

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias comentadas

### El retraso en el cumplimiento y la mora del deudor (a propósito de la STS de 24 de noviembre de 1997)

**GEMA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ**  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I.— *Introducción*. II.— *Antecedentes de hecho de la sentencia analizada*. III.— *Algunas observaciones a los fundamentos jurídicos de la sentencia estudiada*: 1. La fijación del *dies a quo* en el devengo de intereses moratorios. 2. La devaluación monetaria y la mora del deudor. 3. Los mayores daños derivados del incumplimiento. IV.— *El retraso en el cumplimiento y la mora del deudor*. V.— *La finalidad de la interpelación del acreedor*. VI.— *La dudosa necesidad de interpelación en las obligaciones sinalagmáticas*. VII.— *La indemnización de los mayores daños derivados del incumplimiento de una obligación pecuniaria*.

#### I. INTRODUCCIÓN

Ojeando el repertorio de jurisprudencia del mes de noviembre pasado me encuentro con una sentencia del Tribunal Supremo <sup>1</sup> que llama rápidamente la atención por dos motivos: el primero es porque se detiene a analizar la figura de la mora del deudor y las consecuencias que tiene en el patrimonio del incumplidor. Es extraño, aunque no lo parezca, encontrar pronunciamientos sobre la mora del deudor, que no sean otros que los dedicados a temas puntuales como puede ser la aplicación del brocardo *in illiquidis non fit mora* o la valoración de los intereses moratorios. La segunda razón es la afirmación que hace en su Fundamento de Derecho Quinto de que es una contradicción afirmar por un lado la existencia de mora del deudor y, por otro, el incumplimiento doloso del contrato. Y esta aseveración me hace caer en el más absoluto asombro, puesto que se confirma una vez más que nuestro Tribunal Supremo sigue considerando los retrasos en el cumplimiento de las obligaciones como algo distinto, quizá mucho menos grave o, cuando menos más digno de conmiseración, que el resto de los incumplimientos. Estos son, esencialmente, los motivos que me impulsan a realizar un breve comentario a este pronunciamiento judicial y a intentar, otra vez <sup>2</sup>, poner

<sup>1</sup> Vid. Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, noviembre 1997, núm. 39, STS de 24 de noviembre de 1997, núm. marginal del repertorio 8.396, pp. 1342 ss.

<sup>2</sup> Vid. Las ideas que al respecto propuse en *La mora del deudor y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996.

algo de luz en una materia tan poco apreciada por nuestros tribunales y tan habitual en nuestro tráfico jurídico: el retraso en el cumplimiento de las obligaciones y la mora del deudor.

## II. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA SENTENCIA ANALIZADA

La entidad mercantil «Fomento y Distribución de Material Electrónico, S.L.» fue adjudicataria en un concurso público promovido por «Televisión Española S.A.» para la adquisición de cuatrocientos telescopios motorizados (adjudicación que tuvo lugar en el año 1990, aunque la fecha exacta no se expresa en la sentencia).

Los plazos para la entrega e instalación de estos aparatos no aparecen recogidos en los antecedentes, pero parece deducirse que el cumplimiento por parte del contratista estaba repartido en varios plazos parciales para la ejecución sucesiva del contrato. Televisión Española se comprometía por su parte a pagar en total la suma de 108.110.000 pesetas.

El día 4 de diciembre de 1991, el actor acompañado de un Notario acude a la sede de Administración de Televisión Española para levantar acta notarial del requerimiento de pago, pero el vigilante de las instalaciones les niega el paso aduciendo que ha recibido esa orden expresa.

El 3 de marzo de 1992, la actora envía un requerimiento de pago, que Televisión Española no hará efectivo hasta el día 16 de marzo de 1994, tras las sentencias condenatorias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial, ambas de Madrid.

Además, hay que tener en cuenta otros datos que son de interés para la resolución de este caso: 1.º) La entidad demandante, tras serle adjudicado el contrato, perfeccionó dos contratos de préstamo por importe de 26.000.000 y 105.000.000 de pesetas para hacer frente a sus obligaciones con Televisión Española, cantidades que devengaban unos intereses del 26% y 21% respectivamente.; 2.º) A su vez, dado que los aparatos electrónicos estaban en Munich, contrató su depósito en un almacén y un seguro de los mismos por importe de DM. 17902,10.; 3.º) La peseta sufrió tres devaluaciones en el período de tiempo comprendido entre el requerimiento al pago (3 de marzo de 1992) y el día en que Televisión Española realizó el pago de la cantidad debida (16 de marzo de 1994).

Interpuesta demanda contra Televisión Española solicitando el cumplimiento de la obligación y la indemnización de todos los perjuicios que su incumplimiento había producido al demandante (entre otros: intereses legales, intereses de devaluación, mayor coste de transporte, gastos de almacenaje e intereses devengados del importe de los préstamos). El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimatoria condenando a la demandada a pagar el precio pactado de los telescopios, los intereses legales devengados desde el 3 de marzo de 1992 (fecha del requerimiento) y los gastos de almacenaje que excedieran de los imprescindibles para el normal tránsito de la mercancía hacia España. Por el contrario, deniega la indemnización solicitada por el mayor coste de transporte, la de los daños y perjuicios innominados que se pudieran producir hasta que se dicte sentencia, la del interés que la parte actora vaya abonando a terceras personas y la de la paralización de su plantilla.

En el correspondiente recurso de apelación interpuesto por «Fomento y Distribución de Material Electrónico, S.L.», la Audiencia Provincial de Madrid

dictó sentencia de fecha 23 de septiembre de 1994 ampliando la condena a Televisión Española al abono de los mayores costes de transporte (la diferencia entre el previsto en el contrato y el que se ha satisfecho con posterioridad), la diferencia de coste de personal de montaje e instalación, entre el momento en el que debió hacerse y en el que efectivamente se haga y el mayor coste de los avales de adjudicación que deban prestarse. Las restantes partidas indemnizatorias (perjuicios innominados e intereses satisfechos a terceros) son rechazadas.

La sociedad actora interpone recurso de casación basándose en los siguientes motivos:

1.º *La fijación de del dies a quo para el devengo de los intereses moratorios.* La sociedad recurrente acusa a la sentencia recurrida de haber incurrido en error de hecho en la valoración de la prueba, al no haber tenido en cuenta que en el acta notarial de fecha 2-12-1991 aparece acreditado que su representante trató de entrar en las oficinas de Televisión Española, S.A., acompañado de un Notario de Madrid, para reclamar el cobro de las cantidades que adeudaba TVE a la citada empresa y que el servicio de seguridad de dicho ente no le permitió la entrada por tener orden en tal sentido. Concluye, por lo tanto, que es dicha fecha la que debe tenerse en cuenta para el inicio del devengo de intereses.

2.º *La devaluación monetaria como daño ocasionado por la mora en las deudas de dinero.* La entidad recurrente sostiene que, al haber incurrido la demandada-deudora en un incumplimiento doloso del contrato, se le deben indemnizar todos los daños derivados del mismo, uno de los cuales es el producido por la devaluación monetaria, porque durante el período de la mora se produjeron en España tres devaluaciones de la peseta.

3.º *Los mayores daños derivados del incumplimiento de una obligación pecuniaria.* Se le deben abonar, además, como mayores daños producidos por el incumplimiento doloso del contrato, entre otros, los intereses que ha debido pagar por los préstamos que solicitó para poder pagar a la empresa alemana que le suministró los telescopios, y el coste de los salarios del personal técnico que estuvo paralizado durante el tiempo que transcurrió hasta que se llevó a efecto la instalación.

### III. ALGUNAS OBSERVACIONES A LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA ESTUDIADA

Vistos los hechos que aparecen probados en esta sentencia y los motivos casacionales alegados por la sociedad acreedora, es conveniente, por una razón única y exclusivamente de claridad expositiva, transcribir los fundamentos de Derecho en los que se basa el Tribunal Supremo para pronunciar su fallo que, podemos adelantar, fue estimatorio parcialmente al admitir la devaluación monetaria y los intereses pagados a terceros como partidas indemnizatorias. Sin embargo, aunque el estudio de estas materias se llevará a cabo más adelante con algún detenimiento, alguna observación inmediata debe hacerse a estos argumentos.

#### 1. LA FIJACIÓN DEL *DIES A QUO* EN EL DEVENGO DE INTERESES MORATORIOS

El motivo alegado por la recurrente «no puede tener favorable acogida, ya que la expresada acta notarial lo único que acredita fehacientemente es que el día

4 de diciembre de 1991, don José Luis D. H., acompañado del Notario autorizante del acta, trató de entrar en las oficinas de TVE y que el servicio de seguridad de dicho ente no le permitió la entrada, por tener órdenes recibidas en tal sentido, pero no acredita en modo alguno, por no extenderse a ello el ámbito de cobertura de la fe pública notarial, cuáles fueran las gestiones que el señor D. H. proyectara realizar en dichas oficinas, si se le hubiera permitido el acceso a las mismas. Por tanto, ha de estarse a lo que las contestes sentencias de la instancia declaran probado, en el sentido de que el requerimiento de pago del precio lo efectuó la entidad actora a la demandada el día 3 de marzo de 1992, fecha de la carta que aquella envió a ésta requiriéndole el pago del precio, al no existir constancia de anteriores reclamaciones en tal sentido, por lo que la expresada fecha debe ser el día inicial del devengo de intereses legales del precio, a lo que ha de agregarse que los invocados artículos 1501 número 3.º, 1100, párrafo último y 1108 CC ha hecho la sentencia recurrida una correcta aplicación, pues la mora de la entidad deudora, repetimos, no se produjo hasta la fecha anteriormente dicha» (Fundamento jurídico tercero).

Para un mejor entendimiento de este pronunciamiento hay que aclarar que la sentencia de la Audiencia se sirvió para fijar el *dies a quo* del devengo de intereses del hecho de que «no existe contrato formalizado por escrito, que establezca la forma y tiempo de pago, que el pliego de condiciones que rigió la adjudicación tampoco lo fija claramente, pues sólo menciona en la cláusula 4.ª, la partida presupuestaria, el ejercicio que debe cargarse y la posibilidad de hacer abonos en cuenta. A falta de estos extremos, cobra importancia el acto de parte, que en perfecta sintonía con la bilateralidad y reciprocidad de las obligaciones, ofrece el cumplimiento de la suya; entregar las mercancías, reclamando simultáneamente el precio. Desde ese momento comienza la mora del demandado y desde ese momento debe pagarlos» (Fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida).

Necesariamente han de hacerse algunas observaciones a los motivos argüidos por ambas instancias para fijar el momento de inicio de los intereses moratorios el día en que la sociedad acreedora envió una carta a TVE requiriéndole el pago de los telescopios (3-3-1992), rechazando cualquier virtualidad a la actuación notarial del día 4-12-1991, es decir, tres meses antes.

En primer lugar, no está de más llamar la atención acerca de la falta de visión práctica que se desprende de este argumento. No parece realista pensar que los acreedores, en los supuestos de impago, soliciten la presencia de los notarios con finalidades distintas al cobro de sus deudas. No deja de ser curioso que en las tres instancias se niegue cualquier efecto probatorio al hecho de que el representante de la sociedad acreedora se personase acompañado de un Notario de Madrid en las oficinas de administración de TVE con la intención de requerir el cumplimiento de la obligación y así conste en el acta levantada por dicho Notario y que, como se les impidió el paso y por lo tanto, también llevar a cabo el requerimiento, se afirme que la fe pública notarial no cubre estos supuestos. Si uno piensa en lo que sucede generalmente en estos casos, si se pone en la realidad de las cosas y prescinde de formalidades extraordinarias, es capaz de llegar rápidamente a la conclusión (quizá indiciaria) de que, cuando a un acreedor no se le paga lo que se le debe, por regla general, en primer lugar, se suele dirigir telefónicamente o en persona a reclamar el cumplimiento. Posteriormente, si estos intentos son vanos, se dirige (quizá con una fe infundada en las actuaciones notariales) a un Notario para que requiera a su deudor, bien en persona, bien por escrito. Todo ello lo hace con la idea de que la fe pública notarial le amparará en el caso de que se deba llegar a una solución judicial. Pues bien, en nuestro caso, por el contrario,

no basta con que el acreedor haya intentado cumplir con la exigencia legal de intimar al cumplimiento a su deudor (si es que existe para este supuesto concreto, cosa que dudamos), puesto que la fijación del momento del incumplimiento se hace tomando en consideración una carta que tres meses después envió el acreedor a TVE. Y me pregunto, el hecho de que el acreedor esperara tres meses entre el requerimiento notarial y el envío de la carta, ¿no hace pensar que confiaba en la virtualidad de la primera actuación? Por otro lado, si tan formalistas hay que ser, no entiendo cómo es posible que se fije el incumplimiento en la fecha del envío y no en la fecha de su recepción en TVE, porque con la simple emisión no debería bastar para que el acto de la intimación se diera por realizado o, lo que es lo mismo, tuviera eficacia jurídica a efectos de determinar la responsabilidad contractual.

En segundo término, no se debe dejar pasar por alto el considerando de la Audiencia cuando habla de la de sintonía que existe entre el acto de la intimación y la naturaleza bilateral de las obligaciones de cumplimiento simultáneo. A mi juicio, por lo menos es discutible la afirmación de que de la naturaleza bilateral de las obligaciones se desprende la necesidad de que el acreedor deba entregar la mercancía y reclamar el pago simultáneamente para que surja inmediatamente después la mora del deudor. Como es sabido, la interpretación del último párrafo del artículo 1100 CC es uno de los puntos que todavía levanta polémica entre nuestra doctrina más autorizada.

Por último, no se acaba de entender del todo la aplicación del artículo 1100 CC y no del artículo 63 del Código de Comercio tratándose de un contrato de compraventa mercantil.

## 2. LA DEVALUACIÓN MONETARIA Y LA MORA DEL DEUDOR

El sorprendente fundamento jurídico que ahora se va a analizar es precisamente el que ha motivado el comentario a esta sentencia. Inicia del siguiente modo:

«Ante todo, ha de resaltarse la incomprensible antítesis o “contradictio in terminis” (*sic*, la acentuación es suya) que significa declarar (como hace la sentencia recurrida) que la demandada incurrió, por un lado, en mora y, por otro, en un incumplimiento doloso del contrato, pues la mora comporta un mero retraso en el cumplimiento (no tratado de eludir) del contrato, mientras que el incumplimiento doloso del mismo presupone una deliberada intención de no cumplirlo.»

Sólo por este argumento podría escribirse un extenso comentario acerca de la mora del deudor y la responsabilidad contractual. Pero ahora conviene únicamente preguntarse, la mora en el cumplimiento ¿no puede ser dolosa?, la mora del deudor ¿no es un incumplimiento de la obligación como cualquier otro?, el dolo ¿es la intención deliberada de no cumplir?, ¿qué significa no tratar de eludir un mero retraso en el cumplimiento?, para que el retraso no sea mero ¿qué debe suceder? No se aprecia el motivo del porqué nuestros tribunales tratan de diferente manera a un deudor retrasado que a un deudor que incumple definitivamente o a un deudor que cumple defectuosamente su obligación. ¿Es que acaso hay que seguir predicando esa suerte de favor *debitoris* (por cierto, nunca ratificada en el Derecho positivo) con el que han sido tocados los morosos?

El fundamento continúa haciendo una distinción entre deudas de dinero y deudas de valor que merece la pena destacar:

«Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el hecho de que un débito merezca la calificación de deuda de dinero (cual ocurre con el precio de una compraventa) y no de deuda de valor lo que entraña exclusivamente, a virtud del principio nominalista por el que aquella se rige (art. 1170 CC), es que el deudor, al pagar la misma dentro del plazo de cumplimiento, solamente ha de entregar al acreedor la pactada cantidad de dinero, sin consideración alguna a las variaciones que, en dicho plazo de cumplimiento, haya podido experimentar, a la baja o al alza, el valor de la moneda (salvo siempre, como es lógico, el que se haya pactado una cláusula de estabilización, que no es el caso que aquí nos ocupa), pero no impide que si el deudor ha incurrido en mora o, mucho más, en un incumplimiento doloso del contrato, haya de indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios con ello ocasionados, entre los cuales pueden incluirse, obviamente, los derivados de la devaluación monetaria, sin que ello se traduzca en modo alguno en que haya pasado a convertirse en deuda de valor la originaria deuda de dinero, la cual continúa conservando este carácter.»

A mi juicio, la inclusión de la devaluación monetaria sufrida durante la mora del deudor como una partida de los daños resarcibles por el incumplimiento contractual debe generar algún comentario. En primer lugar, es importante subrayar la diferencia entre la pérdida del poder adquisitivo que se produce por las alteraciones a la baja del valor de la peseta en relación con los niveles generales de precios y la devaluación monetaria estricta que hace referencia a la pérdida de valor de una determinada moneda por la modificación de su paridad con otras monedas. La sentencia del Tribunal Supremo cuando aplica la cláusula de estabilización del Índice de Precios al Consumo lo está haciendo guiado por la pérdida del valor adquisitivo que ha sufrido el acreedor desde que tuvo lugar el incumplimiento. El precio que se había pactado por la venta de los telescopios ya no se equipara al valor de los mismos en el mercado, porque el valor de la peseta ha descendido tres veces durante el tiempo del incumplimiento. Al aplicar a esta pérdida de poder adquisitivo un índice corrector como es el de precios al consumo, el Tribunal Supremo ha roto con el principio nominalista que rige nuestro Código Civil. Sin duda, las soluciones valoristas son más justas en cuanto mantienen mejor el principio de conmutatividad del tráfico jurídico y de equivalencia de las prestaciones<sup>3</sup>. Sin embargo, nuestra más antigua doctrina y jurisprudencia siempre han interpretado la norma contenida en el artículo 1170 CC en términos nominalistas y se ha preferido adoptar el principio nominalista, toda vez que, aun no siendo seguramente la solución más justa, sí es la más segura para el tráfico jurídico. No se entiende, por ello, que nuestro Tribunal haya estimado que en este caso debía incluirse dentro de las partidas indemnizatorias esta pérdida de valor del precio pactado, tratándose como se trataba de una deuda de dinero (precio de la compraventa) regida por el principio nominalista del artículo 1170 de nuestro Código Civil.

En segundo lugar, parece que yerra la sentencia al estimar que esta obligación surge con más motivo en los incumplimientos dolosos que en los que no lo son. La pérdida de poder adquisitivo de la peseta puede configurarse, a mi modo de ver, de dos modos diferentes: o bien estimar que se trata de un mayor daño no cubierto por la regla del artículo 1108 CC (y, por tanto, que se rige por el régimen general de los artículos 1101 y 1107), o bien que es un riesgo económico del

<sup>3</sup> Vid. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. II, Madrid, 1996, p. 261.

contrato y que, por consiguiente, al igual que los demás riesgos, se le traspasa al deudor una vez que se le ha constituido en mora. Pero sea como fuere, no es necesario que el deudor incumplidor sea doloso, puesto que basta que haya incumplido su obligación, y esto ocurre siempre que no realiza su prestación exacta y tempestivamente.

La mayor parte de la doctrina se inclina por entender que la pérdida del poder adquisitivo puede ser considerada como un mayor daño derivado de la mora excepcionalmente. Esto significa que no basta con que durante el período de mora efectivamente haya ocurrido una devaluación, sino que el acreedor demuestre que la mora le ha impedido realizar con la suma debida una inversión que le pusiera al cubierto de las consecuencias de la devaluación <sup>4</sup>.

### 3. LOS MAYORES DAÑOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO

Puede leerse en los Fundamentos de Derecho séptimo y octavo relativos a la indemnización solicitada por los recurrentes del abono de los intereses pagados a los prestamistas durante la mora del deudor que «apareciendo probada la realidad de dichos préstamos, mediante sendas escrituras públicas de fechas 14 de noviembre de 1991 y 18 de febrero de 1991, es evidente que los intereses pactados en las mismas (24% y 21% respectivamente) hubieron de ser pagados por la entidad prestataria, aquí recurrente, la cual tiene derecho a ser indemnizada con el importe de los mismos, desde la fecha en que la demandada TVE incumplió su obligación de pagar el precio (3 de marzo de 1992) hasta el día en que realizó el pago del mismo (16 de marzo de 1994), siempre que la entidad actora acredite documentalmente haber pagado dichos intereses a la entidad prestamista con anterioridad a la fecha de esta sentencia».

Lo interesante de estos argumentos es que la condena a indemnizar dichos intereses no se sabe si se basa en que se trata de un incumplimiento doloso o lo hace configurándolos como mayores daños derivados del simple incumplimiento, es decir, por la vía abierta que deja al acreedor el artículo 1108 CC, porque los intereses moratorios no cubren los daños efectivos que el incumplimiento le ha irrogado. Pero fuera como fuese, lo que no parece del todo justificable es hacer pechar al deudor con las consecuencias lesivas que para el acreedor se hayan producido con sus relaciones con terceros. En este sentido, se puede pensar que el modo por el cual el acreedor se haya buscado la financiación para hacer frente a la obligación contraída con TVE (entrega de los telescopos) no es un asunto que deba afectar a esta última, salvo que se hubiera integrado como cláusula contractual.

Por lo que atañe a la solicitud de los daños y perjuicios derivados de la paralización de la plantilla (coste de los salarios) durante el tiempo que duró la mora (más de dos años), el Tribunal Supremo en su Fundamento jurídico undécimo dice lo siguiente:

«El expresado motivo también ha de ser desestimado, ya que no parece probado que el referido personal técnico lo tuviera contratado la entidad actora única y exclusivamente para proceder al montaje de los telescopos litigiosos, por lo que ha de entenderse necesariamente que formaba parte de su permanente plantilla de personal y, siendo ello así, no puede considerarse como consecuencia de la con-

---

<sup>4</sup> Vid. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 272.

ducta de la demandada el hecho de que la actora careciera de otros trabajos (ausencia de cartera de pedidos) en que poder ocupar a su referida plantilla de personal, por lo que los salarios de la misma durante el período de su supuesta inactividad, al no ser ello consecuencia del incumplimiento contractual doloso de la demandada, no han de ser indemnizados por ésta, debiendo serlo solamente la diferencia entre el importe que hubiera supuesto el montaje en su momento y el que haya llevado consigo el realizarlo en la fecha posterior en que se ha hecho, como acertadamente ha resuelto la sentencia recurrida.»

Es indudable que si el personal técnico formaba parte de la plantilla, no debe condenarse al TVE a pagar los salarios del mismo, porque no fueron efectivamente contratados específicamente para montar e instalar los telescopios de la entidad televisiva. Ahora bien, si la empresa recurrente hubiera demostrado que precisamente previendo el recto cumplimiento del contrato con TVE dejó pasar y no aceptó otros encargos de terceros, parece obvio que debería indemnizarse a título de lucro cesante.

El Tribunal Supremo condena a «TVE, S.A.» a indemnizar a «Fomento y Distribución de Material Electrónico, S.L.» «la diferencia entre lo ya pagado y la revalorización que corresponde a dicha cantidad (180.110.000 pesetas), según la elevación experimentada por el Índice de Precios al Consumo (IPC) en el período comprendido entre el día 3 de marzo de 1992 y el día 16 de marzo de 1994, lo que habrá de calcularse en fase de ejecución de sentencia, más los intereses legales de dicha diferencia desde el 3 de marzo de 1992 hasta la ejecución de la sentencia. Asimismo debe abonar los intereses devengados por la cantidad de 26.000.000 de pesetas. A razón de 24% anual y por la cantidad de 25.000.000 de pesetas, a razón del 21% anual, durante el período de tiempo comprendido entre el 3 de marzo de 1992 y el 16 de marzo de 1994, cuyos intereses serán calculados en fase de ejecución de sentencia, en la que la entidad actora habrá de justificar documentalmente que ha pagado dichos intereses a la entidad prestamista con anterioridad a la fecha de esta sentencia. En todo lo que no contradiga lo anteriormente dicho, se mantienen subsistentes todos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida».

Puede verse, por lo tanto, que si bien en esta sentencia, nuestro Tribunal Supremo, inicia haciendo una clara y tajante distinción entre los retrasos en el cumplimiento y los incumplimientos dolosos, al final condena al deudor a indemnizar al acreedor partidas que, ni aun tratándose de un incumplidor doloso, debía haber sido condenado (éstas son, los daños derivados de la pérdida del poder adquisitivo y los intereses devengados por los préstamos contratados con Bancos extranjeros).

#### **IV. EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO Y LA MORA DEL DEUDOR**

A pesar de que en una primera lectura de esta sentencia parece desprenderse la idea de que continúa vigente esa diferencia de trato inexplicable hacia los deudores morosos y que sigue estando presente la concepción subjetivista dentro del campo de la responsabilidad contractual (seguramente debido a esa advertencia que se hace de que es una contradicción hablar de mora y de incumplimiento doloso), parece que algo ha cambiado la opinión judicial en torno a los retrasos en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. No se es menos incumpli-

dor si se incumple por culpa que si se hace con dolo. Y no se incumple menos siendo moroso que no siéndolo (definitivo o defectuoso).

Ello debe llevar necesariamente recordar que cuando las partes de un contrato deciden obligarse libre y voluntariamente no debe existir motivo alguno para otorgar más protección a una que a otra. Nuestro sistema jurídico obligacional, en este sentido, es ecuánime. El incumplimiento de una obligación contractual debe dar lugar a la responsabilidad del incumplidor, salvo que exista un motivo que justifique lo contrario (es decir, un caso fortuito). No se trata al fin y al cabo de otra cosa más que de distribuir equitativamente los riesgos derivados del incumplimiento. En este sentido, si nada se ha pactado al respecto, el deudor asume que para el caso de que no cumpla, deberá indemnizar al acreedor insatisfecho las consecuencias que se deriven de la lesión de su derecho de crédito. Por consiguiente, basta el solo hecho del incumplimiento, sea éste del tipo que sea, para hacer pechar al deudor con las consecuencias que se deriven del mismo y sólo podrá exonerarse de esta responsabilidad probando que se debió a un caso fortuito. Nuestro sistema de responsabilidad contractual no es punitivo, no sanciona la conducta del incumplidor, sino que resarce los daños derivados del incumplimiento. Sólo sanciona cuando el incumplimiento ha sido doloso extendiendo la indemnización a todos los daños que conocidamente se hayan derivado de la falta de cumplimiento. Si esto es así, cuando nos encontramos ante un retraso en el cumplimiento de la obligación, nos encontramos en definitiva ante un incumplimiento contractual, que puede ser, como los demás, doloso o no doloso, pero que da lugar a la responsabilidad del deudor. Por ello, no se entiende muy bien la «*contraditio in terminis*» de la que habla la sentencia. Puede haber mora dolosa y mora no dolosa.

El retraso en el cumplimiento de la obligación es un tipo de incumplimiento contractual, uno de sus supuestos. La mora, por el contrario, es la situación jurídica en la que se encuentra el deudor después de haber incumplido. Mora y retraso, por lo tanto, no son sinónimos. Retraso hay si llegado el vencimiento de la obligación, el deudor no cumple. Sin embargo, en situación de mora se encuentra aquel deudor al que, una vez vencida la obligación, se le ha exigido el cumplimiento. Todo ello, sin perjuicio de que la ley o las partes hayan pactado otra cosa o hayan prescindido expresa o tácitamente del requisito de la intimación.

La consecuencia inmediata de la constitución en mora del deudor es el traspaso de todos los riesgos que puedan actualizarse durante la vida de la relación obligatoria. Al deudor moroso se le atribuye el riesgo del caso fortuito y, por consiguiente, a partir de entonces no podrá exonerarse de su responsabilidad, ni extinguir su obligación (como podía hacerlo antes de la mora) por esta causa. No hay caso fortuito posible para un deudor constituido en mora. Es aquí, en el sistema de riesgos, donde aparece y cobra sentido la figura jurídica de la constitución en mora del deudor. Se le constituirá en mora bien *ope legis*, bien por la naturaleza de la obligación de que se trate, bien por la voluntad del acreedor (intimación), con la finalidad de traspasarle todos los riesgos inherentes a la relación obligatoria. Si esto es así, se puede afirmar que se puede constituir en mora a cualquier deudor incumplidor, sea del tipo que sea, que todavía pueda y deba cumplir su obligación y que, una vez constituido en mora, no podrá alegar la incidencia de un caso fortuito para exonerarse de su obligación y disolver el vínculo contractual.

Son muchos los autores y, aún más, los pronunciamientos judiciales, que configuran el retraso en el cumplimiento conectándolo con la mora y viceversa, que conceptúan la mora siempre y únicamente en relación al retraso en el cum-

plimiento. Sin embargo, el hecho de que el retraso sea susceptible de un cumplimiento tardío posterior (que puede no satisfacer ya el derecho de crédito lesionado) no tiene necesariamente que significar que la mora sólo se predique de los retrasos en el cumplimiento (también pueden ser los incumplimientos defectuosos), ni que los incumplimientos retrasados tengan más efecto jurídico que la constitución en mora del deudor. Los retrasos son incumplimientos, lesiones del derecho de crédito, pero igualmente tienen este carácter todas las contravenciones del tenor de la obligación y si su ejecución posterior es todavía posible e idónea para satisfacer el interés del acreedor, éste podrá constituir en mora al deudor con la finalidad de traspasarle todos los riesgos de la tardía prestación. El retraso contemplado como lesión del derecho de crédito ha de tener todas las consecuencias jurídicas que se conectan a los demás tipos de incumplimiento y no solamente la mora o traslación de riesgos.

Ante la lesión de su derecho de crédito el acreedor está facultado para ejercitar todas y cada una de las medidas de protección que el ordenamiento jurídico pone a su disposición con este fin. Entre ellas se debe citar la pretensión de cumplimiento tardío, la resolución del contrato si se trata de obligaciones sinalagmáticas, la indemnización de los daños y perjuicios y la perpetuación de la obligación o traslación de riesgos fortuitos al deudor incumplidor. El legislador mediante la institución o el vehículo jurídico de la mora regula esta situación de transmisión de riesgos, lo que significa en la práctica que desde el momento en el que se le hayan traspasado los riesgos fortuitos al deudor incumplidor, no podrá exonerarse de responsabilidad, ni su obligación quedará extinguida por cualquier imposibilidad sobrevenida. Ahora bien, no se trata de una sanción al deudor por su incumplimiento, como generalmente se viene diciendo por algunos autores, sino de otro medio de defensa del derecho de crédito que se le otorga al acreedor lesionado.

## V. LA FINALIDAD DE LA INTERPELACIÓN DEL ACREEDOR

Si para ejercitar las medidas de defensa del derecho de crédito es necesaria la efectiva lesión o el incumplimiento de la obligación es necesario demostrar que ha existido tal infracción o mejor dicho, desde cuándo ha habido incumplimiento. Con la interpelación o efectiva exigencia del cumplimiento por parte del acreedor se fija el momento del ilícito obligacional. Para que el deudor incumpla «formalmente», en principio, es menester que el acreedor le exija el cumplimiento, porque antes de esta reclamación a nada está obligado el deudor y de nada se le puede responsabilizar. El ordenamiento jurídico español no da relevancia a lo que se denomina «simples retrasos». Es con la reclamación (que sólo se puede realizar a partir del vencimiento) cuando surte efecto la responsabilidad, tanto en su vertiente de daños como en la de riesgos, porque de este modo ha quedado fijado el incumplimiento.

La finalidad de la norma contenida en el artículo 1100 CC, a mi juicio, no es otra que la de resolver el problema de la determinación del momento del incumplimiento que sirva para aplicar todas las normas concernientes a su responsabilidad. Antes de este momento no puede surgir consecuencia alguna. Con el vencimiento de la obligación surge la exigibilidad. El acreedor está facultado para exigir la deuda y el deudor está obligado a responder a la exigencia; por su parte, el deudor puede cumplir sin que se trate de un pago anticipado (todo ello supo-

niendo que el plazo juegue en beneficio de ambos y no sólo de cualquiera de ellos). Ahora bien, si llegado el vencimiento el acreedor no exige el cumplimiento y el deudor no realiza su prestación, en principio, no puede hablarse estrictamente de incumplimiento contractual, salvo que se trate de uno de los supuestos contemplados en el segundo párrafo del artículo 1100 CC. En consecuencia, se debe afirmar que la interpelación sirve para fijar el momento de incumplimiento y, por lo tanto, el momento a partir del cual surgirán todas las consecuencias que se derivan de la responsabilidad contractual (salvo que el deudor pruebe la existencia de un caso fortuito).

## VI. LA DUDOSA NECESIDAD DE INTERPELACIÓN EN LAS OBLIGACIONES SINALAGMÁTICAS

Como es sabido, uno de los puntos más debatidos entre los autores que han estudiado la figura de la mora del deudor es el relativo a la interpretación del último párrafo del artículo 1100 CC. A este respecto existen, aún hoy, grandes dudas acerca de la necesidad de que el acreedor lleve a cabo la interpelación para constituir en mora al deudor, tratándose de obligaciones recíprocas. Esencialmente, se puede decir que existen tres grandes líneas de pensamiento: aquella que estima que en cualquier caso es necesaria intimación para que la mora exista y que, por tanto, lo único que el Código Civil hace en el párrafo citado es introducir la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, sin prescindir del requisito de la interpelación<sup>5</sup>; una segunda que, por el contrario, defiende que no es necesaria la intimación y que la mora en las obligaciones recíprocas es automática desde el mismo instante en que uno de los deudores cumple su obligación y el otro no<sup>6</sup>; y, por último, una tesis intermedia que distingue según se trate de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, en las que no sería necesaria la intimación, de aquellas de cumplimiento diferido o no simultáneo donde, por el contrario, sería preciso este requerimiento<sup>7</sup>.

Esta última línea de solución a la interpretación del último párrafo del artículo 1100, a mi juicio, es la que resuelve satisfactoriamente el problema de la necesidad o no de interpelación en las obligaciones bilaterales de acuerdo con la finalidad de esta exigencia. Sin embargo, ni es mayoritaria, ni desde luego ha sido seguida por la sentencia que se está comentando. La Audiencia Provincial de Madrid, de manera inexplicable, dice que a falta de pacto entre los contratantes «cobra importancia el acto de parte (es decir, la intimación) que ofrece el cumplimiento de su obligación, entregar las mercancías reclamando simultáneamente el precio y que desde ese momento comienza la mora del demandado», afirmación que, a su juicio, «está en perfecta sintonía con la bilateralidad y reciprocidad de las obligaciones». Parece, por consiguiente, que sigue la primera de las

<sup>5</sup> Introducida por ALBALADEJO, vid. «La mora en las obligaciones recíprocas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, pp. 9 ss.: «De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas», en *Estudios Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, 1988, pp. 29 ss.

<sup>6</sup> Defendida por CRISTÓBAL MONTES, vid. *La mora en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984.

<sup>7</sup> Construida por Díez-PICAZO, vid. «Fundamentos del Derecho civil patrimonial», vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1996, pp. 639 ss.

soluciones ofrecidas, en cuanto establece la necesidad en cualquier caso de cumplir con el requisito de la interpelación. Sin embargo, la naturaleza sinalagmática de las obligaciones obliga a pensar en aquellos casos en los que ambas partes contratantes deben cumplir simultáneamente sus prestaciones. No parece que sirva de mucho que el acreedor en el mismo acto en el que cumpla su obligación deba realizar el acto del requerimiento, puesto que basta con no haber recibido en ese instante la contraprestación pactada para que haya de entenderse constituido en mora y fijado el momento del incumplimiento. Es el propio sinalagma funcional el que excluye la necesidad de intimación. Si son sinalagmáticas y deben cumplirse a la vez, parece claro que la no ejecución de cualquiera de ellas conlleva el incumplimiento contractual sin necesidad de añadir presupuesto alguno para cerciorarse de ello. Por el contrario, cuando se trata de obligaciones recíprocas de cumplimiento diferido y, a pesar de que el primer obligado cumple, la que debe realizarse posteriormente no se ejecuta, el acreedor de esta última debe constituir en mora a su deudor mediante interpelación.

En realidad, he de confesar que me embargan algunas dudas acerca de esta última solución, puesto que no se acaba de razonar el motivo en virtud del cual ha de interpelarse si, como se ha dicho más arriba, el acto de la intimación sirve para fijar el momento del incumplimiento, puesto que si ello es así, y para el cumplimiento de la segunda obligación se ha pactado un término concreto, no sería necesaria la interpelación. Imaginemos que, el vendedor se ha obligado a entregar las mercancías en diversos plazos, pero hasta que no finalice la totalidad de las entregas, el vendedor no le pagará el precio pactado. Pues bien, no parece tener sentido exigir al vendedor, una vez que haya cumplido definitivamente con su obligación de entrega que intime al comprador, puesto que en este supuesto la última entrega debe considerarse como simultánea de la obligación de pago del precio y, por lo tanto, eximirle del requisito del requerimiento.

## VII. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS MAYORES DAÑOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN PECUNIARIA

No existen, hoy por hoy, muchas voces que se aparten de la idea de que el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de una obligación pecuniaria, regulado en el artículo 1108 es una reparación de mínimos o lo que es lo mismo a *forfait*. De este modo, el legislador ha establecido una suerte de presunción *iuris tantum* que siempre juega a favor del acreedor y de la que sólo puede servirse este último para destruirla a su favor. Es decir, el deudor no puede probar que el daño producido por su incumplimiento es menor al interés legal del dinero, pero el acreedor sí puede probar que ha sido mayor.

Para que el acreedor pueda aspirar a una indemnización de estos mayores daños no es en absoluto necesario que el incumplimiento haya sido doloso, sino que basta con que lo pruebe. El dolo civil, en este sentido, extiende el ámbito de la indemnización, puesto que ya no solamente indemniza aquellos daños que hayan sido previstos en el momento de contratar, sino todos aquellos que se deriven del incumplimiento contractual. En este sentido, se puede afirmar que el resarcimiento se extiende y se hace integral. Nuestro ordenamiento mide el incumplimiento de tal manera que si es doloso amplía considerablemente el campo de los daños resarcibles, dado que el deudor era consciente que con su comportamiento

podía provocar daños y no adoptó las medidas que la buena fe exigen para evitarlos. Si, por el contrario, no es doloso, debe reparar los daños que en el momento de contratar previeron que podían originarse con el incumplimiento.

Pues bien, como digo, poco tiene que ver el dolo con la indemnización de los mayores gastos que los contemplados a *forfait* en el artículo 1108. Si el acreedor no ve cubiertos sus perjuicios con el interés legal, deberá probar ex artículo 1107 los daños que quiere ver reparados y que sobrepasen la previsión legislativa. Si el incumplimiento no fue doloso sólo podrá pedir la reparación de aquellos previsibles, mientras que si hubo dolo, podrá pretender una reparación integral.

En el caso resuelto por la sentencia, a pesar de la advertencia de que no es lo mismo mora que incumplimiento doloso, el Tribunal condena a TVE a resarcir los daños derivados de un incumplimiento no doloso.

El objetivo que tenía este comentario era únicamente el llamar la atención acerca de los peligros de continuar con esa actitud en cierta medida permisiva de los retrasos en el cumplimiento. De seguir pensando en los morosos como esos pobrecitos deudores que bastante tienen con poder afrontar el pago de lo pactado como para encima condenarles a indemnizar los daños que su retraso ha causado en el acreedor. Algo parece que está cambiando en los pronunciamientos jurisprudenciales desde que Ihering escribió acerca de la jurisprudencia teórica y práctica que: *«Ha avanzado mucho en esa vía que había comenzado Justiniano: no es el acreedor, sino el deudor quien excita su simpatía y prefiere sacrificar el Derecho a exponerse a tratar demasiado duramente a un deudor»*<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Vid. *La lucha por el Derecho*, traducción española de A. Posada, Madrid, 1985, p. 131.

