planteado tiene claramente su trasfondo explicativo en el anterior razonamiento sobre el incumplimiento total propio del deudor doloso y retratado en el espectro del artículo 1.101.

Examinemos ambos supuestos:

- Incumplimiento parcial por dolo: Esta hipótesis es imaginable si se contempla, por ejemplo, un deudor obligado a una prestación de tracto sucesivo, pero una vez iniciado su cumplimiento, voluntaria o intencionadamente «interrumpe» el mismo, o cuando entrega parte o partes de las cosas debidas. En estos ejemplos y otros

(61) DÍEZ-PICAZO, en «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 680.

(62) MORENO MOCHOLÍ, *ibidem*, pág. 209.

análogos, ¿es correcto afirmar que existe un incumplimiento parcial? Técnicamente parece que la respuesta debe ser negativa, porque dichas prestaciones, cada una en su plena naturaleza, no consienten en el proceso de su ejecución ni interrupciones ni satisfacciones parciales, por lo que también, en esa línea, puede opinarse que entonces asimismo se ha incumplido la obligación; la apoyatura legal a estas conclusiones proviene de la normativa sobre el pago inmersa en los artículos 1.159 y 1.169.

Si en la realidad acaece la circunstancia de que concertada una obligación de hacer, por la cual el pintor *debe* pintar dos habitaciones, y al término de la primera «no quiere» ejecutar la segunda, ¿quid?, ¿hay incumplimiento total o parcial?; en consecuencia, ¿el acreedor podrá reaccionar del mismo modo que si no hubiera pintado ninguna habitación? Obsérvese que el conflicto es bien claro y acontecible, y respondiendo a la segunda cuestión, no parece equitativo que el acreedor se aproveche del resultado ya hecho en la primera habitación y, además, pueda accionar *in totum* contra el deudor. Por todo ello, nos parece pertinente y aconsejable que, en su caso, el evento deba canalizarse por la «cuarta causa» y así modular el *quantum* indemnizatorio a cargo de ese «deudor-contraventor» del tenor obligacional (63).

- Cumplimiento defectuoso por dolo: El planteamiento y la solución son parecidos al anterior, con la diferencia de su diversidad fáctica: aquí, el deudor no interrumpe voluntariamente el cumplimiento de su prestación o la fragmenta, sino que en su ejecución no se ajusta exactamente al dibujo previo delineado de la misma y, por tanto, hace mal lo que debía hacer. Como expresa DÍEZ PICAZO (64), y, sin duda, atisbando que este supuesto enmarca el cuerpo de la «ejecución de una prestación defectuosa, la diferencia más importante que la figura de la prestación defectuosa ofrece, frente al incumplimiento y frente a la mora, es que así como en estos últimos casos se produce una omisión total de prestación, en el primero, en cambio, existe un comportamiento positivo del deudor, que, sin embargo, no se ajusta a los términos del plan o del programa establecido en el acto de constitución de la relación; dicho más claramente, no es que el deudor no haya hecho nada, sino que lo que ha hecho está mal hecho».

(63) Idem, PINTÓ, *op. cit.*, pág. 198. ESPINAR parece que admite «interrupciones» en el cumplimiento: *vid. nota ut supra* 48.

(64) DÍEZ-PICAZO, en «Fundamentos...», pág. 687.

Como este cumplimiento «defectuoso» lo es cabalmente porque se aparta del *tenor* de la obligación, su subsunción en la cuarta causa es elemental: tanto, que a su socaire es como se fortalece la sustantividad de la denominada contravención obligacional.

D) LA CULPA

a) *Concepto*

La segunda causa delineada en el artículo 1.101 plantea problemática análoga y con solución idéntica a la anterior, porque no hay más diferencia que la procedente de su distinta idea nocional. Dicho precepto, al igual que luego hace el artículo 1.103, habla de «negligencia» y no de culpa. Aunque cierta doctrina discrepe de su equivalencia (65), PUIG BRUTAU (66), siguiendo a CASTÁN (67), la define como «la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación», radicando, pues, en «esa falta de malicia» su diferencia con el dolo, y es el propio Código, en su definición del

(65) Por ejemplo, MUCIUS SCAEVOLA expresa: «Para Viso no es lo mismo culpa que negligencia. La primera, dice, es un hecho, puesto que consiste no sólo en omitir lo que debe hacerse, sino también en hacer lo que no se debe, según confirman la regla 23 de Derecho en el Digesto y la Ley 80, tít. XIII, Partida 5.ª... La razón de Viso es indiscutible, porque buenamente no se pueden calificar nunca de negligencia los actos imprudentes comprendidos también en la noción de culpa. Por consecuencia, el Código, aunque en ello sigue la costumbre más general y el común hablar de los autores, yerra al considerar sinónimas las dos palabras, tanto más cuanto que si la culpa tiene una acepción propiamente jurídica, que no deja duda jamás sobre su verdadera significación, la negligencia, en cambio, como término corriente del idioma, envuelve muchas veces un sentido puramente gramatical que no corresponde con el concepto jurídico». (Cfr. Q. MUCIUS SCAEVOLA, «Código Civil», redactado por P. MARÍN PÉREZ, tomo XIX, 2.ª ed. Inst. Edit. Reus, Madrid, 1952, pág. 623.)

Cabe compartir el distingo en terreno de pura semántica; mas jurídicamente la culpa, como tonalidad psicológica del agente, engloba la negligencia.

(66) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 431. MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 110, afirma que clásicamente la culpa es un hecho ilícito imputable a su autor. Transcribe asimismo la definición de PLANIOL: «La culpa es una infracción de una obligación preexistente» (*idem*, pág. 1909).

(67) A tenor de la tesis de SANTOS BRIZ, *op. cit.*, págs. 45 y 46. Y añade: «La culpa contractual se basa según el T. S.—Ss. 2 julio 1951 y 18 junio 1962— en la preexistencia de una relación obligatoria que sujeta a su incumplimiento a indemnizar los daños y perjuicios que en su contravención tengan causa». *Idem*, páginas 53 y 54. F. BONET: «Compendio de Derecho Civil», tomo I. Parte general, 1959, pág. 743: «Referida la culpa en el cumplimiento de las obligaciones preestablecidas, tiene su complemento, para construir una definición más genérica, en la sentencia de 12 de enero de 1928, conforme a la cual la culpa en el Derecho civil es la infracción de la ley, cometida libremente y sin malicia por alguna causa que se pueda y se deba evitar».

artículo 1.104, el que proclama la perfecta identidad entre culpa o negligencia, equiparándolas a la omisión de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación.

b) *Supuestos de incumplimiento por culpa*

1. *Incumplimiento total*

Aun cuando el deudor culposo realiza una conducta de inferior gravedad a la atinente al doloso, tampoco ofrece duda—en nuestra visión del artículo 1.101—que el mismo, y por dicha razón, incumple su obligación, porque, además, salvo esa diferencia en la calificación de su comportamiento, son válidas las consideraciones que entonces se expusieron.

2. *¿Cabe el incumplimiento parcial por culpa o cumplimiento defectuoso?*

Se ratifica lo afirmado, contemplando estas eventualidades:

- Incumplimiento parcial por culpa: O sea, cuando no se ejecuta toda la prestación voluntariamente, pero sin intención o conciencia de ello; técnicamente, como se dijo, y al margen de esa falta de malicia, la prestación no se ha cumplido, y si en la realidad de los hechos cupiera un caso semejante al retratado antes del «pintor que culposamente interrumpe su prestación de hacer», la solución habría de arbitrarse a través de la «cuarta causa», si bien entonces jugarían los módulos correctores o de moderación del límite indemnizatorio establecidos en el artículo 1.103.
- Cumplimiento defectuoso por culpa: Es, sin duda, de mayor verosimilitud que el equivalente por dolo, porque puede opinarse, en línea de general acontecimiento, que en la mayoría de los casos el apartamiento de las notas trazadas en el programa de la prestación por el deudor correspondiente obedece a una apreciable «ligereza» o negligencia en la ejecución de los actos constitutivos de la prestación. Como es evidente, todos aquellos tipos de «deudores *chapuceros*» no son sino otros tantos protagonistas de un *facere* defectuoso de su prestación. El tema, por lo demás, es de acuciante actualidad, por la profusión de oficios artesanos, manuales, más o menos especializados, y cuyas actividades discurren

por vías de ostensible irregularidad (68). Su inclusión, pues, en el seno de la «cuarta causa», atrayente de la realización de prestación defectuosa, parece clara.

E) LA MORA

a) *Concepto: su delimitación con el retraso*

La tercera causa tipificada en el artículo 1.101 es la *mora*; al margen de que se emplea la conjunción «o» en el precepto como sinónima de negligencia, su sentido copulativo es elemental. La doctrina afirma que en sentido lato «se entiende por mora o demora el retraso en el cumplimiento de la obligación; pero en sentido propio y jurídico sólo es mora el retardo culpable que no quita la posibilidad del cumplimiento tardío, porque si por consecuencia del retraso desaparece la posibilidad de cumplir la obligación, más que mora hay incumplimiento total» (69). De esa misma idea conceptual se observa la implicación de la mora con el retraso, porque, como afirma Díez Pícazo (70), si bien ambos coinciden, en principio, no coinciden con carácter general: retraso hay si llegado el vencimiento de la obligación, el deudor no cumple y no determina por sí solo ninguna consecuencia especial (71); la mora, en cambio, exige algún requisito más que el simple retraso y produce alguna otra consecuencia. La mora exige, por lo general, una reclamación o intimación—constitución en mora—y deriva una especial responsabilidad para el deudor—la contenida en el artículo 1.101—(72).

(68) Es vulgarmente conocido que el «Chapucerismo», en materia de prestaciones de dar, nacidos de cotidianos arrendamientos de servicios o de obra, «está a la orden del día». Frecuentes trabajos encomendados, por necesidades domésticas, a los artesanos o especialistas manuales, se realizan, lamentablemente, con errores o defectos, lo que, unido al incesante incremento del costo de dichos trabajos—contraprestación—produce un malestar que se palpa socialmente; no hay duda que a través de la contravención del 1.101, esas prestaciones «defectuosas» pueden atacarse.

(69) Según CASTÁN, *op. cit.*, pág. 140.

(70) En «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 664.

(71) Y se añade: «Vencida la deuda, el acreedor está facultado para reclamar la prestación y el deudor no puede oponerse justamente a la reclamación, pero nada más» (DÍEZ-PICAZO, *ibidem*).

(72) Como es sabido, «Hay casos en los cuales la intimación del acreedor no es necesaria para que la mora exista—art. 1.100-2.º—. En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados...—art. 1.124-3.º, por error se hace constar el 1.100—». (Cfr. DÍEZ-PICAZO, *idem*, pág. 663).

b) *Incumplimiento total*

¿Qué circunstancias concurrirán en el deudor moroso, a que se refiere el artículo 1.101? Por un lado, en principio, que efectivamente «incurra en morosidad», noción ésta que debe absorber con el ropaje normativo al mero retraso en el cumplimiento. Si, en efecto, a dicho deudor se le califica como «moroso», técnicamente será porque, por su conducta dilatoria, ha frustrado el cumplimiento de la obligación o, lo que es igual, ha impedido que la misma logre su finalidad satisfactiva para el acreedor. Esta conducta, pues, tendrá que jugar no sólo con la naturaleza de la obligación de que se trate, la cual, por ello, ya es irrealizable o no sirve para el plan preconstituido por los intereses del acreedor, sino que, por otro lado, habrá soportado la observancia de los requisitos legalmente establecidos para su citada calificación.

En principio, no hay dificultad en admitir que ese deudor moroso del artículo 1.101, efectivamente, con su dilación «cualificada» ha incumplido su obligación y por ello habrá de soportar la carga indemnizatoria que se establece (73).

c) *El retraso en el cumplimiento o cumplimiento tardío o retraso leve: sus consecuencias e integración en la cuarta causa*

Así como el anterior supuesto, a nuestro entender, no ofrece dificultades, sin embargo, el acogimiento de este otro ha provocado incluso polémicas doctrinales, en particular, por la posible incidencia del artículo 1.124.

Se afirmó que el deudor «moroso» que incumple se verá sometido al peso del artículo 1.101 y, por supuesto, si la obligación es bilateral, con independencia de que el acreedor actúe preferentemente por el cauce del artículo 1.124. La procedencia de la resolución, en su caso, parece clara: si, como se dijo, por esa mora la obligación se «incumple», frustrándose el fin del acreedor, es natural que el acreedor pueda optar en línea resolutoria (74). Mas las dudas aumentan cuando el jurista se enfrenta con el supuesto epigrafiado, porque: ¿Qué repercusión tiene un cumplimiento tardío o retraso leve en el nexo obligacional?

(73) Sin perjuicio, claro está, que el acreedor ejercite la opción prevista en el artículo 1.124—instar al cumplimiento o la resolución—con la indemnización agregada, en su caso.

(74) Vid. ESPINAR, *op. cit.*, pág. 133, que establece como uno de los casos de «no cumplimiento» para la resolución: «la simple mora, tan sólo en el caso del negocio a término», en donde la mora, es claro, que frustra el fin obligacional.

¿Cuando el retraso no es excesivo cabe la resolución de la obligación?

¿Exige cualquier retraso su conversión en mora para el juego del artículo 1.124?

¿Dicho retraso leve comporta la morosidad del artículo 1.101 o cabe integrarlo en la «cuarta causa»?

Estas y otras cuestiones cabría plantearse y sus adecuadas respuestas exceden—salvo la última—del norte perseguido; no obstante, resumimos, al respecto, la opinión doctrinal más autorizada:

- DÍEZ PICAZO (75): Al examinar *El retardo y la mora dentro del cuadro de las causas de resolución del contrato*, afirma:
- Existe un sector de la doctrina que estima necesaria la constitución en mora del deudor para que pueda entrar en juego la acción resolutoria razonando sobre una serie de argumentos (76).
- Frente a esa postura se ha objetado que de este modo se asigna a la constitución en mora una función que no es la típica que la ley le atribuye; la función de los actos de constitución en mora no consiste en «fijar» o dar certidumbre al incumplimiento, sino pura y simplemente en reclamar la prestación: para que el deudor incumpla no es menester que el acreedor haya reclamado la obligación, y, además, que el artículo 1.124 habla de «no cumplir la obligación», por lo que «cualquier retraso» supone ese incumplimiento, sin necesidad de que se convierta en mora (77).
- En otro aspecto, contemplando los casos concretos resueltos por la jurisprudencia, se observa que según sean esos casos, las soluciones tienden a la necesidad de la constitución en mora del simple retraso, aunque ello pugne con razones también de tipo práctico: «No parece conveniente imponer al acreedor la carga de constituir formalmente al deudor en mora, y no parece justo

(75) En «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 666.

(76) Sobre el problema, asimismo se manifiestan: JORDANO, *op. cit.*, pág. 306, que en nota 3 transcribe la siguiente doctrina italiana: MESSINEO: «Dottrina generale del contratto», 3.^a ed., Milán, 1948, pág. 477. RUBINO: «Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento», en *Riv. Dir. comm.*, 1947-I, págs. 55-56, que exige la intimación, frente a la tesis de FALZEA. PINTÓ, *op. cit.*, «El incumplimiento de las obligaciones...»; «La mora dejará de ser simple mora en cuanto signifique la frustración definitiva del fin para el cual se constituyó la obligación» (en página 189). Es claro que parece identificar la simple mora con el retraso y la mora, con la técnicamente relevante. Idem, ESPINAR, pág. 133.

(77) Y se añade: «... en aquellos casos en que el legislador ha querido que a la resolución preceda un requerimiento o una intimación, lo ha impuesto de una manera expresa, como ocurre en el caso del artículo 1.504—*lex specialis*», pues, frente a la general razonada—» (DÍEZ-PICAZO, *ibídem*, pág. 667).

desestimar una demanda de resolución por un defecto de forma en la constitución de la mora del deudor», por todo lo cual—concluye—, «el problema ni en la doctrina ni en la jurisprudencia puede recibir una respuesta categórica» (78).

- JORDANO BAREA (79): Ha sido el catedrático de Sevilla quien, con ocasión de comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1950, ha aportado mayores útiles para engarzar la problemática con el interrogante último de la incidencia de la «cuarta causa». La tesis principal de dicha sentencia es que no basta un retraso no excesivo para que el acreedor pueda accionar resolviendo el contrato al amparo del artículo 1.124 (80), ratificando un criterio ya sostenido en la sentencia de 5 de enero de 1935. Son apuntes ilustrativos:
- Según PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (81), en la versión de JORDANO (82), «en las obligaciones recíprocas si, a pesar del retardo, el cumplimiento de una de las partes aún tiene interés para la otra, ésta no podrá rechazar la prestación ni pedir la resolución del vínculo por incumplimiento».
- No se puede extender siempre el remedio excepcional y gravísimo de la resolución a los supuestos de cumplimiento INEXACTO, los cuales implican el cumplimiento, si bien de forma imperfecta, ya sea por razón DEL TIEMPO, lugar o modo; en tales casos, siempre que el cumplimiento «irritual» no equivalga al verdadero

(78) La síntesis jurisprudencial que se formula, puede así resumirse:

A) Sentencias que fundan la resolución en el simple retraso: S. de 25 de mayo de 1933 y S. de 15 de enero de 1934. B) Casos de retraso no resolutorio: a) Retardo en la ejecución y cumplimiento tardío: S. de 5 de enero de 1935. b) Retraso del deudor y negativa de cobro del acreedor: Ss. 13 de marzo de 1930 y 5 de junio 1944. c) Prórrogas tácitas y tácita continuación de los pagos: S. 15 mayo 1934 y la particular tesis de la de 28 de enero de 1944. d) Incumplimiento transitorio por causas no imputables al demandado: S. 24 de octubre de 1899. (Cfr. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 668 y 669.) No se olvide el importante trabajo de JORDANO BAREA, «ad hoc» sobre el problema, ya referenciado: «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita», sobre la Sentencia del T. S. de 9 de junio de 1950.

(79) JORDANO BAREA, *ibídem*, págs. 303 y ss.

(80) En cuya sentencia de 5 de enero de 1935—antes indicada en nota precedente—se requería un verdadero y propio incumplimiento por uno de los contratantes para que prosperase la facultad del artículo 1.124, no bastando el simple retardo, y también en la sentencia de 10 de marzo de 1949, que afirmó que el mero retraso temporal y justificado, compatible con el designio de cumplir lo prometido no es suficiente para romper el pacto. Puede decirse que es ésta la base del criterio generalmente sustentado por el Tribunal Supremo: Irrelevancia del mero retraso para cimentar la acción resolutoria.

(81) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil de «Enneccerus»*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, Barcelona, 1933, páginas 265 y ss.

(82) *Ibídem*, pág. 305.

y propio incumplimiento, creemos que el remedio no será la facultad resolutoria del artículo 1.124, sino únicamente la *exceptio non rite adimpletus contractus*, que, como se sabe, descansa en el DEFECTUOSO cumplimiento de la prestación, por no ser del todo conforme con los requisitos de lugar, tiempo o modo de satisfacción (83).

- En verdad, cualquier especie de incumplimiento no debe servir de base para la resolución, sino sólo aquel que siendo imputable —según TRAVIESAS (84)—constituya por su gravedad una verdadera inejecución, por no satisfacer ya plenamente el interés de la parte a quien la prestación ha de ser entregada (85); el contrato, pues, es irresoluble si el cumplimiento inexacto de una de las partes tiene escasa importancia habida cuenta del interés de la otra (86), pues no es posible hacer depender la suerte del contrato de circunstancias de incumplimiento en sí mismas irrelevantes o menospreciables para derivar de la facultad resolutoria un provecho desprovisto de causa legítima e idónea, que es lo que ocurre en el cumplimiento «no ritual» (87); así lo entiende el

(83) Y se añade: «En el caso de que tan sólo se cumpla en parte, procederá la resolución parcial del contrato en cuanto al resto y cabrá oponer una «*exceptio non adimpleti contractus*» limitada» (Ibidem, pág. 306, nota 4).

(84) Cfr. TRAVIESAS, en «Obligaciones recíprocas», en *Revista de Derecho Privado*, 1929, págs. 278 y ss. que comenta las sentencias de 24 de octubre de 1899, 29 noviembre de 1912 y 24 octubre 1941.

(85) Se escribe por JORDANO: «El incumplimiento ha de ser, por tanto, grave. Para que la resolución tenga lugar hace falta que el Juez considere *sustancial* la sobrevenida violación del contrato, de tal manera que legitime la demanda del acreedor dirigida a resolver el vínculo contractual. La jurisprudencia tiene declarado que para el éxito de la acción resolutoria es preciso que el incumplimiento sea sustancial. Doctrina que, según la S. de 22 de marzo de 1950, tiene que resultar condicionada en la práctica por las modalidades que, en cada caso concreto, entrañan las cuestiones de hecho que integran el litigio» (pág. 307, nota 6).

(86) El fundamento de lo afirmado es claro: «La razón de por qué la *leve* entidad del incumplimiento precluye la resolución, reside, al mismo tiempo, en el principio de la permanencia de las relaciones lícita y válidamente constituidas y en el principio de la buena fe contractual» (Ibidem). Tesis ya recogida en el artículo 1.455 del Código: «El contrato no podrá resolverse si el incumplimiento —sin duda por error, JORDANO copia «*adempimento*»—de una de las partes tiene escasa importancia teniendo en cuenta los intereses de la otra». Se cita al punto el trabajo de G. B. FUNAIOLI: «Domanda di risoluzione per inadempimento e adempimento», en *Riv. del Dir. Comm.*, 1943, II, págs. 159 y ss.

(87) Ibidem, págs. 307 a 310. En la Sentencia de 10 de marzo de 1949 se hace constar que aparte los negocios a fecha fija en los que la prestación tardía no rinde la finalidad perseguida, el mero retraso temporal y justificado, compatible con el designio de cumplir lo prometido, no es suficiente para romper el pacto, ni puede romperlo el contratante que primeramente abandona su recíproca prestación...

Es, pues, la idea que se repite: El simple retraso inviabiliza la resolución: la razón es hasta socialmente atendible; de lo contrario, cualquier omisión mínima

Tribunal Supremo inspirándose en la equidad: ¡es tan humano pasar por alto la pequeña falta de puntualidad del que debe! ; un simple olvido o tal vez serias dificultades, no previstas ni queridas pueden justificar, según el Juez, el retraso en el cumplimiento, aunque entonces el acreedor tendrá derecho a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la demora, pero no la resolución.

- En definitiva—y aquí se centra nuestro interés—, la disciplina de la resolución es más rigurosa que la del incumplimiento o inexacto cumplimiento; ésta, según el artículo 1.101, toma en cuenta la culpa más leve, comprendiendo, por tanto, mayor número de casos, mientras que la disciplina de la resolución debe ser restringida, exigiéndose una especie de culpa más grave y cualificada (88).

De la precedente versión doctrinal y jurisprudencial, ¿puede afirmarse que se agota el marco resolutivo de la cuestionabilidad planteada?

En parte sí, y en parte no, y tal mezcolanza obedece, en opinión personal, a que no se atisba con suficiente valor el juego de la «cuarta causa» del artículo 1.101, sin perjuicio de que el propio JORDANO nominaliza esta norma.

La solución a tanta complejidad podría provenir sencillamente:

- De acuerdo con que ese leve retraso, que provoca, por tanto, un cumplimiento «no ritual» o «defectuoso de la prestación»—pues ya no se ejecuta según lo previsto—, debe encauzarse por vía diversa a la resolutoria del artículo 1.124.
- De acuerdo asimismo con que ese retraso no frustra aún—en la hipótesis imaginada—el fin de la obligación, puesto que la misma todavía «puede cumplirse a satisfacción del acreedor».
- De acuerdo también que la reacción del acreedor entonces habrá de ser la del resarcimiento por el quebranto—leve, sí, pero quebranto al fin—, ya no al socaire del artículo 1.124, sino del artículo 1.101; mas—y aquí está la dificultad—, ¿por qué, en ese caso, dicho deudor «ha incurrido en morosidad»? Por principio, la respuesta será negativa, pues, en rigor, se habla de retraso y no de mora, que es lo que tipifica el precepto en su tercera causa.

en la prestación provocaría acciones resolutorias no prístinas en intención, sino «adulteradas» por nuevos móviles interesados en un apartamiento contractual, y, por ello, la litigiosidad se fomentaría. Acaso el Tribunal Supremo ha comprobado que frente a esa patología el principio de «permanencia de las instituciones» ha de privar.

(88) MORENO MOCHOLÍ, en *op. cit.*, «Manresa», pág. 171.

Luego, por su misma necesidad, no hay más remedio que reencontrar a la «cuarta causa» o contravención, y así dicho deudor, bien que no ha incidido en conducta tan grave que se sancione con el artículo 1.124, bien que tampoco hasta la fecha ha incurrido en mora, pero de cualquier forma se ha apartado del cauce previsto en el programa prestacional, porque no ejecutó «a su tiempo» la obligación. Reaparece, pues, la ejecución de una prestación «defectuosa» y, por ende, la subsunción del supuesto en la contravención. A su través, el acreedor podrá accionar para el resarcimiento y el problema se resuelve sin dificultad.

Apréciese, en fin, cómo jugando así la «cuarta causa» no sólo se aclara el asunto, sino que la solución arbitrada es totalmente respetuosa con el sistema establecido *de lege data*.

IV. PARTICULAR REFERENCIA AL CUMPLIMIENTO CON CONTRAVENCION: LA LLAMADA «CUARTA CAUSA» DEL ARTICULO 1.101

A) ESCASEZ DE LITERATURA JURÍDICA «AD HOC»

Pese a afirmarse por MORENO MOCHOLÍ que el artículo 1.101 del Código civil es de una «importancia excepcional y... se invoca el mismo con mayor frecuencia que ningún otro» (88 bis)—lo que es notorio, como se ha constatado—, no obstante, la contemplación por la doctrina patria de la «contravención» o cuarta causa del mismo carece no sólo de un tratamiento monográfico, sino que, por lo general, su alusión se silencia, se hace de pasada o incluso se estima superflua; observemos esa tendencia:

- G. GARCÍA VALDECASAS (89): «La reglamentación de la culpa contractual es, en esquema, la siguiente: El artículo 1.101 establece el principio de que quienes incumplieren sus obligaciones dolosamente o por simple negligencia deberán indemnizar los daños y perjuicios causados.» Y después contempla la dualidad responsabilidad por dolo y responsabilidad por culpa.
- CASTÁN (90): Tras examinar el «cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones» y el cuadro general de las causas de éste;

(88 bis) MORENO MOCHOLÍ, *op. cit.*, pág. 171.

(89) G. GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, pág. 845.

(90) CASTÁN, *op. cit.*, págs. 136 y ss.

estudia la mora (91), la culpa (92) y el dolo (93)—o sea, las tres primeras indicadas por el artículo 1.101—, para, finalmente, y en el marco del «cumplimiento por equivalencia» (94), después de reproducir el artículo 1.101, dice: «Este último concepto de *contravención*—el subrayado es nuestro, dice SÁNCHEZ ROMÁN (95)—es genérico y abraza lo mismo el incumplimiento absoluto de la obligación que el cumplimiento deficiente, defectuoso o indebido, atendidos los términos en que la misma estuviera constituida o debiera cumplirse» (96). Es el criterio más extendido entre los autores patrios, si bien no se alcanza a comprender ese alcance de la contravención que SÁNCHEZ ROMÁN apunta equiparándolo al «incumplimiento absoluto», al menos en nuestra idea de sustantividad.

- PASCUAL MARÍN (97): Este autor o *Mucius Scaevola* (98), y a pesar de que, en un principio, parece adivinar la entraña de la «contravención» (99), sin embargo, refleja luego una tesis, cuan-

(91) *Ibidem*, pág. 140.

(92) *Ibidem*, págs. 145 y ss.

(93) *Ibidem*, págs. 151 y ss.

(94) *Ibidem*, pág. 164.

(95) F. SÁNCHEZ ROMÁN, en «Estudios de Derecho Civil», tomo IV, pág. 336.

(96) Según la transcripción del propio CASTÁN, *ídem*, pág. 165.

(97) P. MARÍN, en «*Mucius Scaevola*», tomo XIX, 2.^a ed., *op. cit.*, págs. 603 y siguientes.

(98) Se plantea en el texto esa duda por un dato que es simple: Siendo de notoriedad que la colección clásicamente denominada de «*Mucius Scaevola*», o conjunto de volúmenes sobre el Código Civil, a cargo de ilustres juristas, a partir del pensamiento del propio «*Quintus Mucius Scaevola*», contiene, pues, la línea central de dicho pensamiento, sin embargo, en la anteportada de este volumen se hace constar que el mismo ha sido «redactado por el ... MARÍN PÉREZ»; y a pesar también de que el propio autor dice: «... el peligro de desvirtuar casi totalmente el pensamiento de Scaevola...»; téngase en cuenta además que la edición manejada es la 2.^a, esto es, parte del contenido sustentado por Scaevola.

(99) En efecto, en el principio del «Comentario» al 1.101, se dice: «... según el cual se hallan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados aquellos que en el cumplimiento de sus obligaciones incurran en una de las expresadas irregularidades, *así como los que de cualquier modo contravengan el tenor de los compromisos*» (*Idem*, pág. 603); y más adelante: «... el legislador ha debido preocuparse no sólo de que la obligación se cumpla en sí, en los mismos términos en que se halla constituida satisfaciendo con esto la primera y principal de las naturales exigencias del acreedor, SINO de que se libre al mismo de sufrir las consecuencias de la conducta viciosa del deudor cuando, por haber abandonado la línea de conducta que le estaba impuesta, produce un daño o perjuicio de cualquier género. El deudor se halla obligado a conducirse RIGOROSAMENTE en un sentido que dirija siempre al cumplimiento PERFECTO de la obligación contraída... Si, pues, quien estaba obligado a entregarnos una cosa no nos la entregó o nos la entregó fuera de tiempo o en *condiciones distintas* de las estipuladas, y hemos sufrido un mal por ello en nuestros intereses...» (*ídem*, páginas 603, 604 y 605). Se insiste en que no se comprende esa incoherencia con la conclusión que luego se transcribe en el texto.

do menos, contradictoria. En efecto, se escribe al punto: «Lo único que privativamente corresponde a este artículo es este concepto de la contravención, al tenor de la obligación contraída de que trata la última oración gramatical del artículo 1.101. Pero la frase tiene verdaderamente muy poco valor en las obligaciones de dar o hacer, porque cuando la contravención del compromiso se produce sin dolo, sin negligencia y sin morosidad, no hay forma posible de que proceda la indemnización de daños y perjuicios, que en este supuesto no se han causado ni han podido causarse. Se contraviene al tenor de tales obligaciones dando una cosa por otra, dando distinta cantidad o prestando diferente servicio de aquel a que se estaba obligado; pero si esto ha sucedido en tiempo anterior al vencimiento de la obligación y, por consiguiente se está todavía en el caso de cumplirla en los términos que le corresponden, si no hay morosidad, en una palabra, ¿dónde estará el derecho de exigir la indemnización de daños y perjuicios? Y si, por el contrario, el deudor ha incurrido en mora y ya no procede, por una razón o por otra, el cumplimiento propio y natural de la obligación, ¿qué falta hace acudir a otro concepto que el de la morosidad para establecer el derecho del acreedor a la indemnización de daños y perjuicios?» Con independencia de la evidente censura a lo transcrito (100), la idea sirve de exponente del denunciado, sesgo subvalorador que se padece en torno a la cuarta causa.

- PUIG PEÑA: Como se dijo, es, tal vez, de los pocos juristas españoles que estudian con cierto sentido el llamado «cumplimiento defectuoso de la obligación» y su relación con el artículo 1.101 en punto a la contravención. Partiendo de que «la antigua doctrina distinguía entre prestación diversa y prestación defectuosa, aplicando las consecuencias jurídicas del incumplimiento total sólo en el primer caso..., aunque, no obstante, la moderna doctrina mercantil tiende a parificar los efectos de una y otra», afirma que el «incumplimiento impropio—o de segundo grado—es cuando el obligado, aunque realice la prestación, no lleva a efecto ésta exactamente en el mismo tenor establecido en el vínculo». La

(100) La contradicción, además, conculca gravemente la letra del propio artículo 1.101. Se quiera o no, se detecte o no, la literalidad de dicho precepto es diáfana: alude a cuatro tipo de deudores, incursos en responsabilidad, por lo que no cabe ignorar al último o subsumirlo en los anteriores. Y es la doctrina la que, honestamente, debe intentar sustantivizar, en lo posible, a ese cuarto y último deudor. Es el norte de nuestro proyecto. Como se expresó en nota anterior número 38, también padece este error el monografista PINTÓ (*op. cit.*, «La jurisprudencia..., pág. 201 y nota 3).

doctrina alemana alude, aunque no muy concretamente, a la «violación positiva del crédito»: actos del obligado que suponen una defectuosidad en su comportamiento en relación con el vínculo, es decir, no es que el obligado incumpla, sino que cumple mal, lo que supone, claro está, un incumplimiento impropio. Se califica de *violación* porque efectivamente se falta, a tenor de lo establecido; se dice que es *positiva* para diferenciarla de los supuestos claros del *no cumplir*, como sucede, por ejemplo, con la mora y la imposibilidad subsiguiente. ENNECERUS dice que (en el cumplimiento defectuoso) no existe un no hacer, por el que se incumpla la obligación, ni tampoco un hacer tardío—supuesto de la mora—, sino un hacer irregular, es decir, un mal hacer. «Las hipótesis—continúa PUIG PEÑA, y el mérito de su encaje legal es evidente, aunque luego no obtenga todos los resultados fructíferos consiguientes—del mal cumplimiento habrá de determinarse con arreglo al texto de la obligación. Por eso dice nuestro artículo 1.101 que quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones... contravinieren de *cualquier modo* el 'tenor' de aquéllas» (100 bis).

(100 bis) A continuación PUIG PEÑA, y a manera de conclusiones de lo anunciado, afirma: «Sobre estos supuestos de incumplimiento impropio debemos decir que:

a) Perteneciendo, como todo incumplimiento, a la teoría general del injusto, habrán de tenerse en cuenta los principios de la culpabilidad; por consiguiente, el mal cumplimiento tendrá que ser un mal cumplimiento culpable.

b) Que, por regla general, el mal cumplimiento determinará los efectos típicos del incumplimiento impropio; o sea la pertinente indemnización de daños y perjuicios.

c) En algunas y particulares hipótesis, el *mal cumplimiento* puede provocar un incumplimiento propio, con sus típicos efectos resolutive, cuando la obligación accesoria que se viola haya sido incorporada al contrato como fundamental o suponga ya un peligro serio para la subsistencia posterior del contrato—o «peligro para el fin del contrato», como dijera STAUB; o «ya no puede exigirse al acreedor la espera de un cumplimiento regular», según ENNECERUS—. Dentro del análisis de incumplimiento impropio procede estudiar la doctrina de la mora...» (Cfr. F. PUIG PEÑA, *op. cit.*, «Compendio de Derecho Civil Español», tomo IIII, vol. I. Barcelona, Ed. Nauta, 1966, págs. 157, 158 y 159).

Es evidente, como se ha indicado, el acierto de PUIG PEÑA en la ubicación normativa del «mal cumplimiento», así como, en general, la ortodoxia de sus conclusiones; no obstante, padece el sesgo común de no subrayar institucionalmente la «contravención» o cuarta causa del 1.101.

B) RAZONAMIENTO DE SU SUSTANTIVIDAD COMO «CUARTA CAUSA» DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. PRECISIÓN CONCEPTUAL: RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.098, 2.º LA CONTRAVENCIÓN ESPECIAL ABSORBE EL CUMPLIMIENTO «EROSIONANTE», «IRREGULAR», «DEFECTUOSO» O «IRRITUAL»

Es nuestra tesis y por ello el teleologismo del presente estudio.

Pero ¿qué es la contravención?, o más exactamente, ¿cuál es el sentido de la contravención establecida en el artículo 1.101?

Es preciso delimitar ese significado porque en el tema, como se verá, interfieren algunos precipitados propiciantes al equívoco.

Según ALEMANY (101), contravención es la «acción y efecto de contravenir», y contravenir implica «obrar en contra de lo que está mandado», de donde se extrae ya la nota consustancial al término de que toda contravención supone una actuación contraria a lo ordenado o, traslaticiamamente, a «lo obligado». Incorporando la voz al tema contractual, el deudor contraviene cuando su conducta es contraria a lo que debe hacer, es decir, no cumple conforme a los términos de la prestación. Y hay que precisar que la contravención tanto aparece si dicha conducta es por completo contraria al deber de prestación—casos de incumplimiento propio o definitivo—como si, en cualquier modo, también discrepa o «contradice» los términos de aquel deber según el mismo está prefijado. Podría, pues, hablarse de una *contravención absoluta*, sinónima del incumplimiento total, y una *contravención especial*, inajustada al sentido y término de la obligación: por la primera, el deudor no cumple lo que le incumbe, porque no hace lo debido o hace lo prohibido, y por la segunda, si bien el deudor cumple, su conducta o acción «va en contra» de lo que exactamente constituye la prestación, es decir, «cumple, pero cumple mal». Naturalmente que la sustantividad de «cuarta causa» provendrá de esa llamada «contravención especial», con lo que, de consiguiente, se aparta su decurso de los anteriores incumplimientos definitivos, que, obvio es, transitan por la sede de la «contravención absoluta» (102).

(101) ALEMANY Y BOLUFER: *Nuevo Diccionario Ilustrado «Sopena» de la Lengua Española*, nueva ed. Ed. R. Sopena, 1967, Barcelona, pág. 306.

(102) El monografista PINTÓ, aunque no alcanza las técnicas conclusiones sobre la «contravención»—como se ha indicado—, no obstante, aborda «ad hoc» el tema de ésta a propósito del 1.101. Tras afirmar que para que exista incumplimiento será necesaria siempre la *contravención* de la obligación—de esta idea cardinal, sin duda, parte su carencia de virtud sustantivizadora de la cuarta causa—, analiza dicha contravención, afirmando: «La contravención o falta de cumplimiento es siempre un acto jurídico que tiene por sujeto al incumplidor, y que puede consistir ora en una abstención, ora en una actividad. Examinemos por separado ambas situaciones. a) Abstención: Cuando la obligación consiste en hacer

Precisado así el concepto de la «cuarta causa» es fácil, por ejemplo y a título ilustrativo, relacionar el «nomen» del artículo 1.101 con el igualmente empleado en el párrafo segundo del artículo 1.098: «... Si el obligado a hacer alguna cosa la hiciere *contraviniendo* al tenor de la obligación, se mandará ejecutar a su costa. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.»

Es sabido que este artículo 1.098 emplea el término «contravención» siguiendo el influjo de los artículos 1.143, 1.144 y 1.145—este último respecto a las obligaciones de no hacer—del Código civil francés (103).

La doctrina, examinando el «cumplimiento irregular de las obligaciones de hacer», sí ha estudiado el significado y alcance del artículo 1.098, y después de afirmar que «hay muchos grados posibles de contravención» (104), concluye relacionando este precepto con el artículo 1.101, que en caso de incumplimiento por esta vía del artículo 1.098, el acreedor puede exigir: que la cosa no hecha por el obligado se ejecute a su costa, que lo mal hecho se deshaga y que si no cabe sustitución del deudor por otra persona o incluso si «lo mal hecho no puede des-

o dar—prestación de contenido positivo—la forma de incumplimiento, en sus diversos grados, revista la forma de abstención, más o menos intensa... Pero la abstención tiene también *sus grados* o matices. Puede ser transitoria o definitiva; en el primer caso nos hallamos en una situación de mora..., se trata de una abstención que cesará y que por ende tiene menor grado y trascendencia que aquella abstención definitiva y que constituye el propio incumplimiento; y se regula en los arts. 1.100 y 1.101... Hay otras situaciones en las que tampoco la abstención es total, sino parcial—cuando se cumple sólo en parte—, es decir, cuando no se realiza la total e íntegra actividad, sino tan sólo una parte de ella. Aparentemente esta situación no puede equipararse al propio incumplimiento, pero el Derecho civil, al salvaguardar la identidad e integridad de la prestación, prácticamente la equipara... Ahora bien, al revés de lo que puede ocurrir con una actividad positivamente contraria a la previsión del contrato o con una actividad defectuosa, el hecho de que se produzca una abstención parcial no significa rigurosamente que se haya producido ya el incumplimiento total, puesto que puede tratarse, en cuanto al resto no cumplido, de una *simple mora*; así, pues, el incumplimiento parcial, cuando no es expresión de una simple mora no cualificada, puede equipararse al incumplimiento total» (en *op. cit.*, «El incumplimiento...», págs. 188 y 189).

Es lamentable que tras captar PINTÓ esa diversidad de contravenciones, según sus grados, se obstine en no sustantivizar la cuarta causa, a pesar de que el tema lo alberga en sede del 1.101. Sin duda, padece el simplismo—ya hoy superado, como se dijo—de admitir exclusivamente dos tipos de incumplimiento: el propio o definitivo y el impropio, que absorbe al defectuoso o mal cumplimiento que la doctrina más clásica siempre lo canaliza a través de la mora, siguiendo así el parecer de CASTÁN, *op. cit.*, pág. 139.

(103) Artículo 1.143: «Asimismo el acreedor tiene derecho a que lo efectuada por «contravention» sea destruido...»

Artículo 1.145: «Si la obligación es de no hacer, aquel que la contravenga indemnizará daños e intereses por el solo hecho de la 'contravention'».

(104) MUCIUS SCAEVOLE, *op. cit.*, pág. 566.

truirse» (105), podrá reclamar la correspondiente indemnización de perjuicios, al amparo del artículo 1.101 (106).

Y como, por otro lado, el artículo 1.099 establece igual sanción a la del artículo 1.098, 2.º, «cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido», dicción que también atrae la «contravención», como literalmente señala el artículo 1.145 del Código francés, pueden, en fin, sentarse estas conclusiones de relacionabilidad:

1) La contravención del artículo 1.098, 2.º, en principio, se aproxima más a la llamada «*contravención absoluta*», esto es, a la aplicable al incumplimiento propio o definitivo, y al estar delineada en sede prestacional de hacer, implica: Una conducta positiva del deudor contraria a la establecida por la prestación y, es más, que por su propio resultado elimine o frustre por completo el fin de la obligación; de ahí que el legislador acople la sanción del número 1.º de ese artículo 1.098, o sea, que se ejecute la prestación «a costa de ese deudor contraventor», lo que conduce a la sustituibilidad del deudor si el *facere* no es personalísimo en la idea del artículo 1.161 (107), con lo que por un tercero se ejecutará de nuevo la prestación, que es tanto como afirmar que «no se ha hecho el hacer», máximo grado de vulneración, contravención o incumplimiento, y aparte de la destrucción, en su caso, de «lo mal hecho», a costa también de ese deudor contraventor, no hay dificultad de que el acreedor pudiera también accionar en vía de indemnización de los perjuicios causados, al amparo del artículo 1.101. Si la obligación por su naturaleza no consiente la sustituibilidad, entonces el acreedor, al margen de la eventual destrucción de lo mal hecho, se auxiliará íntegramente en el artículo 1.101. Pero, entendámonos, siempre que el acreedor por tales conductas «gravemente contraventoras» de su deudor recurra

(105) M. SCAEVOLA se plantea el interrogante «¿siempre se habrá de destruir lo mal hecho?, ¿siempre se habrá de ejecutar de nuevo la obligación mal cumplida a costa del deudor? Hay ocasiones—añade—que la destrucción es imposible, y otras en que sería absurda; y señala estos casos: si se obligó a podar unos árboles y el deudor los tala, no cabe «deshacer lo mal hecho»; si se convino derribar un piso de una casa y se ha derruido toda ella, no cabe—no es normal—volver a construirla y luego derribar el piso; si se encargó una estatua y se hizo otra, tampoco es normal que se destruya la hecha y se haga la encargada. Las soluciones, pues, en esos casos y otros análogos, provendrán por la vía del resarcimiento» (en *op. cit.*, págs. 568 y 569).

(106) Según CASTÁN, *op. cit.*, pág. 105.

(107) Sobre la proyección de este artículo 1.161 en las prestaciones de hacer, en su directa relación con el contrato de trabajo, ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en la monografía «Explicación civilística del sistema instituido sobre el despido improcedente», *Anuario de Derecho Civil*, separata año 1974, págs. 565 y siguientes.

Vid. asimismo nota 127 *infra*.

al artículo 1.101 habrá de encauzar la defensa de sus intereses no por vía de la «contravención genuina» del mismo, sino, a nuestro entender, por la primera causa o dolo del citado deudor: La misma dicción terminante del artículo 1.098—«... no la hiciere..., sí la hiciere...»—revela una conciencia y voluntariedad en el ánimo del deudor, que, en nuestra terminología y por su propia gravedad, conforman la mayor contravención y, por tanto, su inclusión en el dolo resulta consecuente (108).

2) Si la obligación es de no hacer, según el artículo 1.099, la contravención, así cometida por la conducta positiva del deudor, con mayor evidencia debe subsumirse en la de tipo «absoluto» o equivalente a un incumplimiento propio o definitivo. Y el razonamiento en el caso anterior se refuerza con el obtenido, más nítidamente, del artículo 1.099. Si las sanciones son iguales entre el artículo 1.098, 2.º, y el 1.099 será porque los presupuestos contemplados también coincidan, salvadas las diferencias actuantes según la obligación de que se trate. Si en el artículo 1.099 no hay duda de que se alberga a un prístino contraventor, porque ejecuta lo que tenía prohibido—exponente de transgresión en la cúspide—, también en el artículo 1.098, 2.º, que actúa con la misma sanción, se retratará a un tipo de deudor distante y opuesto al prefijado en el esquema obligacional.

3) Frente a las anteriores contravenciones, la del artículo 1.101, *in fine*, nos parece más flexible o atenuada, pues por ella se acogen a aquellos deudores que cumplen, aunque mal, pero sin que por su conducta se eliminen totalmente los efectos o fines perseguidos por el acreedor. Se trata de la *contravención especial*. Por la misma se engloban todos los supuestos integrantes de la modalidad de cumplimiento distinto al definitivo, así como a la mora—de que se habló al principio (109)—, esto es (y conjugando los dos factores significativos para compulsar la

(108) La doctrina desmenuza los supuestos posibles del 1.098: «1) Cuando el deudor ha cumplido su obligación, contra el tenor de la misma, el acreedor podrá pedir que se ejecute de nuevo en la parte indebidamente cumplida, bien por el mismo deudor, bien, en su defecto, por la persona que designa el Juez. (Es, pues, una suerte de ejecución parcial «in natura», frente a la que cabe argüir que puede asimismo acometerse si el evento se ubica, como debe ser, en la 4.ª causa del 1.101.) 2) Cuando la ejecución duplicada sea imposible, como en el derribar una casa, el derecho del acreedor se limitará a la indemnización de los daños y perjuicios. 3) Cuando lo ejecutado indebidamente no pueda o no debe de derecho repararse, el acreedor se conformará con obtener la indemnización correspondiente. 4) Cuando puedan ser las cosas restablecidas al ser y estado que tenían, pero no se necesite hacerlo, en todo o parte, para el debido cumplimiento de la obligación, el acreedor carecerá de derecho para solicitar la destrucción o modificación en todo aquello que no perjudique a la obligación reclamada. Prudentemente, pues, el Código, cuando permite deshacer lo mal hecho, emplea el verbo «podrá»; lo que al tratar de la destrucción, se convierte en medida potestativa...» (SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 569.)

(109) Cfr. Díez-PICAZO, en *op. cit.*, «Fundamentos...», pág. 686.

posible transgresión de la conducta del deudor: su propio comportamiento y resultado producido en la obtención del fin satisfactivo del acreedor), con distinta terminología: determinantes de un cumplimiento «erosionante» de la prestación, porque por ese «mal cumplimiento» se menoscaban o disminuyen los efectos o provechos en favor del acreedor—se cimenta, pues, el nombre en su resultado material reductor—; «irregular», porque el cumplimiento del deudor no ha discurrido por los cauces de normalidad deseada; «defectuoso», porque tanto por su causa como por sus efectos ha padecido faltas y ocasionado defectos al acreedor; «irritual», por no acoplarse al «rito» o programa trazado exactamente al constituirse la obligación; términos, pues, que valen en plena sinonimia, si bien el más extendido es el de «cumplimiento defectuoso», ya usado por LARENZ (110), o utilizándose otras expresiones conjugadoras del fenómeno (111).

a) *Alcance de la expresión del artículo 1.101: «... los que...»*

Un primer argumento de sustantividad se extrae de la hermenéutica literal del precepto. Afirmar, pues, que el artículo 1.101 delinea cuatro supuestos determinantes de la responsabilidad contractual en vía de resarcimiento—según el sentido técnico adosado por nosotros a la tesis de BONVICINI (112)—no es sino constatar el fruto de una simple lectura de aquél; la misma conjunción copulativa «y», al término de la enumeración casuística procedente, con su enlace en sujeto plúrimo final, *los que*, revelan meridianamente que estos deudores son otros distintos a los tres anteriores—los dolorosos, culposos y morosos—, porque, además, para fortalecer el sentido gramatical, asimismo se nominalizan empleando el pronombre correspondiente, al igual que se hace para tipificar, al principio, a esos distintos tres deudores, es decir: *los que*.

Esta elemental constatación, o en otras palabras, que el artículo 1.101 contempla un cuarto grupo de deudores—los «contraventores»—frente a los dolosos, culposos y morosos, acusa más gravemente a la doctrina, que si bien estudia con detalle la triple enumeración precedente, silencia, como se dijo, a éstos. ¿Por qué?

(110) LARENZ, expresamente en el párrafo 23 de su capítulo 3.º, habla, en términos de rúbrica, de «Cumplimiento defectuoso...», *op. cit.*, págs. 362 y ss.

(111) Así con esa línea conjugadora el profesor DÍEZ-PICAZO habla de «El cumplimiento inexacto de la obligación y la ejecución de una prestación defectuosa», *op. cit.*, págs. 686 y ss.

(112) No se olvide, en el plano técnico, la distinción que formula BONVICINI entre Responsabilidad de garantía y Responsabilidad de resarcimiento, y muestra pericial sobre el resarcimiento. *Vid.* al respecto, notas 16 y 39.

b) *Precedentes del proyecto de 1881: su artículo 1.011*

Aparte los reflejados de tipo histórico, se apoya la sustantividad de la cuarta causa de las restantes—y, por tanto, su no inclusión en las mismas—recurriendo al argumento significativo del contenido del proyecto de Código civil de 1881 y al comentario—bien escueto, por cierto—de su ilustre comentador, GARCÍA GOYENA. Como se sabe, en su artículo 1.011 se decía: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses los contrayentes: 1) Por dolo. 2) Por negligencia. 3) Por contravención a lo pactado, aunque sea en el modo de ejecutarlo. 4) Por morosidad.» Y GARCÍA GOYENA (113), refiriéndose a este precepto, afirma: «Todos los Códigos están de acuerdo sobre este artículo: el dolo y la culpa o negligencia no deben perjudicar sino a su autor, y los números 3 y 4 envuelven, por lo menos, la culpa.»

Del repetido artículo y su comentario conviene destacar:

1) La adición de «abono de intereses», que el artículo 1.101 suprime, sin duda, por integrarse en el ámbito de la indemnización, a tenor del artículo 1.108, en su caso.

2) La colocación enumerada de las cuatro causas o los cuatro tipos de deudores, relegando la mora al último lugar.

3) La formulación de la «contravención» con mayor justeza, precisión y claridad que la del artículo 1.101. La dualidad referida persigue una aspiración de completud: es contraventor lo mismo el que «no

(113) Dicho artículo 1.011, como es sabido, se enmarca en la Sección III «Del resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses», T. V, C. III, Tomo III, Libro III, del Proyecto de 1851.

Se ha empleado al respecto la siguiente obra: «Concordancias, Motivos y Comentarios del C. civil español». F. GARCÍA GOYENA. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del profesor LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el C. c. vigente. Zaragoza, 1974.

Sobre el conocido relieve de este proyecto para el entendimiento del Código, escribe el profesor LACRUZ: «Peña y Bernaldo de Quirós que ha publicado con utilísimo aparato de notas el eslabón que media entre el proyecto isabelino y el Código llega a decir: 'que el Proyecto de 1851 es el Código civil en una etapa muy avanzada de su elaboración'. Palabras—continúa el profesor LACRUZ—que cualquiera que se adentre en la comparación y estudio de tales textos forzosamente habrá de suscribir... García Goyena es, en verdad, no sólo el gran motor de la codificación legal española, sino también el primer comentarista de la mayor parte de los preceptos del Código civil, y el mejor auxilio para su interpretación» (Cfr. PP. V y VI).

El valor, pues, del precedente artículo 1.011 es inconcuso, y en él, como se dice, la sustantividad de la contravención es tan clara que hasta, en su elenco ordinal, se antepone a la morosidad, ocupando un rango superior y exclusivo, al igual que las otras.

cumple todo lo pactado» como el que «lo cumple o ejecuta» mal o contrariamente a lo pactado; y evita equívocos (114).

4) GARCÍA GOYENA se limita a centrar el asunto en el tema de la culpabilidad o imputabilidad de la conducta para su autor o autores, según los cuatro grupos, afirmando que en los mismos existe cierto grado de culpabilidad (115).

c) *La contravención de la obligación, ¿es distinta de su incumplimiento por dolo, culpa o mora?*

La demostración de lo rotulado se deriva de toda la argumentación expandida a lo largo del trabajo en pos a su finalidad sustantivadora.

En efecto, reproduciendo, en síntesis, de lo ya constado, se desprende:

- Como afirma el profesor Díez PICAZO (116), un supuesto completamente distinto a lo que hemos llamado incumplimiento definitivo—casos para él de «no prestación»—y distinto también de las hipótesis de retardo y mora es el que se puede llamar «cumplimiento inexacto de la obligación» (117). Y en el incum-

(114) En efecto, con esa dicción entendemos que no se podría honestamente escribir lo siguiente: «... refiérese el legislador en este artículo 1.101 directamente al cumplimiento, deficiente o defectuoso, pero cumplimiento al fin... De otro lado, al hacerse la enumeración de los modos de infracción, háblase de dolo, negligencia o morosidad, y se agrega 'los que de cualquier otro modo', con lo cual se mezclan las causas con los efectos de la contravención, pues los últimos están integrados por las posibles contravenciones, cumplimiento tardío o cualquier otro incumplimiento, total o parcial, y el dolo y negligencia constituyen causas específicas que determinan, con otras, la infracción, pero que sólo ellas dan lugar a la responsabilidad» (MANRESA, *op. cit.*, pág. 173).

Pero, ¿cómo se puede comprender ese pasaje? Es el propio precepto—y nadie más—el que enumera la cuarta causa o el «cuarto deudor o contraventor», y no se confunde nada. La contravención tanto es una causa, como produce efectos, al igual que las demás; lo que pasa es que hay que integrarla y no soslayar su dificultad tan superficialmente.

(115) Es claro que, salvo alguna indicación de mero encaje ilustrativo por nuestra parte, en el contenido del trabajo no hay hueco para albergar el tema de la imputabilidad, dentro de la esfera de la culpa, en el deudor contraventor. Se presume, eso sí, un espectro culposo en su conducta, al menos, porque así se explica su actividad defectuosa y resultado erosionante.

(116) Díez-PICAZO, *loc. cit.*, pág. 686.

(117) Y refiriéndose al mismo agrega el profesor citado: «Se trata de un fenómeno que la doctrina tradicional no ha contemplado rigurosamente, por lo cual, en ocasiones, ha sido equiparado, sin las necesarias matizaciones, al incumplimiento en sentido propio, mientras que otras veces ha quedado reducido al puro casuismo de las concretas prescripciones de los textos legales». (En *op. cit.*, páginas 686 y 687.)

Sea ésta una prueba más de la orfandad de tratamiento denunciada y, tal vez, un cimiento sólido de la procedencia de este estudio.

plimiento definitivo o propio, caracterizado, como nota común predominante, por la «falta de obtención del resultado de la prestación» (118), tanto proviene de la «no prestación» del deudor como de «la contravención absoluta» de dicha prestación, a resultas de que lo ejecutado vulnera crasamente el programa prestacional, en el sentido que late en los artículos 1.098, 2.º, y 1.099, y que de ordinario es atacable por vía de dolo de su autor en su enmarque en el artículo 1.101.

- Dicho «cumplimiento inexacto» tipifica la «contravención especial» del repetido artículo 1.101, como causa independiente de las demás.
- El deudor, pues, que actúa con dolo—no cumple o incumple, o ejecuta actos en flagrante contradicción con lo pactado, por su consciente voluntariedad—, con culpa—si no cumple por negligencia—o con mora—al actuar con retraso específicamente relevante al fin obligacional—queda sometido a otro sector de sancionabilidad distinto al atinente al «contraventor especial».

(118) «La falta de obtención del resultado de la prestación» es uno de los casos, el 4.º, que se señalan por Díez-PICAZO como de incumplimiento definitivo o «de definitiva falta de ejecución del programa de prestación» (Idem, pág. 680). PINTÓ, a pesar de que se enfrenta con la hipótesis, sin embargo, como se ha razonado, no alcanza la conclusión sustantivadora propuesta. En efecto, afirma: «Si la base objetiva más generalizada y formal del incumplimiento consiste en una abstención en sus diversos grados y formas, también una actividad puede ser la base objetiva de un incumplimiento. Uno de los supuestos de tal cosa es: cuando, aunque la obligación consista en un dar o en un hacer, se efectúe una actividad *positivamente contraria* a lo pretendido, posibilidad ésta prevista también en el Código Civil, cuando al final del art. 1.101 se dice: «O de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». Una aplicación de este principio puede verse en el artículo 1.098, que después de disponer que...» (en *op. cit.*, «Incumplimiento...», página 190). Aparte de la inexactitud—de mero relieve—de que el 1.101 no habla de «el tenor», sino «... al tenor», repitiendo así una «extraña dicción» empleada también en los artículos 1.098-1.º y 1.091, este pasaje de PINTÓ es sorprendente: Por un lado, efectivamente, pretende aislar, como supuesto independiente, la contravención del 1.101, lo que ya de por sí es meritorio. Pero, por otro, padece de dos inexactitudes—además de la sustancial denunciada con reiteración—: la una, entender que una actividad positiva de infracción de la prestación es algo excepcional, pues—según él—el incumplimiento normalmente acaece por la abstención; el tema es sencillo: no se encuentra extraño mentalizar eventos en que el deudor ejecute crasamente mal la prestación, violando así lo ordenado. Cuando ello ocurre, en efecto, el incumplimiento es propio o definitivo y su cauce puede encontrarse en el dolo particularmente; y la otra, pretender que esa infracción positiva o de actividad es la contravención del 1.101; como se razona en el texto, la contravención tipificada es la «especial» y distinta a la del 1.098-1.º, que, también, torpemente, se alude en el reenvío al mismo para explicar esta contravención «absoluta».

d) *La frase «... de cualquier modo...» facilita su sustantividad:*

1) *Sentido residual y omnicomprendivo en la «mens legislatoris»*

También por el decurso de la hermenéutica literal puede obtenerse otro argumento en pro de la sustantividad preconizada de la cuarta causa, así como de su calificada «levedad» dentro de las posibles causas de incumplimiento contractual o, con más exactitud, determinante de un «cumplimiento defectuoso de la prestación».

Se ha visto cómo frente a la terminante enumeración de supuestos del precedente artículo 1.011 del proyecto de 1851, el legislador del Código civil describe los supuestos escalonándolos en su concatenación expresional. ¿A qué obedece este cambio? Aunque no hemos podido constatar fuentes de ilustración al respecto, en opinión personal, se explica dicho cambio en un afán del legislador de no olvidar ningún supuesto planteable o, en otras palabras, como si insatisfecho por la inclusión tricotómica anterior, le restara la duda de omitir alguna eventualidad acaecible; si, además, antes ha aludido a la contravención en los artículos 1.098, 2.º, y 1.099, parece natural que con la fórmula empleada debían englobarse el resto de hipótesis imaginables de responsabilidad contractual.

La calificada «levedad», aplicable a la conducta del deudor, que con la misma «contraviene al tenor de la obligación», ha de obtenerse en la compulsa con las respectivas del dolo, culpa o morosidad, según literalmente se enuncia: El empleo de la frase «... los que de cualquier modo», ya denota de por sí un sentido ampliamente genérico o de alcance inexpressivo y, por tanto, por esencia, distante o en pugna con la inclusión de aquellos sujetos o individuos—deudores, por lo demás—cuyas conductas, bien por su calificada intensidad, bien por el efecto dañoso para el fin satisfactivo del acreedor, deben ser contempladas especialmente al objeto de condenar su actitud; de este modo actúa el legislador: como citados deudores, de conductas gravemente transgresoras del vínculo obligacional, están, por lo mismo, suficientemente conocidos e institucionalmente estructurados, han de encuadrarse de antemano, y así, en efecto, se comienza la sanción hablando de los deudores dolosos, culposos y morosos—tríada abarcante de aquellas conductas de vulneración maximalizada, tanto en su aspecto de elusión del deber de prestación que sobre los mismos pesa como desde el resultado que, a su merced, se irroga el acreedor—, por lo que, finalmente, se mentalizan las demás hipótesis que en la realidad conflictiva pueden plantearse, utilizándose una expresión de vastísimo espectro: «Los que de cualquier modo...», es decir, su

amplitud y hasta su misma inconcreción permite albergar como incursos en esa esfera de subjetividad a todos los demás deudores que sin ser dolosos, culposos o morosos, al cumplir la obligación, la contravienen o «incurren en contravención». El sector de la realidad así abarcado será amplísimo o, como dice la doctrina—aquí sí es lo afirmado exacto—, «hay muchos grados posibles en la contravención» (119), porque siempre que sin dolo, culpa o mora—se repite—el deudor no se ajuste a lo pactado incurrirá en mentada contravención. El *iter* abarcante, por consiguiente, será progresivamente reductor y, en otro aspecto, omnicomprenditivo: cualquier conducta del deudor que mínimamente se aparte del programa de la prestación tipifica dicha contravención.

2) *Los anteriores incumplimientos «parciales» o cumplimientos «defectuosos» son esta contravención*

Se razonó en su lugar que no es posible—a los fines de sustantividad propugnados—técnicamente hablar de un «incumplimiento parcial» de la obligación por dolo, culpa o morosidad—ésta en su aporía de leve retraso—; no caben, en otras palabras, hipotéticas interrupciones en la ejecución de la prestación: ésta se cumple o no se cumple, y el propio artículo 1.169 del Código a ello conduce. No obstante, también se dijo que sí, en línea de principio, esto es correcto, si en la realidad hubiera esa posible «interrupción» en la ejecución de la prestación, el acreedor, al margen, en su caso, de acudir al artículo 1.124, podía perfectamente, al amparo de la contravención del artículo 1.101, restaurar su afección en lo patrimonialmente relevante o atendible de satisfacción (120).

Los cumplimientos «defectuosos», esto es, todos aquellos incluíbles en la expresión «de cualquier modo», constituyen la órbita propia de la contravención o cuarta causa del artículo 1.101. Como se sabe, ese cumplimiento defectuoso o «inexacto de la obligación» existe, según Díez PICAZO (121), «en todos aquellos casos en que el comportamiento solutorio llevado a cabo por el deudor no se ajusta a los presupuestos o a las condiciones que el pago reclama para producir plenos efectos liberatorios y satisfactivos; cabe, por consiguiente, hablar de una inexactitud en el cumplimiento que haga referencia a cada una de las condiciones o a cada uno de los requisitos de regularidad del pago; los tipos de inexactitud o «cumplimiento defectuoso» pueden ser—continúa Díez PICAZO—:

(119) MUCIUS SCAEVOLA acuña la frase en *op. cit.*, pág. 567.

(120) En torno a esa «interrupción», ya se dijo que ESPINAR LAFUENTE la viabiliza en *op. cit.*, pág. 128. Idem, PINTÓ, en «El incumplimiento...», pág. 189.

(121) Díez-PICAZO, *op. cit.*, «Fundamentos...», pág. 687.

1) La inexactitud relativa a los sujetos del acto de cumplimiento (122). 2) La inexactitud que se refiere al objeto de la prestación; en rigor, se produce una *contravención* (123) de los requisitos de identidad e integridad del pago. 3) La inexactitud relativa al lugar de la prestación, que se produce cuando el deudor cumple o pretende cumplir en un lugar diferente al señalado en la obligación. 4) La inexactitud relativa al tiempo de la prestación, que se reconduce a los supuestos de cumplimiento anticipado y de cumplimiento retrasado. Y de todos estos supuestos, en realidad, el referente al objeto de la prestación—pues los demás se resuelven a tenor de la normativa del pago—es, según el citado civilista, el que provoca la ejecución de una «prestación defectuosa»: su diferencia frente al incumplimiento y frente a la mora es que así como en estos últimos casos se produce una omisión total de prestación, en el primero, en cambio, existe un comportamiento positivo del deudor, que, sin embargo, no se ajusta a los términos del plan o del programa establecido en el acto de constitución de la relación; «dicho más claramente, «no es que el deudor no haya hecho nada, sino que lo que ha hecho está mal hecho» (124).

(122) Se ponen los ejemplos, al punto, de pago a un tercero, pago a un acreedor incapaz, etc., o—incluso—a quien aparente ser titular del crédito sin serlo, o quien «se pasa» por representante sin estar autorizado...

(123) Aun cuando el autor emplea «nominatim» la «contravención» en este caso, no obstante, tampoco su línea resolutive del problema se canaliza por la tendencia sustantivizadora.

(124) *Ibidem*, pág. 687. También señala Díez-PICAZO, los «supuestos típicos del cumplimiento defectuoso o inexacto de la prestación: 1) Ha sido ejecutada, y puntual y exactamente ejecutada, la prestación principal, pero el deudor omite llevar a cabo las prestaciones accesorias. Por ejemplo, entrega en buen estado la cosa vendida, pero no facilita la información conveniente para su utilización o manejo. En rigor, aquí no puede hablarse de incumplimiento, en sentido verdadero y propio, pues no hay omisión de la prestación. Tampoco nos encontramos, en puridad, ante un incumplimiento simplemente parcial, pues la relación de principalidad y accesoriedad entre las prestaciones hace que ambas no puedan situarse al mismo nivel. Por todo ello, la hipótesis puede ser encuadrada dentro de lo que venimos llamando 'cumplimiento defectuoso de la obligación'. 2) Existiendo a cargo del deudor un cierto número de prestaciones singulares, en una relación obligatoria objetivamente compleja, han sido ejecutadas algunas y omitidas otras. Aquí, si desde el punto de vista de su función económica, cada una de estas prestaciones singulares presenta el mismo valor, cabe hablar de cumplimiento parcial. En los demás casos, la solución debe ser la misma que en la hipótesis del apartado anterior en materia de prestaciones accesorias. 3) En la misma línea cabe aludir a alguno de los casos que en la doctrina se han llamado de violaciones contractuales positivas. Como consecuencia del carácter defectuoso de la prestación se le sigue al acreedor que reciba daños y perjuicios. Por ejemplo, la explosión de la máquina comprada por defecto de fabricación. 4) Por último, cabe todavía situar dentro de la rúbrica del cumplimiento defectuoso las prestaciones de pura actividad que no aparecen ajustadas al margen o al criterio de diligencia, de pericia y de adecuación a las reglas del arte de que en cada caso se trate. Por ejemplo: el profesional cuyos servicios han sido contratados, despliega efectivamente su actividad, pero lo hace en forma descuidada, inexperta o negligente.

O, si se quiere otro ejemplo, y según dijera PUIG BRUTAU (125), en estos casos, el «deudor cumple, pero cumple mal».

3) *El cumplimiento «irregular» del artículo 1.154, 1.º, a trayente de su sustantividad*

Puede ser otro argumento extraído de *lege data* para reforzar la precitada sustantividad de la «cuarta causa».

Y se nominaliza por separado más que nada porque es quizá uno de los escasos preceptos en que el legislador emplea esa terminología; dice así el artículo 1.154, 1.º: «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido, en parte O IRREGULARMENTE, cumplida por el deudor.»

O sea, se contempla el supuesto de un deudor que «irregularmente» cumple su obligación, como factor a tener en cuenta por el Juez para

v. g., el médico acude a visitar al enfermo, pero no lleva a cabo las exploraciones exigidas por las reglas de la ciencia médica, establece un diagnóstico erróneo y administra al paciente un tratamiento inadecuado (en *op. cit.*, págs. 689 y 690).

Desde luego el elenco de casos es bien ilustrativo, y sobre el último supuesto, puede verse el comentario de LARENZ, *op. cit.*, pág. 468: «Debe probarse por el actor que el perjuicio se basa en una acción u omisión del médico que supone objetivamente, según los criterios generales, una infracción de las normas de la técnica médica».

Sobre este interesante tema—tanto, que su actualidad es inconcusa, y hasta se proyectan sus acciones en el campo penal a través de la imprudencia profesional—puede ampliarse con «La culpa profesional» y «Responsabilidad médica», y los variados casos vivos que en la sección de Lecturas sobre «La culpa médica» realizan los MAZEAUD, *op. cit.*, págs. 146 y ss. y 155 y ss.

En el Derecho francés también está generalizada la responsabilidad, precisamente por haber contraído una cierta «obligación de garantía», o sea aquella en la que el deudor se compromete a asegurar, también en algún modo, el resultado normal de su propia actividad; a su socaire, se aspira, asimismo, a subsumir la responsabilidad profesional del facultativo con el paciente. El tema, por lo demás, es polémico y ambicioso.

(125) PUIG BRUTAU, *loc. cit.*, pág. 424. De nuevo, PINTÓ, aunque contempla las hipótesis, vuelve a su tesis indiferenciadora:

«Es evidente que el cumplimiento *deficiente* constituye un incumplimiento, ya que no puede obligarse al acreedor a aceptar una prestación diferente, de inferior calidad de la prevista. Ahora bien, si la deficiencia es consecuencia de insuficiente actividad, puede surgir el problema de si se trata de una simple mora, puesto que completando la actividad se conseguirá el total cumplimiento, en cuyo caso, para discriminar si efectivamente es mora o es incumplimiento, estaremos a lo expuesto sobre la abstención. En cambio, cuando no es así, cuando la actividad ya ha sido total y además deficiente o implica contravención al tenor de la obligación, es patente el estado definitivo y débese equiparar tal situación al incumplimiento positivamente contrario. Téngase en cuenta, empero, las disposiciones especiales que rigen en materia de compraventa: arts. 1.469 a 1.471, 1.484 a 1.486, 1.491 a 1.494, etc.» (*Idem*, pág. 191 y nota 23.)

Admitiendo la salvedad especial sobre la compraventa, el resto puede censurarse en la línea anterior de la nota 118.

graduar la pena pactada. Por de pronto, se trata de un deudor que ha cumplido su prestación, pero lo ha hecho «irregularmente», luego será uno de los supuestos de «prestación erosionada» por un «cumplimiento inexacto o defectuoso» y, en consecuencia, incluíble en la contravención del artículo 1.101; así, en sede de obligación con cláusula penal, el cumplimiento «irregular» proporciona el supuesto del artículo 1.154, 1.º, y sin perjuicio de que el acreedor, en su caso, accione al amparo del artículo 1.101. La sanción, en otra visión, refuerza el argumento sostenido en su lugar de que todo «incumplimiento parcial»—con independencia de subsumirse en la cuarta causa—puede, en su caso, imponer un reajuste patrimonial en la dualidad conflictiva, esto es, que se contabilice el *tantum* aprovechable por el acreedor de lo ejecutado parcialmente por el deudor para el cómputo de la responsabilidad contractual de éste, pues el artículo 1.154, 1.º, ante caso con *simile ratio*, acopla otro módulo ciertamente atemperador (126).

- 4) *La contravención no equivale a incumplir, sino a cumplir mal o irregularmente. El artículo 1.101 no habla de «los que incumplieren...», sino de «los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren...». Reenvío a los artículos 1.098, 2.º, y 1.124*

Otros argumentos propiciantes de la tesis de sustantividad de la cuarta causa se derivan de lo epígrafiado y sobre cuya verdad ya se razonó en el texto precedente. En efecto:

1) La contravención del artículo 1.101 supone el cumplimiento defectuoso o inexacto de la prestación y, por tanto, la ejecución por el deudor de la misma de forma no ajustada o ceñida al diseño preestablecido, ocasionando así unos menoscabos que debe resarcir al amparo individualizado de este marco normativo. Dicho deudor, pues, no incumple, en el sentido de incumplimiento definitivo o propio de la prestación—bien por la «no prestación», en terminología de Díez PÍCAZO, bien porque se aparta por completo en los resultados de su ejecución de la finalidad obligacional o, respectivamente, incumpliendo por omisión o por comisión—, ya que para ello no incurre en dolo o culpa plenos y relevantes—en el esquema trazado, en línea de principio—ni en mora significativa y frustratoria del fin propuesto por el acreedor.

(126) Ya se dijo que en el problema late el fenómeno social del «chapuce-rismo» profesional de ciertas actividades manuales. *Vid. amplius*, nota 68, y a lo que ya se refirió el valioso precedente histórico de la Ley 16, tít. VIII de la Partida 5.ª, al hablar de la *Lauor falsa o non es estable*—vid. nota 43.

2) Esta tesis se refuerza porque, como se expuso, al emplear el precepto la expresión verbal «incurrieren en el cumplimiento...», y no la de «incumplieren...», permite—en estos estrictos límites—deducir que no mentaliza exclusivamente al deudor «incumplidor», al menos, a los efectos de la cuarta causa, y con independencia, tal y como asimismo se expuso, que ello no sea obstáculo para que en los casos de dolo, culpa o mora sí se mantenga la idea de que sus agentes son auténticos incumplidores de dicha obligación. Podrá ser—no hay dificultad en admitirlo—un argumento «interesado» o «parcial», porque acoge sofísticamente sólo lo conveniente y lo aparta al no mantener igual lógica en todos los pronunciamientos normativos; pero, se repite, vale en lo que al punto conlleva.

3) El artículo 1.098, 2.º,—igual que luego el artículo 1.099—, sí emplea la «contravención», en su alcance absoluto, o determinante de la infracción de la obligación o eliminación de su resultado para el acreedor, al admitir *ope legis* la posibilidad sustitutiva del deudor para colmar esa patología, conforme al razonamiento preinserto (127).

4) El reenvío al artículo 1.124 reconduce de nuevo al tema del sinalagma, en cuanto a la posibilidad resolutoria del nexo o a la exigibilidad del cumplimiento, aparte de la indemnización: condenas todas que ha de soportar el deudor que «incumple», según *nominatim* fija el precepto; el artículo 1.101, con un campo de aplicación más amplio—tanto juega en las bilaterales o unilaterales—, posibilita que siendo la conducta del deudor no siempre estrictamente «incumplidora»—en la contravención, desde luego que no—, el acreedor reaccione sólo en vía de resarcimiento: a menor gravedad de conducta, inferior medio tutelador (128).

CONCLUSION

SUSTANTIVIDAD DE LA «CONTRAVENCIÓN» Y SU PROYECCIÓN SOBRE TODO CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DE LA OBLIGACIÓN, CUALQUIERA QUE SEA SU CAUSA. SU CARACTERIZACIÓN

Es, pues, el norte del estudio: delimitar la cuarta y última causa de las tipificadas—en su dicción de subjetividad etiológica—en el artícu-

(127) Por ello, en ese marco estricto, sí es correcta la tesis de PINTÓ, *in op. cit.*, pág. 191. Sobre el problema, oralmente incidió el profesor MONTÉS, en su lección magistral: *Oposiciones a cátedra de la Universidad de Oviedo*—sesión del día 23 de junio de 1975, sobre la «Teoría unitaria del arrendamiento de servicios».

(128) A consecuencias análogas llega Díez PICAZO, *in op. cit. Fundamentos...*, pág. 692. *Idem*, JORDANO BAREA, *op. cit.*, pág. 306, nota 5. *Idem*, PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 160, y la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sen-

lo 1.101 como independiente y autónoma de las tres restantes y precedentes: dolo, culpa y morosidad.

El alcance de la citada «contravención» es singular y omnicomprenditivo, abarcando todas las hipótesis imaginables de «cumplimiento defectuoso de la prestación», tanto lo sea por la forma de «cumplir» el deudor como por el «resultado inferido con ese cumplimiento» en el fin satisfactivo del acreedor, presupuestos condicionantes de la responsabilidad del deudor.

En consecuencia, siempre que por la circunstancia que fuera el deudor no actúe «ritualmente», y por ello el acreedor no logre su plena satisfacción, a tenor de la finalidad propuesta en el nexo, se generará dicha contravención. Pero se insiste que esa actuación «irritual» presupone una ejecución de la prestación en forma no exacta o con defectos, causa del menoscabo inferido. Por todo lo cual, la caracterización de la contravención o cuarta causa del artículo 1.101 exige estos requisitos *concurrentes*:

1) *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, es decir, el deudor, en la realización de su conducta, tendente al cumplimiento, se desvía del plan prestacional o falla en alguna de sus implicaciones o exigencias; las circunstancias de este cumplimiento defectuoso naturalmente que son amplísimas y, sobre todo, dependerán de la índole de la obligación, según sea de dar o de hacer o no hacer, o dentro de estas categorías, la peculiar o concreta determinante de su objeto específico. Sin poder incursionar el estudio al tema de la sustituibilidad del deudor, a propósito de las obligaciones personales o personalísimas, dentro de las de un *facere*, sí puede anticiparse que la gama de operatividad es mucho más amplia en éstas que en las relativas a un *dare* (129), en donde pueden jugar en plenitud los artículos 1.166 y 1.169 a propósito del pago. Tanto, pues, se refiera al sujeto o persona del deudor, a la cosa debida, al servicio pactado y a las circunstancias locativas del cumplimiento: lugar, tiempo, modo, etc., y

tido de que la resolución del artículo 1.124 requiere un auténtico incumplimiento, como se constató.

(129) Sencillamente porque así como en el *facere* cabe seleccionar la actividad del autor, según sus propias circunstancias personales o profesionales, determinantes de un correcto resultado de su acción en relación con el fin prestacional—de ahí el artículo 1.161 del Código civil—, en el *dare* el problema se simplifica: se persigue con el nexo el tránsito cosificado, es decir, la entrega de la cosa, por lo que, en otro aspecto, la «ejecución forzosa en forma específica» es más fácil de viabilizar y, por ende, la misma sustituibilidad. Es dicha diversidad la que justifica que aquella ejecución aparezca cuestionable mayormente en el primer tipo de prestaciones.

Idem, PUIG PEÑA, entre otros, *op. cit.*, págs. 162 y ss.

cuando por no observarse fielmente por el obligado los precedentes presupuestos establecidos al respecto, el cumplimiento en cuestión será «defectuoso».

2) *Erosión del resultado o fin satisfactivo del acreedor*: Así como el anterior requisito actuaba como causa, éste funciona como efecto del mismo, o sea, esa ejecución defectuosa produce la repetida erosión, menoscabo o detrimento en el resultado material perseguido por el acreedor. Importa sobre manera la constación de este requisito, ya que, como se verá, actuándose para la adecuada sanción en vía de resarcimiento habrá que acreditar la realidad de la detracción experimentada, por lo que si ésta no existe o la misma no se acredita o prueba procesalmente, se inviabilizará la acción correspondiente (130).

3) *Imputabilidad de dicha erosión al deudor*: No es sino encauzar el problema en tema de culpabilidad o que el resultado detractor para el acreedor sea atribuible al deudor por haber realizado la prestación defectuosa con el grado correspondiente de culpa (131).

TUTELA DEL ACREEDOR. INTEGRACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRAVENTOR

¿Cómo protege el ordenamiento español al acreedor frente al «contraventor» o la cuarta causa del artículo 1.101?

Una doctrina muy cualificada—y con el mérito indiscutible de sistematizar la «ejecución de una prestación defectuosa»—, y sin encasillar el supuesto en el marco del artículo 1.101 *in fine*, al hablar de «las acciones de protección del acreedor frente al cumplimiento defectuoso» afirma que «en nuestro Código civil el problema que ahora contemplamos

(130) Por supuesto, que los aspectos procesales del ejercicio de las acciones correspondientes exceden del campo natural en que se ha preconstituido el contenido del tema, estableciendo unos plazos excesivamente cortos para la envergadura de las posibles consecuencias.

(131) Sobre la distinción entre «culpabilidad» e «imputabilidad» en sede de incumplimiento contractual determinante de la responsabilidad correspondiente, *vid.* BONVICINI, *op. cit.*, págs. 69 y ss. *Idem*, BETTI: *Teoria Generale delle obbligazioni*. Vol II: «Struttura dei rapporti di obbligazione». Giuffré, 1953, págs. 28 y ss. *Idem*, CIAN: *Antigiuridicità e colpevolezza*. Padova, 1966. Igualmente: *Imputabilidad y responsabilidad*, Díez PICAZO, *in op. cit. Fundamentos...*, págs. 693 y ss.

ofrece muy pocos datos para su solución» (132); después de examinar los posibles preceptos aplicables: artículos 1.166, 1.484 y siguientes (133), 1.591 (134) y otros (135), sienta las siguientes afirmaciones:

- La protección del acreedor frente al cumplimiento defectuoso de la obligación, en el caso que se trate de obligaciones simples, debe obtenerse, en línea de principio, a través de la acción de cumplimiento de la obligación, lo que supone el ejercicio de una «pretensión de corrección», que podrá llevarse a cabo sobre la misma prestación efectuada, mediante su sustitución por otra o la ejecución de una nueva prestación corregida. *Además*—el subrayado es nuestro—, el deudor será responsable de los daños cuando, siendo la prestación defectuosa, los haya conocido o le sean imputables.
- Si la obligación es bilateral ofrece cierta complejidad: En particular, el acreedor puede exigir un reajuste o reducción de la contraprestación que la adecue al valor de la contraprestación efectivamente llevada a cabo—*quantum minoris*—o reclamar la resolución—redhibición—del vínculo obligacional, aunque esto último presente ciertas dificultades (136). La opción entre las diferentes alter-

(132) DÍEZ PICAZO, *ibidem*, pág. 687. Y en otro lugar: «... Otra cosa es que el supuesto constituya en nuestro ordenamiento una auténtica laguna legal, que debe ser suprimida aplicando por analogía el artículo 1.124». En «Estudios sobre la Jurisprudencia civil», Ed. Tecnos, 1966, tomo I, pág. 358.

(133) En el artículo 1.166 se fijan los requisitos de identidad e integridad en el pago, que «no agotan la posible gama de supuestos de prestación defectuosa y tampoco puntualizan el conjunto de consecuencias jurídicas a que tales casos pueden dar lugar»; en los artículos 1.484 y ss., a propósito de los «llamados vicios o defectos ocultos de las cosas vendidas—especificidad de la compraventa—: «... sin embargo, no existe responsabilidad del vendedor cuando los vicios eran manifiestos, estaban a la vista o, aunque no lo estuvieran, el comprador era un perito o profesional que debía fácilmente conocerlos...» (*Idem*, págs. 687 y 688).

(134) En el artículo 1.591 se contemplan los «vicios en el contrato de obra»: «... se trata de un supuesto en que las prestaciones a cargo del contratista y a cargo del arquitecto han sido ejecutadas, pero han sido defectuosas.» (*Idem*, páginas 688 y 689). El problema del artículo 1.591, como se sabe, en la actualidad es mayúsculo: Dicha norma, exclusivamente, acoge el tema de las responsabilidades de constructores y arquitectos por ruinas y defectos de construcciones, olvidando a otros partícipes—léase promotores, inmobiliarias, técnicos, etc., copropietarios que a su vez construyen—, y que una progresiva jurisprudencia del Tribunal Supremo trata de colmar. Su eco ya ha alcanzado a la propia Comisión de Codificación, que tiene en proyecto una reelaboración de la normativa. Véase sobre el asunto el trabajo—hoy inédito—*Contrato de obra*, del profesor RUIZ VADILLO, desarrollado oralmente ante un tribunal de oposiciones a profesores agregados el día 27 de junio de 1975.

(135) Se citan en relación con *El cumplimiento defectuoso de la obligación de restitución de cosas ciertas y determinadas*, los artículos 1.746, 1.766, 1.561, 1.563 y 1.564. (*Vid.* DÍEZ PICAZO, *idem*, pág. 689.)

(136) Se dice: «... Sin embargo, en los casos de prestación defectuosa en las obligaciones bilaterales, de acuerdo con las directrices jurisprudenciales, la reso-

nativas—pretensión de corrección o rectificación, reajuste de la contraprestación y resolución o redhibición—cuando se den las circunstancias para ello corresponde al acreedor—se concluye (137).

Esa clarividente exposición del problema puede completarse afirmando que el marco de la tutela que el ordenamiento instituido presta al acreedor frente a un cumplimiento defectuoso se ubica en la cuarta causa del artículo 1.101. Por consiguiente, las acciones delineadas con una técnica irreprochable—v. gr., la «pretensión de corrección»—deben canalizarse por esa vía en pos del resarcimiento.

En definitiva, el acreedor víctima de una ejecución defectuosa de la prestación pactada, tras, naturalmente, su previa constatación y reacción adecuadas (138), puede ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios, al amparo del artículo 1.101 *in fine*, en todo caso—se trate de obligación simple o bilateral—, y ello con independencia de que le interese plantear una «pretensión de corrección», que no es sino reajustar los respectivos montantes de las prestaciones trabadas—si hay sinalagma—, tendente a reducir el *onus* de la suya o personal hasta que *se compense* así del menoscabo padecido por la erosión de la contraprestación cumplida defectuosamente; la alternativa resolutoria, como se apuntó, no podría

lución o redhibición posee un alcance excepcional y exige una frustración total o parcial del fin del contrato: en particular, que la prestación defectuosa no sea útil, por no servir al fin al que se la había destinado, o que el interés del acreedor en la resolución sea atendible, por no aparecer la resolución como abusiva o contraria a la buena fe.» (DÍEZ PICAZO, *ibidem*, pág. 692.) Desde luego, esa eventualidad de la prestación «defectuosa» causa de la resolución, sería porque la prestación, más que defectuosa, se había incumplido por esas circunstancias de inutilidad o inservibilidad.

(137) *Ibidem*, loc. cit.

(138) Así, DÍEZ PICAZO, al examinar *Las consecuencias jurídicas del cumplimiento defectuoso de la obligación*, enumera: a) La carga del acreedor de un puntual y diligente examen de la prestación. b) La facultad del acreedor de rehusar la prestación defectuosa..., por lo que el problema del cumplimiento defectuoso se produce sólo: cuando el acreedor sólo ha conocido y ha podido diligentemente conocer los vicios o defectos de la prestación después de recibirla; cuando habiéndolos conocido antes, la rehúsa total fuera injustificada por ser la prestación en sí misma útil y afectar el defecto a una parte mínima. Por ejemplo, el contratista ha ejecutado la obra de un edificio, pero los materiales no eran de la calidad citada; cuando el acreedor, recibiendo la prestación defectuosa, formula expresamente sus reservas o hace protesta respecto del carácter defectuoso. (*Idem*, págs. 690 y 691.)

Creemos que constatada la «defectuosidad de la prestación», el acreedor habrá de actuar, en principio, por el cauce último, y después entablar las acciones correspondientes, al amparo de la contravención del artículo 1.101, en su montante «integrador», que luego se señala.

introducirse al amparo de la «contravención», porque entendemos que el cumplimiento de una prestación defectuosa no provoca la eliminación o frustración total del teleologismo obligacional, y si así fuera surgiría un «auténtico incumplimiento por acción», cuyo tratamiento resolutivo reconduciría a alguna de las otras tres causas del artículo 1.101, en relación con los artículos 1.098-2.º, 1.099 y 1.124.

* * *

La integración, pues, de la responsabilidad del «contraventor» o deudor autor de esa prestación «defectuosa»—tanto en puridad como por atracción—, en los supuestos contemplados de «incumplimientos parciales», siempre que—nota común, se insiste—no se frustre total y definitivamente el interés satisfactivo del acreedor—en cuyo caso la vía sería la del artículo 1.124—o *alcance* de la indemnización señalada en el artículo 1.101, sería:

1) Al tener que desechar, en línea de principio y por coherencia de lo expuesto, una suerte de ejecución forzosa en forma específica respecto a la «erosión» padecida por la prestación—cabe, en su caso, la posibilidad que se inste al deudor a que «corrija» su deficiencia y complete o *subsane* esa deficiencia merced a una adicional actuación complementadora o convalidatoria del defecto—, el asunto debe centrarse en señalar el montante económico de la sanción indemnizatoria establecida, el cual se compondría de dos factores, uno constante y otro variable:

a) *Factor económico constante*.—Representado por el equivalente a la erosión padecida por el acreedor y, por tanto, determinado por el *quantum* que falta o se ha sustraído al valor de la prestación en su valoración originaria a causa de la ejecución defectuosa; sería, pues, una especie de suma adscrita, por su mismo carácter, al *id quod interest*: sustitutivo *parcial* por equivalente. Su viabilidad sería automática, con la prueba única del acreditamiento de la ejecución defectuosa o contravención, aunque su exacta cuantía exija el dictamen pericial, en todo caso. Cabe asimismo que este factor se obtenga mediante el «equilibrio correctivo» de las prestaciones. Si son bilaterales: rebajar el acreedor la suya *ad compensare*, como se dijo antes.

b) *Factor económico variable*.—O auténtica indemnización de daños y perjuicios, en el sentido que lo emplea el artículo 1.101, es decir, la responsabilidad del deudor contraventor también habría de pechar con los menoscabos, daños o perjuicios que el acreedor hubiera, en su caso, sufrido precisamente a consecuencia de la ejecución defectuosa de la prestación. Pero así como el anterior factor no requiere prueba alguna—salvo, como se dijo, la constatación de la contravención y la cuantía de

su resultado—para esta indemnización, el acreedor debe siempre probar que, en efecto, se le han irrogado esos daños o perjuicios en el amplio marco legal del artículo 1.106 (139).

Con ambos factores se estima que el acreedor percibe un auténtico resarcimiento o *restitutio in totum* (con el alcance técnico conocido) (140) y, al menos, por ello queda indemne materialmente (141).

LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA

(139) *Idem*, PINTÓ, *op. cit. Jurisprudencia...*, pág. 206, de acuerdo con constante jurisprudencia: sentencia de 19 de enero de 1957, *idem*, SS. de 1-2-1951 y de 13-3-1956: «Ciertamente tiene declarado la jurisprudencia que la obligación de indemnizar daños y perjuicios de carácter contractual no surge del mero incumplimiento de lo convenido, en tanto no se demuestre la existencia de los que se estimen causados por el incumplimiento de modo real o efectivo, no dudosos o contingentes...» Igualmente, como se dijo, se comparte su tesis sobre la distinción del *id quod interest*—nuestro factor constante—y la indemnización—factor variable—, ya expuesta: *in Incumplimiento...*, págs. 191, 192 y 193. Técnicamente, puede encuadrarse el asunto en las llamadas «responsabilidad de garantía» y «responsabilidad de resarcimiento» de la doctrina italiana. *Vid. amplius*, notas 16 y 39.

(140) La llamada *restitutio in totum*—como se ha repetido—es una especie de resarcimiento integral del acreedor, de tal forma que queda indemne de la «erosión», al menos en su *equivalente económico*, así como, en su caso, incluyéndose en la misma los supuestos menoscabos, trastornos o *perjuicios*, en fin, padecidos.

(141) ¿Cuál es el criterio de la jurisprudencia sobre el problema? ¿Se ha pronunciado la misma a propósito de la prestación defectuosa? Y en ese caso, ¿ha incluido el asunto, con sustantividad, en la cuarta causa o contravención del artículo 1.101?

Debe contestarse, en respectiva:

- Normalmente—y de ahí la praxis o frecuencia práctica del conflicto correspondiente—, el Tribunal Supremo ha producido abundante jurisprudencia en vía del artículo 1.124, que es por donde suelen canalizarse los eventos de prestación defectuosa, sobre todo pretendiendo una resolución contractual; dicha jurisprudencia—última muestra son las sentencias de 8, 25 y 30 de noviembre de 1974—mantiene el criterio ya reflejado: la resolución sólo se produce cuando existe un auténtico incumplimiento, por lo que en los demás casos se sanciona un resarcimiento al socaire del artículo 1.101.
- Sus pronunciamientos, pues, sobre «la prestación defectuosa»—al margen del caso de la compraventa con normativa particular—tienen lugar en aquel repetido marco del artículo 1.124, con incursiones esclarecedoras de si los hechos determinan o no ese auténtico o propio incumplimiento.
- En las hipótesis en que contempla prestaciones «defectuosas» tampoco ha recurrido a la tipificación de la cuarta causa, sino que, sin necesidad de este tratamiento, se pronuncia estimando o no la indemnización interesada, al amparo del artículo 1.101. Ejemplo de la sentencia, entre otras, de 13 de febrero de 1957: Es requisito para la condena a indemnización por daños y perjuicios... causados por *deficiencia en la obra*, en lo que suponga infracción del contrato entre las partes y proyecto... (que se demuestre), la realidad de unos daños (derivados) de que haya o no esa infracción...

Otros ejemplos de esa tendencia—y que L. DÍEZ PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, tomo I, Edit. Tecnos, 1966, incluye dentro de la «resolución de los contratos»—son: Sentencia de 16 de enero de 1930: Caso de prestación de-

fectuosa y falta de obtención del fin perseguido al ser defectuoso el funcionamiento de las máquinas suministradas: «...La Sala sentenciadora no interpretó bien el contrato y no aplicó debidamente el artículo 1.124 del Código civil y jurisprudencia de este Tribunal no dando lugar a la resolución del contrato, después de reconocer que el motor colocado no era apto para poner en movimiento las dos piedras de que constaba el molino. La indemnización de daños y perjuicios no es estimable en este caso ni por vía del artículo 1.270 o del 1.101.» Criterio análogo se sostiene en la sentencia de 23 de noviembre de 1964, también sobre «prestación defectuosa y prestación inadecuada», por deficiencias—goteiras—en una impermeabilización ejecutada: «Que la acción resolutoria, regulada en el artículo 1.124 del Código civil, y derivada de la antigua *condictio causa data causa non secuta*, precisa para su viabilidad y eficacia, según ha declarado la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias, entre otros requisitos, los de que el negocio jurídico que se pretenda resolver contenga obligaciones bilaterales o recíprocas—sentencias de 6-7-1952, 30-5-1960—que se patentice en el oportuno litigio, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido por parte de uno de los contratantes, ya un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irrefutable lo impida—sentencias de 5-7-1949, 22-6-1959 y 2-1-1961—y..., circunstancias todas ellas que concurren en el presente caso: la primera, porque la impermeabilización a que se alude no constituyó una obligación meramente accesoría o complementaria del convenio contraído por los litigantes, que pudiera quedar sustraída al ámbito de aplicación del artículo 1.124, conforme a la sentencia de 5-5-1953, sino la prestación verdaderamente querida por ellos como equivalente del precio estipulado—sentencias de 30-10-1917 y 5-1-1935; la segunda, porque el factor etiológico subjetivo del incumplimiento puede obedecer no sólo a la conducta dolosa de su agente productor, sino también a su actuación *negligente, imprudente o culposa*, siempre que de ella surja el acto obstativo a que se refieren las sentencias enunciadas, como se ha acreditado en este caso... por la imputabilidad de la empresa constructora en la imperfección de la obra ejecutada, y la tercera (que no se aplique al convenio una condición resolutoria expresa)..., porque ni el compromiso contraído ni el artículo 1.598 enervan los efectos del 1.124, pues no se estipuló que el contratista se obligase a realizar la obra a satisfacción del propietario, requisito ineludible para la aplicación del precepto, según se infiere de su sentido literal de la redacción de la Ley 24, tit. II, libro XIX, del *Digesto*, que le sirve de antecedente (*si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratur domini opus approbetur*)...»; en definitiva, se resolvió el contrato con la indemnización correspondiente, al amparo del artículo 1.125. (Vid. *amplius*, Díez PICAZO, *op. cit.*, *La jurisprudencia...*, páginas 356 y ss. y 367 y ss.) Obsérvese, pues, cómo el Tribunal Supremo canaliza los conflictos en vía del artículo 1.124, si bien para su aplicación requiere el sinalagma y la frustración de una de las prestaciones; en otro caso, no accede a la resolución, aunque arbitre el juego del artículo 1.101, pero nunca sustantivizando la «contravención».