



# **UNIVERSIDAD DE MURCIA**

## **ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO**

La Regulación del Retraso en la Modernización  
del Derecho de Obligaciones.

Su Incidencia en el Derecho Español

**D.<sup>a</sup> Andrea Salud Casanova Asencio**

**2020**





# **UNIVERSIDAD DE MURCIA**

## **ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO**

La regulación del retraso en la modernización del Derecho  
de obligaciones.  
Su incidencia en el Derecho español.

### **Doctoranda:**

Andrea Salud Casanova Asencio

### **Directores**

Dr. Joaquín Ataz López

Dra. María Belén Andreu Martínez



# Resumen

## Italiano:

Il ritardo nell'adempimento delle obbligazioni è uno dei temi centrali del Diritto delle obbligazioni e dei contratti. Nel presente lavoro si realizza uno studio che parte dalla disciplina del ritardo approntata dall'ordinamento spagnolo, unitamente a ciò che si osserva nei testi (normativi e di proposte) che fanno parte del movimento europeo di modernizzazione, attualizzazione ed unificazione del Diritto delle obbligazioni e dei contratti. A tal fine, si effettua un'analisi dettagliata sia del Diritto spagnolo, sia dei distinti testi di cui si compone il citato movimento, completata dall'esame del Diritto comparato quando risulti rilevante; si focalizza l'attenzione, da questa prospettiva, sui meccanismi connessi al ritardo come la mora del debitore, il *nachfrist* o meccanismo del termine addizionale, o la risoluzione.

## Español:

El retraso en el cumplimiento de las obligaciones es uno de los temas centrales del Derecho de obligaciones y contratos. En este trabajo se realiza un estudio que parte del tratamiento del retraso que se realiza en el ordenamiento español, junto con el que se observa en los textos (normativos y propuestas) que forman parte del movimiento europeo de modernización, actualización y unificación del Derecho de obligaciones y contratos. Para ello, se efectúa un análisis detallado tanto del Derecho español, como de los distintos textos que componen el movimiento, complementado por el examen del Derecho comparado cuando resulta relevante; y se pone atención, desde esta perspectiva, sobre mecanismos relacionados con el retraso como la mora del deudor, el *nachfrist* o mecanismo de plazo adicional, o la resolución.



# Sumario

<b>Introducción .....</b>	<b>11</b>
<b>PRIMERA PARTE: EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES .....</b>	<b>17</b>
<b>Capítulo I. El nuevo concepto de incumplimiento y el retraso como incumplimiento autónomo .....</b>	<b>19</b>
I. La evolución de la noción “incumplimiento” .....	19
1. La evolución del concepto en el Derecho español .....	19
2. La modernización del Derecho de obligaciones y contratos y las nuevas tendencias en materia de incumplimiento .....	29
II. El retraso como incumplimiento .....	44
1. El retraso como situación de pendencia. Doctrina general sobre el retraso y la mora como incumplimiento .....	44
2. El retraso como modalidad de incumplimiento en los textos de modernización .....	49
III. Los mecanismos relacionados con el retraso en el cumplimiento .....	50
1. La mora .....	51
2. Los aplazamientos .....	56
3. Los remedios frente al incumplimiento relacionados con el retraso .....	63
4. La cláusula penal .....	70
<b>Capítulo II. Las relaciones entre retraso y mora .....</b>	<b>73</b>
I. El papel de la mora ante la posible relevancia del mero retraso .....	73
II. La defensa de la mora como único retraso jurídicamente relevante .....	75
III. La posible eficacia del mero retraso para algunos efectos típicamente asociados a la mora. Los argumentos en torno a los artículos 1100 y 1101 CC .....	85
1. El artículo 1100 CC .....	87
2. El artículo 1101 CC .....	90
IV. Consideraciones sobre la función de la mora y otros posibles argumentos .....	96
1. La mora y el efecto indemnizatorio en la tradición jurídica. Estudio de antecedentes .....	96
2. La importancia del efecto indemnizatorio en relación con la función de la mora .....	100
V. Una conclusión sobre el debate y una reflexión sobre la complejidad de la cuestión y el recurso a la “conveniencia” .....	106
VI. Otros posibles efectos del mero retraso .....	109
VII. La incidencia de las Propuestas supranacionales en la relación mora-retraso .....	112

<b>SEGUNDA PARTE: EL TRATAMIENTO DEL RETRASO EN LAS NUEVAS TENDENCIAS DE MODERNIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS .....</b>	<b>115</b>
<b>Capítulo III. La puesta en cuestión de la mora del deudor .....</b>	<b>117</b>
I. La eliminación de la mora en la mayor parte de los principales textos de modernización.....	118
1. Los textos internacionales .....	118
2. La PMCC .....	138
II. La posible incidencia de aspectos terminológicos en las consideraciones sobre la eliminación de la mora .....	145
1. Retraso y mora en la terminología de los textos supranacionales.....	145
2. La confusión terminológica entre “mora” y “retraso” en el ámbito nacional y su relación con la regulación del retraso en los textos de modernización .....	155
<b>Capítulo IV. La regulación del retraso en los textos que mantienen explícitamente la mora del deudor .....</b>	<b>163</b>
I. La reforma francesa del Derecho de obligaciones y contratos de 2016 .....	165
1. Contexto e impacto de la reforma .....	165
2. El tratamiento del retraso en el <i>Code</i> antes de la reforma.....	169
3. La regulación del retraso tras la reforma.....	172
4. Valoración general: la reforma francesa como sistema mixto o de equilibrio entre la tradición y las nuevas tendencias.....	200
II. La Propuesta de Código Civil de la APDC .....	204
1. La trascendencia del mantenimiento de la mora en la PCC.....	204
2. La regulación del retraso en la PCC.....	207
3. La resolución en la PCC: plazo adicional y ejercicio extrajudicial .....	216
4. La coordinación de la mora con los remedios frente al incumplimiento .....	218
5. Conclusiones sobre la PCC y su tratamiento del retraso .....	222
III. El Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos de la Academia de <i>Iusprivatistas</i> de Pavía .....	223
1. Planteamiento del texto y elementos diferenciadores con respecto a otros instrumentos de modernización.....	223
2. La mora del deudor en el Código de la Academia de Pavía .....	227
3. Valoración general del texto y del tratamiento del retraso .....	240
<b>Capítulo V. Los textos que observan un sistema mixto o presentan casos dudosos de reconocimiento de la mora en su tratamiento del retraso.....</b>	<b>245</b>
I. La Directiva 2011/7/UE y la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales .....	246
1. Ámbito de aplicación y relevancia para el estudio de la mora desde la perspectiva del Derecho civil .....	247



2. Los mecanismos legales frente a la morosidad en las operaciones comerciales: el conjunto de mecanismos a disposición del acreedor .....	250
3. El impacto de la normativa de lucha contra la morosidad sobre otras normas y principios de nuestro ordenamiento jurídico .....	261
4. La caracterización del retraso en la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales.....	290
5. Valoración general de la normativa sobre morosidad y de su tratamiento del retraso .....	299
II. El CESL .....	302
1. Planteamiento del texto y ámbito de aplicación.....	302
2. El tratamiento del retraso en el CESL.....	306
3. Valoración global del tratamiento del retraso y del texto. Su trascendencia ..	322
III. El Anteproyecto de Código Mercantil .....	324
1. El contenido del ACM en materia de retraso .....	327
2. Algunas conclusiones que pueden extraerse de la regulación del retraso en el ACM.....	335
<b>Capítulo VI. Delimitación de los mecanismos que permiten dar eficacia al retraso en el cumplimiento.....</b>	<b>339</b>
I. Los mecanismos acogidos en los textos de modernización.....	339
1. El mero retraso relevante .....	340
2. La mora del deudor en su concepción tradicional.....	343
3. La mora del deudor según la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales y otros modelos mixtos que la siguen .....	347
4. La mora del deudor como requisito de acceso a los remedios.....	348
5. El <i>nachfrist</i> .....	352
II. Puntos de conexión y divergencia entre estos mecanismos .....	354
1. La relación entre el <i>nachfrist</i> y la que hemos denominado “mora del deudor como requisito de acceso a los remedios” .....	354
2. La distinción entre el <i>nachfrist</i> , la mora tradicional, y la “mora como requisito de acceso a los remedios” .....	361
3. La relación de estos mecanismos con otras comunicaciones del acreedor previstas en el Derecho anglosajón .....	379
<b>TERCERA PARTE: LA MODERNIZACIÓN DEL RETRASO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL .....</b>	<b>377</b>
<b>Capítulo VII. La implementación de los nuevos mecanismos relacionados con el retraso en el ordenamiento español .....</b>	<b>385</b>
I. La expansión del mecanismo <i>nachfrist</i> .....	386
1. El posible acogimiento de la figura en nuestro ordenamiento .....	386
2. Los problemas que plantea la adopción del mecanismo de notificación-resolución. El modelo de las normas y Propuestas españolas.....	399
3. La cuestión de la razonabilidad del plazo: ¿es el <i>nachfrist</i> la solución a la indeterminación que provoca el artículo 1124 CC?.....	418
II. La mora del deudor en la modernización del retraso .....	420

1. La utilidad de la mora. La necesaria diferenciación entre contratación profesional y contratación entre particulares .....	426
2. La compatibilidad de la mora con las nuevas tendencias. En particular, el requisito de la culpabilidad .....	437
3. Las conexiones entre la mora y el <i>nachfrist</i> : un posible mecanismo híbrido <i>nachfrist</i> -mora .....	443
III. Algunos apuntes sobre el posible nuevo modelo resolutorio .....	459
IV. Nuevas tendencias en materia de cláusula penal .....	464
1. Los presupuestos de la cláusula penal .....	464
2. El régimen general de la cláusula penal en las Propuestas de modernización españolas .....	468
3. La moderación de la cláusula penal .....	474
V. Recapitulación: la pluralidad de regímenes de retraso aplicables en función del tipo de contratación .....	479
1. Ideas generales: los distintos sectores de contratación en función de sus sujetos .....	479
2. Contratación entre particulares .....	484
3. Contratación con consumidores .....	487
4. Contratación profesionalizada .....	491
<b>Conclusioni / Conclusiones .....</b>	<b>495</b>
Italiano .....	495
Español .....	504
<b>Bibliografía .....</b>	<b>513</b>
<b>Índice de Jurisprudencia .....</b>	<b>551</b>
<b>Agradecimientos .....</b>	<b>555</b>

## Introducción

*Llevara don Fernando un mudado açor,  
non avia en Castiella otro tal nin mejor,  
otrossi un cavallo que fuera d'Almançor:  
avie de todo ello el rey muy grand sabor.*

*El rey, de grand sabor de a ellos llevar,  
luego dixo al conde que los querie comprar.  
—«Non los vendrie, señor, mas mandes los tomar;  
vender non vos los quiero, mas quiero vos los dar.»*

*El rey dixo al conde que non los tomaria,  
mas açor e cavallo que gelos conpraria,  
que d'aquella moneda mill marcos le daria  
por açor e cavallo si dar gelos queria.*

*Avenieron se amos, fizieron su mercado,  
puso quando lo diesse a dia señalado;  
si el aver non fuesse aquel dia pagado  
siempre fues' cada dia al gallarin doblado*

*Cartas por ABC partidas y fizieron,  
todos los paramentos alli los escrivieron,  
en cabo de la carta los testigos pusieron  
quantos a esta merca delante estovieron.*

*Assaz avia el rey buen cavallo conprado,  
mas salio le a tres años muy caro el mercado:  
con el aver de Françia nunca serie pagado,  
por y perdio el rey Castiella su condado.*

*Fueron todas las cortes desfechas e partidas,  
las gentes castellanas fueron todas partidas  
fueron todas las gentes del rey bien despedidas,  
tornaron a sus tierras d'onde fueron venidas<sup>1</sup>.*

Éstas son las estrofas 575 a 581 del medieval *Poema de Fernán González*, conocidas tradicionalmente con el nombre de “El caballo y el azor”. En ellas se cuenta la historia del negocio contraído entre el rey de Sancho I de León y el conde Fernán

---

1 Transcripción del castellano antiguo por Victorio, J., en *Poema de Fernán González*, 4ª edición, Ediciones Cátedra, Madrid, 1998. El original es anónimo.

González. Según cuenta el poema, el rey se encaprichó de dos animales propiedad del conde —un caballo y un azor, de gran valor—, y éste se los quiso regalar. Queriendo comprarlos el rey, finalmente llegaron a un acuerdo: se fijó una suma y se determinó que, de no quedar producido el pago en el día indicado, se devengarían intereses diarios *al gallardín doblado*, esto es, que cada día de retraso se doblaría la cantidad acordada. Llegado el día fijado para el pago, el rey leonés no pudo conseguir los fondos necesarios para pagar la suma pactada; situación que se perpetuó en el tiempo. Alcanzados los tres años de retrasos, Sancho I terminó por no poder hacer frente a la deuda de manera alguna, y la única forma que encontró de poder pagar al conde fue la de conceder la independencia del entonces el condado de Castilla y entregársela a Fernán González en pago.

Esta historia, que se utiliza para explicar el modo en que Castilla consiguió la independencia de León, sirve para poner de manifiesto de manera muy explicativa las extraordinarias consecuencias que el retraso en el cumplimiento de las obligaciones puede llegar a tener. Y es que, desde los orígenes del Derecho tal y como lo conocemos en la actualidad, por lo menos, la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones ha sido una de las cuestiones que han preocupado a los juristas, que han tratado de establecer medidas frente al retraso que fueran eficaces para proteger los intereses de los acreedores y también, según la época, más o menos benévolas o justas para con los deudores.

De esta preocupación surgen figuras jurídicas como los intereses, la mora del deudor, o la usura; y su evolución va de la mano del sistema económico, social y político de una sociedad que en ningún caso puede sustraerse del paso del tiempo y de sus efectos, que todo lo impregnan, y muy en particular configuran en gran medida los intereses de los sujetos que se vinculan merced a una relación obligatoria.

En el momento y lugar presentes, el retraso en el cumplimiento viene determinado por un Código Civil de 1989 y algunas normas especiales. En la medida en que el tiempo, como decimos, lo impregna todo, resultaría imposible ocuparnos —en un espacio razonable— de todas las cuestiones que, de manera directa o indirecta, pueden tener que ver con el retraso en el cumplimiento. No obstante, la doctrina general sobre el retraso en las obligaciones civiles sirve para ofrecer un estudio de interés sobre las distintas figuras y reglas que en esta materia disciplinan las distintas obligaciones.

Además de esto, en la actualidad se da una circunstancia que añade un ámbito ciertamente distinto a la discusión. Y es que, junto a la regulación general del retraso producida en España, existen una serie de textos e iniciativas de origen europeo que durante las últimas décadas han venido propugnando una actualización unificada del Derecho de obligaciones y contratos. Esta corriente, que se ha denominado *movimiento*

*de modernización*, incide también en la forma en que el retraso es concebido y regulado, así como en sus efectos. Y, resultando que su influencia alcanza decididamente a la doctrina y a la jurisprudencia, cuando no llega a dar lugar a tangibles reformas legislativas, se hace precisa estudiar la forma en que sus dictados pueden terminar por afectar a nuestro propio sistema

Se verá también que, si hemos dicho que la concepción de los efectos del retraso podía entenderse estrechamente relacionada con el contexto económico, entre otros, esta idea se extiende también sobre la concreta regulación del retraso que se hace en estos textos, y que viene a proyectarse sobre una realidad —la española— en la que algunos de los axiomas tradicionales del Derecho de obligaciones y contratos también son cuestionados.

Con el fin de llevar a cabo un estudio del Derecho español y sus disposiciones en materia de retraso así como de la regulación que en estos instrumentos de modernización se propone en relación con este tema, y de la relación entre ambos elementos, se ha elegido una sistemática que divide el trabajo en tres Partes diferenciadas.

En la Parte Primera, compuesta por los Capítulos I y II, se ofrece una visión general sobre el incumplimiento y el retraso desde dos perspectivas: en primer lugar, en el Capítulo I, se habla del nuevo concepto de incumplimiento propio de los textos de modernización y de su concepción básica del retraso, al tiempo que se ofrece una panorámica sobre los distintos mecanismos relacionados con el retraso en el cumplimiento, a modo de presentación de los mismos, en la que se anticipan las posibles cuestiones que en torno a los mismos pueden quedar afectadas por las nuevas tendencias. Entre otros, se relacionan la mora del deudor, los aplazamientos y, en particular, el *nachfrist*, la resolución o la cláusula penal. En segundo lugar, el Capítulo II ofrece un estudio dedicado a la que probablemente sea la cuestión más importante, desde el punto de vista de los basamentos del sistema, para comprender el funcionamiento del retraso en el cumplimiento en el ordenamiento español: las relaciones entre el retraso y la mora del deudor. De este modo, se consigue ofrecer los dos puntos de partida (el del movimiento de modernización y el de nuestro Derecho) que permitirán entender la relación entre ambos y desarrollar el estudio posterior.

La Parte Segunda, compuesta por los Capítulos III a VI, viene dedicada principalmente al análisis crítico de algunos de los textos de modernización. Para desarrollar este examen, se ha elegido un criterio concreto que nos permite diferenciar entre los distintos objetos que se analizan. En particular, y habiéndose hecho referencia previamente a que una de las cuestiones fundamentales en materia de retraso en nuestro ordenamiento es la relación entre la mora y el retraso, o, más bien, diríase, la distinción

entre mora y retraso, el criterio de distinción escogido es si el texto mantiene o no la mora del deudor en el sistema que plantea. Aunque éste no es el único mecanismo relacionado con el retraso que se analiza en el trabajo o que resulta de nuestro interés, nos permite discriminar entre los distintos textos en función de una referencia bien conocida por el jurista español y que, además, se constituye en elemento claramente diferencial entre unas y otras iniciativas.

Seleccionado el criterio clasificador de los textos, el Capítulo III se dedica a los que eliminan la mora del deudor de sus sistemas; el Capítulo IV, a aquéllos que la mantienen de manera expresa; mientras que el Capítulo V recoge aquéllos otros que bien presentan modelos mixtos, en los que la mora del deudor se une a otras formas de retraso igualmente eficaces, bien modelos en los que la identificación de esta institución puede ser, de entrada, un tanto dudosa.

El Capítulo III, en primer lugar, hace referencia a lo que podríamos entender que compone el modelo general en materia de retraso e incumplimiento: hablamos de los instrumentos de referencia a gran escala; de aquéllos que sientan gran parte de los principios que serán tomados posteriormente por otras iniciativas. En este marco, aunque también se hace referencia a la regulación de algunos de los textos más importantes en la materia (la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios Unidroit, los Principios de Derecho Contractual Europeo o el Borrador de Marco Común de Referencia), el análisis de los principios generales de estos textos se incorpora, sobre todo, a través del examen de la española Propuesta de Modernización del Código Civil, en la que las pautas de los instrumentos de referencia se reproduce de manera esencialmente fiel. En particular, se cuestiona el régimen de retraso que este modelo acoge, tomando como base, de nuevo, la distinción entre mora y retraso.

En el Capítulo IV se realiza una exposición detallada de tres textos que mantienen la mora de manera clara y expresa. Estos textos son la reforma del *Code Civil* francés de 2016, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil y, en último lugar, el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavía. Además del hecho de que los tres compartan la inclusión expresa de la mora del deudor, su examen diferenciado responde a otras razones. En relación con la reforma del *Code Civil* francés, en primer lugar, su relevancia es innegable, en cuanto a que compone Derecho vigente e introduce, además, algunos de los mecanismos propios del *movimiento modernizador*. La Propuesta de Código Civil de la Asociación, por otra parte, tiene el interés evidente de que se trata de una propuesta española que, además, es la última de las publicadas en nuestro país. En tercer lugar, el Anteproyecto de la Academia de Pavía, aunque no reúne ninguna de las características antedichas, ofrece una regulación del retraso que resulta particularmente llamativa, por cuanto, además de

suponer uno de los primeros textos elaborados en la corriente modernizadora del Derecho de obligaciones y contratos, se distingue de todos ellos en un buen número de soluciones que pueden resultar de interés para nuestro estudio. Además, se diferencia porque, situándose su redacción en los primeros compases del movimiento modernizador, opta por mantener un equilibrio con los mecanismos tradicionales del Derecho continental que no se observa en otros textos quizá más influyentes; y, por lo que hace al criterio que hemos utilizado para dividir el estudio de los textos, elige también mantener la mora del deudor en su articulado.

El Capítulo V está compuesto, también, por el análisis de tres textos. En primer lugar, se desarrolla la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, de origen comunitario, y, en particular, la española Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Al igual que la reforma del *Code Civil*, comenzamos el Capítulo hablando de Derecho vigente, que además, en este caso, se promulga con el preciso objeto de ordenar las consecuencias del retraso —y prevenir, con ello, la morosidad— en un determinado grupo de obligaciones. Igualmente, estas normas van a influir también en los otros dos textos que junto a ellas se agrupan en el Capítulo V. En segundo lugar, se estudia la Propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL); un instrumento de origen oficial (comunitario) pero que no ha llegado a ser aprobado, no obstante lo cual su influencia, tratándose de un texto más reciente que otros, ha sido considerable en los últimos años, tanto en el ámbito académico, como incluso en otros ámbitos de carácter oficial (así, por ejemplo, es una de las fuentes directas de inspiración del recientemente aprobado Libro Sexto del Código Civil Catalán). Por lo demás, este texto ofrece un tratamiento del retraso que se distingue con respecto a lo que puede verse en otras Propuestas, que recibe influencia de la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales, y que, también, parece reconocer la figura de la mora del deudor. En último lugar, se hace una reseña del Anteproyecto de Código Mercantil; que, aunque resulte un texto, en principio, un tanto ajeno a nuestro ámbito de estudio, ofrece soluciones a tener en cuenta, especialmente, considerando que se ha producido en nuestro país y que lo que para las obligaciones de carácter comercial se disponga no puede resultar, en ningún caso, de nulo interés para quien estudia el Derecho Privado.

Para cerrar esta Parte, el Capítulo VI se concentra en analizar de manera sistemática los distintos mecanismos que en los textos examinados se utilizan para dar relevancia al retraso. En este Capítulo se trata de resolver algunas dudas que estos modelos dejan irresueltos, así como, principalmente, de delimitar correctamente todas estas instituciones, que en ocasiones presentan perfiles que pueden dar lugar a confusión en el ámbito de la práctica (así como en el de la doctrina).

Hecho el estudio de los textos de modernización seleccionados y su tratamiento del retraso, fijándonos en cada caso en lo que resultara más particular o significativo de cada uno de ellos, y después sistematizando los *vectores* del retraso utilizados por los mismos, la Parte Tercera traslada el examen al ordenamiento español, desde la perspectiva de la modernización, y al de los distintos mecanismos relacionados con el retraso que se introducían en el Capítulo I. Además de ponerse de manifiesto algunos aspectos de nuestra legislación vigente, esta Parte sirve también como ejercicio expositivo de las cuestiones que, en una posible reforma de nuestro Derecho de obligaciones y contratos producida al albor de las corrientes modernizadoras, habrían de ser tenidas en cuenta, así como de sus problemas y posibles resultados; añadiendo, también, algunas sugerencias concretas.

Así, el Capítulo VII comienza exponiendo la difusión del mecanismo *nachfrist* en nuestro ordenamiento; desde las normas que ya lo contemplan, hasta las Propuestas que le otorgan una eficacia general, estudiando su acogimiento por doctrina y jurisprudencia, y contraponiendo sus ventajas con sus inconvenientes y los problemas que su regulación deja traslucir. En segundo lugar, este Capítulo se centra en la mora del deudor y, principalmente, en estudiar si su aplicación puede resultar de utilidad en el marco de las nuevas tendencias, así como los problemas de compatibilidad que de esta relación podrían desprenderse. A su vez, se anotan los aspectos de la mora que deberían ser objeto de revisión para su posible coordinación con el sistema propuesto por la generalidad de los textos de modernización, y, por último, y teniendo en cuenta su posible coordinación con el mecanismo *nachfrist*, se expone una propuesta en torno a un posible mecanismo híbrido de actuación conjunta de ambas figuras. Además de estos dos grandes bloques, en el Capítulo VII se añaden algunas notas sobre el modelo resolutorio que podrían introducir las nuevas tendencias, a mayor abundamiento con respecto a lo ya dicho a lo largo del trabajo; y por último, se fija la atención sobre la cláusula penal, y, en concreto, sobre la configuración que de ésta se hace en las Propuestas españolas, en comparación con la regulación actual de la misma en el Código Civil. El Capítulo se cierra con un epígrafe destinado a exponer, a modo de recapitulación, los distintos regímenes de retraso que atañen a los distintos sectores de contratación que hemos establecido. Para ello, en primer lugar, se realiza una exposición sobre los criterios que se han aplicado para dividir el fenómeno de la contratación en varios sectores, para, posteriormente, realizar una explicación de los regímenes que corresponden a cada uno de ellos. Se utilizan tres perspectivas superpuestas: se habla tanto del régimen actualmente vigente, como del régimen que podría aplicarse a propósito de las distintas Propuestas modernizadoras estudiadas, como, por último, del régimen que se propone para alguno de los sectores o para alguno de los aspectos de su regulación.



**PRIMERA PARTE:**  
**EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE**  
**LAS OBLIGACIONES**



# Capítulo I. El nuevo concepto de incumplimiento y el retraso como incumplimiento autónomo

**Sumario:** I. LA EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO: 1. La evolución del concepto en Derecho español: 1.1. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Tipos de incumplimiento; 1.2. La evolución hacia un concepto objetivo de retraso en el ordenamiento español; 2. La modernización del Derecho de obligaciones y contratos y las nuevas tendencias en materia de incumplimiento: 2.1. Las nuevas tendencias en el ámbito europeo: 2.1.1. El movimiento de modernización del Derecho de obligaciones y contratos; 2.1.2. Las definiciones de incumplimiento de los textos modernizadores; 2.1.3. El sistema de remedios frente al incumplimiento; 2.1.4. La exoneración de algunas consecuencias del incumplimiento; 2.2. Las influencias del movimiento de modernización del Derecho de obligaciones y contratos en España. II. EL RETRASO COMO INCUMPLIMIENTO: 1. El retraso como situación de pendencia. Doctrina general sobre el retraso y la mora como incumplimiento. 2. El retraso como modalidad de incumplimiento en los textos de modernización. III. LOS MECANISMOS RELACIONADOS CON EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO: 1. La mora; 2. Los aplazamientos: 2.1. Los aplazamientos en general; 2.2. El *nachfrist* o mecanismo de notificación-resolución. 3. Los remedios frente al incumplimiento relacionados con el retraso: 3.1. La enumeración de los remedios que pueden cobrar relevancia a propósito del retraso; 3.2. La resolución. Su relación con el retraso. 4. La cláusula penal

## I. La evolución de la noción “incumplimiento”

### 1. La evolución del concepto en el Derecho español

#### **1.1. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Tipos de incumplimiento**

El cumplimiento de las obligaciones es la primera causa de extinción de las mismas. Así se refleja en el artículo 1156 del Código Civil, en el que se hace referencia al mismo llamándolo *pago*. En efecto, las partes se adentran en una obligación, en principio, para

cumplirla, y éste es, así, el destino común y normal de las mismas<sup>2</sup>: si las partes se encuentran obligadas a algo en concreto (a *dar, hacer, o no hacer alguna cosa*, que es en lo que, según el artículo 1.088, toda obligación consiste), es claro que toda obligación tendrá un fin concreto, un fin último, cuya adecuada consecución, según los términos de la propia obligación, y dándose una serie de requisitos previstos en la Ley, habrá de llevar a las partes al cumplimiento de la obligación.

No obstante, el cumplimiento puede también ser entendido de otras maneras: Beltrán De Heredia, en su obra de 1956 dedicada al cumplimiento de las obligaciones, ya advertía de que éste era, o es, “algo más” que un modo de extinción de las obligaciones, y que contemplarlo únicamente de esta manera era quedarse a las puertas de lo que el fenómeno del cumplimiento realmente supone<sup>3</sup>.

Ahora bien, aunque el cumplimiento es el fin “normal” de la obligación, a poco que uno bucee en la práctica jurídica, podrá observar cómo su incumplimiento no es un fenómeno precisamente infrecuente. Y, siendo el Derecho —o debiendo ser— un espejo de la realidad social, y, en todo caso, un instrumento útil para regular los avatares de la vida cotidiana, el incumplimiento adquiere una importancia capital en cualquier sistema jurídico.

Cumplimiento e incumplimiento son los dos destinos posibles del fenómeno obligacional<sup>4</sup>: una obligación nace para ser cumplida, y, o bien se le da ese destino típico, o bien termina por ser incumplida. Sin embargo, las fronteras entre ambos conceptos no están siempre claras, y, aún más, según una gran variedad de circunstancias que pueden rodear ambos fenómenos, encontraremos que pueden diferenciarse varias tipologías de los mismos. A la postre, resulta que cumplimiento e incumplimiento no son fenómenos sencillos ni tampoco absolutos.

La particular interrelación que experimentan ambos conceptos determina que, incluso aunque ambos puedan definirse autónomamente, parezca necesario conocer

---

2 Para Castán, “el efecto cardinal de la obligación es su ejecución o cumplimiento” (1988, p. 205). Según Rivero, el cumplimiento es, respecto de las obligaciones, “el momento más importante de su devenir jurídico y práctico-real, su ‘hora de la verdad’” (1985, p. 183). *Vid.* también Gutiérrez Fernández, 1871, p. 51; Sánchez Román, 1899, pp. 298 y ss.

3 Beltrán de Heredia conceptualizaba el cumplimiento como un momento en el que la obligación todavía está viva y refería cómo la doctrina de otros ordenamientos europeos, como la italiana y la suiza, entendía que el cumplimiento podía ser visto igualmente como un efecto de la obligación (1956, p. 19). En este último sentido, y con cita, precisamente, de Beltrán De Heredia, *vid.* Rivero, 1985, p. 184; también, Cardenal Fernández, 1979, p. 29.

4 Según Díez-Picazo, cumplimiento e incumplimiento son “las dos grandes alternativas en que puede desembocar el vehículo dinámico en que la obligación consiste” (2008, p. 541). Para Castán, son los dos efectos directos de las obligaciones (1988, p. 208).

primero qué es el cumplimiento, para poder delimitar cada uno de los conceptos y las posibles zonas grises entre ambos.

Del cumplimiento existen distintas concepciones, más o menos amplias<sup>5</sup>, que en gran medida responden a si la cuestión se contempla desde la perspectiva del deber jurídico que pesa sobre el deudor, o desde la perspectiva del derecho o interés del acreedor<sup>6</sup>. *Grosso modo*, podemos decir que el cumplimiento exacto de la obligación es el que se da cuando el *solvens* lleva a cabo la prestación de manera completa y perfecta, y entrega la cosa o ejecuta la prestación en que la obligación consistía con fidelidad absoluta a las previsiones de las partes, en su caso, y cumpliendo con los requisitos legalmente dispuestos al respecto de tal forma que se obtiene la satisfacción del interés del acreedor, la liberación del deudor y, consiguientemente, la extinción de la relación obligatoria<sup>7</sup>.

Es posible que el concepto de incumplimiento sea más complejo todavía<sup>8</sup>. El incumplimiento no sólo se determina por un “no hacer” aquello que se debía cumplir, sino que, además de ser un fenómeno dinámico, la causa por la cual se incumple cobra relevancia de tal forma que da lugar a diversas clases de incumplimiento en función tanto de las circunstancias en las cuales se produce el incumplimiento, como de la configuración de la propia obligación.

---

5 *Vid.*, por todos, Beltrán de Heredia, 1956, p. 208; Rivero, con un concepto que ha sido destacado por su originalidad (*vid.* Díez-Picazo, 2008, p. 543), indicando, además, que, en su opinión, el Código Civil mantiene una concepción amplia de incumplimiento (1985, pp. 183, 185); Baraona González, 1998, pp. 89, 96, 92; Albaladejo, 2011, p. 169. En el ámbito jurisprudencial, se ha manejado en los últimos tiempos una definición de cumplimiento según la cual “todo acto que comporte una exacta ejecución de la prestación debida reportando la satisfacción del interés del acreedor” (Entre otras, la STS de 4 de marzo de 2013).

6 *Vid.* Díez-Picazo, 1969, p. 387; *id.*, 2008, p. 647; Rivero, 1985, p. 184.

7 Estas tres últimas notas se identifican con los requisitos objetivos del pago, que Albaladejo destaca al conceptualizar el cumplimiento (2011, p. 122), y a las que también hacen referencia otros autores, como Díez-Picazo (2008, pp. 541, 542).

8 Díez-Picazo expresa que el concepto de incumplimiento es “aparentemente sencillo, pero sólo aparentemente sencillo”, para decir, a continuación, que “la doctrina navega en este punto por un mar de confusiones” (1969, p. 385) y que, aunque en nuestra doctrina y jurisprudencia es habitual contraponer los conceptos de cumplimiento e incumplimiento, pero que en éste segundo, verdaderamente, influyen otros componentes que lo “complican y hacen que pueda poseer cargas diferentes de sentido” (2008, p. 647). Roca Trías indica que el hecho de que el Código Civil no sólo no defina el incumplimiento, sino que ni siquiera describa las situaciones que lo producen ha tenido como consecuencia que no se sepa a ciencia cierta en qué consiste el incumplimiento, obligando a la jurisprudencia a tratar de encontrar soluciones razonables a los problemas que se presentan (2011, p. 5).

Podemos situarnos, para ilustrar las diferentes modalidades de incumplimiento según una clasificación mayoritariamente aceptada, y sin perjuicio de otras posibles clasificaciones<sup>9</sup>, en el supuesto típico de la obligación positiva de hacer, en la que el deudor debe efectuar una prestación consistente en desplegar una actividad concreta. Llegado el momento de cumplimiento de la obligación, existen, básicamente, dos posibilidades: que el deudor no haga nada, o que haga algo<sup>10</sup>.

Dentro de la primera posibilidad, la inactividad del deudor podrá suponer un incumplimiento definitivo, por ejemplo, en los supuestos en que se hubiera pactado un término esencial, que no admite posterior cumplimiento, o bien supondrá inicialmente un retraso, que podrá desembocar en un incumplimiento definitivo<sup>11</sup> o un cumplimiento tardío según que se mantengan, o no, la posibilidad de cumplimiento y el interés del acreedor en el mismo. En este segundo caso, estaremos ante un incumplimiento definitivo, como veremos, cuando no sea razonable hacer esperar más al acreedor, o cuando el propio retraso sea capaz de provocar que el interés del acreedor desaparezca.

O, por otra parte, podremos encontrarnos ante un retraso que no impida la posibilidad de cumplir la obligación con satisfacción del interés del acreedor. En este caso nos encontraremos, inicialmente, ante un retraso en el cumplimiento, que podría seguirse de un cumplimiento tardío, sin perjuicio de que este cumplimiento pudiera verse acompañado de otras consecuencias derivadas de dicho retraso.

La segunda posibilidad referida, consistente en que el deudor lleve a cabo una actividad distinta a la prestación debida, nos dejaría ante lo que se conoce como un

---

9 *Vid.*, por todos, Castán, 1951, p. 117 (que distingue entre el incumplimiento propio o “verdadero” y el incumplimiento impropio, dentro del cual se incluiría, como hipótesis más importante, la del incumplimiento con relación al tiempo); Díez-Picazo, 1969, p. 385-387; Jordano Fraga, 1987, p. 35; o Díez-Picazo Giménez, con variaciones sobre la clasificación de Díez-Picazo (1996, pp. 380 y ss.).

10 Díez-Picazo, al hablar del “amplio abanico” en que pueden consistir lo que denomina como “lesiones del derecho de crédito”, se refiere también a estas dos posibilidades, refiriéndose a la primera como “omisión de prestación”, y describiendo la segunda como aquella situación en la que el deudor ha llevado a cabo actos dirigidos al cumplimiento de la obligación y, por tanto, a la ejecución de la prestación, pero que no coinciden o no se ajustan al programa o al proyecto de la prestación (2008, pp. 654 y 655).

11 Existen, además, otras posibles causas de incumplimiento definitivo. Siguiendo a Díez-Picazo (2008, p. 765), se podrían añadir, además de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la imposibilidad temporal con frustración del fin del negocio, la voluntad inequívoca del deudor de no cumplir, la violación de una obligación negativa y la falta de obtención del resultado en las obligaciones de resultado. Delgado Echeverría (1985a, p. 223), por su parte, distingue entre varios supuestos de incumplimiento: el deudor se retrasa en cumplir, siendo todavía posible el cumplimiento; el cumplimiento es definitivamente imposible; el deudor ha realizado prestación inexacta; el deudor no quiere cumplir.

cumplimiento defectuoso. Este cumplimiento defectuoso puede, por su parte, dar lugar al cumplimiento de la obligación, si se corrigen los defectos que concurrían en la ejecución de la prestación o si ésta se presta de nuevo de manera perfecta, o bien suponer un incumplimiento definitivo, si no se corrigen estos defectos y llega un momento en el que ya no pueden corregirse o, en definitiva, termina por no verificarse la ejecución de la prestación correcta.

Esta clasificación permite distinguir entre el cumplimiento defectuoso y el retrasado —que en algunas concepciones clásicas, sobre todo, se han entremezclado<sup>12</sup>—, lo cual es útil a efectos de los distintos remedios que pudieran aplicarse en uno y otro caso, en función de los distintos tipos de incumplimiento<sup>13</sup> (también podría ser aplicable en nuestro ordenamiento respecto a algunos efectos del incumplimiento<sup>14</sup>), y sin perjuicio de que en los supuestos de incumplimiento defectuoso pueda entenderse que concurre, también, un retraso respecto a la prestación debida<sup>15</sup>.

---

12 Todavía se ve, recientemente, en Moratilla Galán, 2010, p. 325. *Vid.*, sobre esta cuestión, Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 398, 399. En la jurisprudencia, *vid.* las STSS de 18 de marzo y de 21 de julio de 2014, para el cumplimiento tardío como cumplimiento defectuoso.

13 Así, por ejemplo, el mecanismo *nachfrist* suele entenderse aplicable sólo a los casos de retraso, y no a los de falta de conformidad o incumplimiento defectuoso, de igual modo que el remedio de reducción del precio se vincula con la falta de conformidad (en contra, Vaquer Aloy, 2003, p. 542), como también en algunos sistemas se exige, para los casos de falta de conformidad, agotar el remedio de cumplimiento antes de acudir a la resolución (San Miguel Pradera, 2011, p. 1482 y ss.), o en materia de consumo se prevén soluciones diferentes para ambos supuestos de incumplimiento.

14 Así, en relación con los supuestos a los que se aplican la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*. En este sentido, las STSS de 3 de diciembre de 1992, 22 de octubre de 1997, 20 de junio de 2002, 26 de junio de 2002, y otras que las citan, incluyendo algunas más recientes como las de 26 de febrero de 2013 y 19 de abril de 2013, indican que la *exceptio non adimpleti contractus* sólo cabe frente al incumplimiento de una obligación básica en la relación, no siendo suficiente el incumplimiento defectuoso o el de prestaciones meramente accesorias. Todavía más clara, la STS de 4 de marzo de 2013 indica que la *exceptio non adimpleti contractus* procede ante el incumplimiento de la parte, no cuando ésta ya ha cumplido, aunque dicho cumplimiento sea defectuoso o parcial.

15 En este sentido, Carrasco González, 2014, p. 291. En la jurisprudencia, entre otras, es muy clara la STS de 25 de febrero de 1983, comentada por Albaladejo (2011, p. 186). En sentido contrario, Díez-Picazo Giménez, quien, si bien estima que todo deudor incumplidor puede ser puesto en mora, lo que podría encajar en este planteamiento, considera que cuando se ha hecho algo por parte del deudor, y se ha hecho mal, o parcialmente, el incumplimiento no se entenderá retrasado, sino defectuoso o parcial, según el caso (1996, pp. 392, 416, 420, entre otras).

## **1.2. La evolución hacia un concepto objetivo de retraso en el ordenamiento español**

El concepto de incumplimiento, al margen de las distintas concepciones más o menos amplias sobre el mismo, ha venido experimentando una notable evolución en las últimas décadas a propósito de la cuestión de la imputabilidad del incumplimiento al deudor, que ha dividido a la doctrina en dos distintas corrientes o líneas de pensamiento, sin perjuicio de posibles posicionamientos intermedios<sup>16</sup>.

En primer lugar, las corrientes subjetivistas, en una explicación somera, estiman que existe un incumplimiento sólo cuando el deudor haya incurrido en culpa o negligencia con su actividad u omisión. Las de corte objetivista, en segundo término, entienden que el cumplimiento se hace depender de la efectiva satisfacción de los intereses del acreedor, independientemente de la concurrencia o no de culpabilidad por parte del deudor<sup>17</sup>.

La relevancia de la distinción se halla en el hecho de que se acogerá un concepto de incumplimiento más o menos amplio y con diverso contenido según si se estima que éste comprende únicamente la infracción de los deberes de conducta del deudor, o más bien se refiere a la lesión del derecho de crédito del acreedor, que ve frustrados los intereses que tenía a propósito del contrato<sup>18</sup>. Finalmente, defender una cosa u otra dependerá de si se otorga preponderancia a la figura del acreedor y a sus intereses o a la actividad desplegada por el deudor<sup>19</sup>.

---

16 *Vid.* Badosa Coll (1991, pp. 35, 36); Jordano Fraga (1987, p. 38); o Díez-Picazo Giménez, para quien la discusión entre una corriente y otra carece de importancia, ya que ambas negarían el binomio incumplimiento-culpa, en el sentido de que lo que realmente se discute es si la responsabilidad proviene de la falta de diligencia (cosa que defenderían las corrientes subjetivistas) o de la falta del suceso que suponga un caso fortuito (según las corrientes objetivistas), y, siempre según la autora, es lo mismo decir que hay responsabilidad si hay culpa, que decir que hay responsabilidad si no hay caso fortuito, y concluyendo que en ningún ordenamiento se instaura la responsabilidad por culpa, estando sólo ante diferentes formas de entender el caso fortuito (pp. 176, 177, 360).

17 Respecto a la contraposición entre los sistemas de responsabilidad subjetivistas y objetivistas, que es una distinción que no siempre es sencilla de explicar, nos gusta especialmente, por su claridad, lo que dice Palazón Garrido al respecto, cuando identifica a los sistemas subjetivos como aquéllos que parten de la culpa del contratante incumplidor, y a los objetivos como aquellos en los que el incumplimiento se podrá justificar a partir de una causa de exoneración de la responsabilidad (2016b, p. 975).

18 Morales Moreno, 2014, p. 26.

19 En este sentido Jordano Fraga dice que se trata de un conflicto entre la tutela de una u otra parte de la relación jurídica (1987, p. 68). *Vid.* también a Delgado Echeverría (1985a, p. 223).



El sistema español ha sido tradicionalmente entendido como subjetivista sobre la base de la mención específica del dolo y la culpa contenida en el artículo 1101 CC, y en este sentido se ha expresado la generalidad de nuestra doctrina clásica<sup>20</sup>.

Durante los últimos años, empero, la posición objetivista ha ido sumando adeptos. Muy probablemente, el primer autor en plantear los postulados propios de esta corriente en nuestro país<sup>21</sup> fuera Puig Brutau, seguido por Jordano Fraga; autores que son reconocidos por la doctrina como precursores en esta materia<sup>22</sup>.

A partir de aquí, comienzan a surgir distintas voces que estudian el incumplimiento desde ese nuevo enfoque objetivista en convivencia con la doctrina tradicional, subjetivista, que hasta tiempos muy recientes ha seguido ostentando primacía<sup>23</sup>. Particularmente destacable es Pantaleón Prieto, con su obra de 1993 “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual” (precedida de otras en las que ya comenzaba a mostrar algunas de estas ideas<sup>24</sup>). En esta obra, que expone y, en nuestra doctrina, asienta por primera vez las bases de esta nueva responsabilidad contractual en los términos en los que actualmente se articula la cuestión —suponiendo, así, una importante influencia en la cuestión para autores posteriores—, el autor defiende la necesidad de adoptar un Derecho del incumplimiento unitario, válido para toda

---

20 Es representativa la obra de Castán, que relaciona el incumplimiento únicamente con el dolo y la negligencia, indicando que en cualquier otro caso no se podrá tener al deudor como responsable de la falta de cumplimiento (1988, p. 210). Entre autores más recientes, Albaladejo relaciona el incumplimiento con un comportamiento doloso o, cuando menos, culposo por parte del deudor, expresando que la falta de cumplimiento de la obligación será responsabilidad del deudor cuando se deba a su culpa (o dolo) o, excepcionalmente, cuando, sin ser así, lo establezca la ley o la obligación, o cuando concurren otras causas (como la mora) (2011, pp. 172, 173).

En contra, Díez-Picazo Giménez considera que el sistema del Proyecto de 1855 era de corte subjetivista (1996, pp. 120, 121).

21 En la doctrina italiana, Osti cuestionaba ya en 1973 la necesidad de culpa (1973, pp. 74-78, 111-113, 462-465), al igual que Giorgianni, poco después, tanto para el incumplimiento como, de manera muy avanzada, para sus efectos, con excepción del remedio indemnizatorio, al que sí conecta con la imputabilidad, salvo en las pecuniarias (1975, pp. 29, 30, 315, 323, 324).

22 El propio Jordano Fraga dice que sólo Puig Brutau ha recogido estas ideas con anterioridad en la doctrina española (1987, pp. 26, 27). Posteriormente, Díez-Picazo los reconoce a ambos como los primeros autores en desarrollar el incumplimiento desde un punto de vista objetivo (2008, pp. 714 y 715).

23 Baste comprobar que, en la última edición del volumen dedicado a las relaciones obligatorias de los *Fundamentos* de Díez-Picazo, publicado en el año 2008, el autor todavía se refiere a la línea subjetivista como “predominante” (y piénsese que, en este momento, ya se habían publicado muchas de las Propuestas de modernización de las que a continuación se hablará) (p. 712).

24 *Vid.* su obra de 1991 “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”.

desviación del programa contractual<sup>25</sup>; una línea de pensamiento que posteriormente, como veremos, se impondrá. También resulta remarcable, en una obra de factura más reciente, la de Morales Moreno<sup>26</sup>.

Algunos de los argumentos típicamente objetivistas en contra de la posición opuesta, como los que esgrime Díez-Picazo, han venido dirigidos al hecho de que el principio *favor debitoris* no se adapta verdaderamente a las características de la economía actual, en la que los deudores no son siempre la parte más débil del negocio<sup>27</sup>, así como a la idea de que adoptar una visión subjetivista del incumplimiento equivaldría prácticamente a entender que las obligaciones quedan cumplidas a través de la mera diligencia del deudor<sup>28</sup> (olvidando, por tanto, el derecho del acreedor a que se satisfagan sus intereses, y pudiendo propiciar el incumplimiento de las obligaciones<sup>29</sup>), o de que no es procedente alojar el incumplimiento de las obligaciones en el ilícito civil<sup>30</sup>.

En la actualidad, y con el advenimiento de las nuevas tendencias europeas en materia de incumplimiento, de las que después hablaremos, podría decirse que la postura objetivista se ha consolidado, de manera que ya pocos dudan de que el incumplimiento, como noción, debe ser totalmente independiente de una idea de culpabilidad del deudor. No obstante, no se descarta que algunos efectos concretos del

---

25 Pp. 1720, 1721, 1737 y ss. Esta idea se observa también, entre otros, en Díez-Picazo Giménez, para quien existe una “uniformidad en los remedios previsto por el legislador de 1889 para cualquier tipo de lesión del derecho de crédito” (1996, p. 380; también, pp. 356-358, 380 y ss.).

26 “La modernización del Derecho de obligaciones”, en 2006, o, más recientemente, “La noción unitaria de incumplimiento en la propuesta de modernización del Código Civil”, en 2014.

27 Díez-Picazo cita a Ihering para expresar que en las economías desarrolladas no hay razón para defender dicha idea del *favor debitoris*, toda vez que gran parte de la población es acreedora de entidades como bancos y compañías de seguros, grandes entidades deudoras (2008, p. 650). No obstante, no parece inimaginable que estos supuestos pudieran tener regímenes propios, como veremos.

28 Sabemos que en las obligaciones de medios es la diligencia del deudor el factor que determina su cumplimiento, pero que esto no parece ni mucho menos predicable de otros tipos de obligaciones. Así lo han visto también muchos autores, que critican la concepción subjetiva del incumplimiento precisamente en este aspecto. Por ejemplo, Díez-Picazo sostiene que la visión subjetivista no explica suficientemente el sistema de nuestro Código, por cuanto arroja la idea de que el deudor podrá verse eximido de responder si prueba su falta de culpa, con lo cual la obligación queda reducida a un puro “deber de esfuerzo” (2008, pp. 648 y 714). En idéntico sentido, Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 369. Y, en la jurisprudencia, entre otras, la STS de 3 de abril de 2009.

29 Así lo estima Díez-Picazo Giménez, diciendo que potenciar la idea de la responsabilidad subjetiva resultaría en que muchos incumplimientos en los que no se pudiera probar la culpabilidad del deudor serían calificados como casos fortuitos, propiciándose, así, el incumplimiento de las obligaciones (1996, p. 143).

30 Díez-Picazo, 2008, p. 648.

incumplimiento pudieran todavía relacionarse a este criterio; en particular, la indemnización de daños y perjuicios<sup>31</sup>.

Por otra parte, esta evolución se ha dejado ver también en la jurisprudencia. La STS de 18 de julio de 2012 resume la evolución del concepto en sede jurisprudencial cuando dice que “el peso se ha trasladado progresivamente desde el elemento subjetivo de la culpa del incumplidor al elemento objetivo de la gravedad de la repercusión del incumplimiento en la economía del contrato y la frustración de las expectativas de la parte cumplidora, sin perjuicio de que la excusabilidad del incumplimiento sea un elemento a tomar en consideración”<sup>32</sup>.

En la jurisprudencia, la cuestión se ha tratado, en gran parte, a propósito de los requisitos de la resolución, que es, probablemente, la más grave de las consecuencias del incumplimiento. El tratamiento realizado por nuestros Tribunales ha dado lugar a una jurisprudencia “quebrada”<sup>33</sup>, consecuencia de la aplicación desigual de distintas pautas difíciles de trazar en torno a los presupuestos del incumplimiento resolutorio<sup>34</sup>.

Estas pautas han basculado a lo largo de los años<sup>35</sup> desde criterios que iban más allá, incluso, de la mera culpabilidad para rayar en el dolo<sup>36</sup>, como era el de la “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento” del deudor<sup>37</sup>, o el ambivalente “hecho

---

31 Ruiz-Rico Ruiz se refiere a la aplicación “incansable” del criterio de la culpa en materia de retraso por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso a pesar de la interpretación de una parte de nuestra doctrina (1990, p. 1899). Mucho más recientemente, dice Palazón Garrido que la lista de resoluciones del Tribunal Supremo que establecen la culpa como presupuesto del deber de indemnizar “sería interminable” (2016b, p. 975). En relación con el origen del resarcimiento como pena privada (y, posteriormente, también, como sanción), *vid.* De Cupis, 1975, pp. 749 y ss.

32 A pesar de esto, algún autor sigue manteniendo la posible necesidad de culpabilidad para la resolución, en una posición doctrinal residual (singularmente, Álvarez Vigaray, 2009, pp. 159-168).

33 Roca Trías, 2011, p. 5 y ss.

34 Entre nuestra doctrina, obras como la de Clemente Meoro (1998) o la más reciente de González Pacanowska (2013), entre alguna otra que se citará en este trabajo, destacan por otorgar una sistematización a los distintos criterios utilizados por los Tribunales en esta materia.

35 Para una exposición de los distintos criterios utilizados con referencias cronológicas, *vid.* Fernández Urzainqui, 1997, pp. 3 y ss., con cita de abundante jurisprudencia. Con referencia a los distintos términos utilizados, *vid.* Gómez Pomar, 2007, pp. 29, 30; San Miguel Pradera, 2011, pp. 1697 y ss.

36 Díez-Picazo Giménez, con cita de la STS de 5 de junio de 1989 (1996, p. 501).

37 Díez-Picazo comenta críticamente la relación entre este criterio y la culpa. Entiende que la cuestión de la imputabilidad es independiente con respecto a la resolución, en el sentido de que la culpabilidad del deudor no determina ni ha determinado, necesariamente, el decreto por el

obstativo que de modo definitivo e irreformable impide el incumplimiento”<sup>38</sup>, hasta los criterios objetivos que en la actualidad se manejan, como la necesidad de que el incumplimiento frustre el fin del contrato<sup>39</sup>.

Lo que puede decirse con cierta seguridad es que la jurisprudencia también se ha impregnado en los últimos años —al menos, mayoritariamente<sup>40</sup>— de la tendencia objetivadora que se aprecia de manera general en la doctrina<sup>41</sup>, y que también es tributaria de las nuevas tendencias europeas en materia de incumplimiento que comentaremos a continuación<sup>42</sup>.

---

Tribunal de turno de la resolución, como prueba el hecho de que en multitud de ejemplos se haya concedido dicha resolución ante casos de imposibilidad sobrevenida fortuita (2005, p. 15), o de que se haya aceptado, en otras ocasiones, el criterio del “hecho obstativo, que de un modo absoluto, definitivo e irreformable” impidiera el cumplimiento (p. 18), el cual, evidentemente, excluye también la concurrencia de culpa como requisito *sine qua non* (pp. 16-18, 27, 28, 92 y ss.).

38 *Vid.* San Miguel, 2011, p. 1700, y la jurisprudencia que allí se cita.

39 Por todas, la muy expresiva STS de 22 de diciembre de 2006.

40 *Vid.* San Miguel Pradera, 2011, pp. 1700, 1701. *Vid.* también el matiz que aporta González Pacanowska sobre la pervivencia de cierta *intencionalidad* en expedientes traídos de algunos de los textos de referencia en el movimiento modernización (2013, p. 8223)

41 Xiol Ríos apunta cómo “a pesar de la dicción del artículo 1101 CC, la jurisprudencia se ha esforzado por progresar hacia un entendimiento de la responsabilidad fundado en un criterio objetivo” (2011, p. 4).

42 Como resalta Gómez Calle, el afán modernizador del Tribunal Supremo es todavía más perceptible desde que existen estos textos y Propuestas de modernización, que son invocados “con cierta frecuencia” por el Tribunal, así como por las Audiencias Provinciales, estimando que ofrecen criterios para interpretar algunas de las normas de nuestro ordenamiento, tomando como justificación el dictado del artículo 3.1 CC en cuanto que admite la realidad social del tiempo en que las normas han de aplicarse como criterio interpretativo (2012, p. 31); normas entre las que se incluye, precisamente, el artículo 1124 CC, en materia de resolución (Clemente Meoro, 2011, p. 5).

## **2. La modernización del Derecho de obligaciones y contratos y las nuevas tendencias en materia de incumplimiento**

### **2.1. Las nuevas tendencias en el ámbito europeo**

#### **2.1.1. El movimiento de modernización del Derecho de obligaciones y contratos**

En los últimos años se han venido desarrollando una serie de textos de distinto calado y procedencia (desde convenios internacionales, hasta textos de origen doctrinal, profesional, con carácter incluso prelegislativo o legislativo) cuyo objeto principal es actualizar, modernizar y unificar el Derecho de obligaciones y contratos europeo<sup>43</sup>, en lo que podríamos llamar “movimiento de modernización del Derecho de obligaciones y contratos”.

Este movimiento, que tiene una gran incidencia en nuestro estudio, es bien conocido por la doctrina<sup>44</sup>. Se trata de un largo proceso, cuya fecha de inicio puede, con cierta seguridad, fijarse en el momento en el que se publica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena, en 1980 (en adelante, CISG, por sus siglas en inglés), de gran influencia<sup>45</sup>.

Se trata de un movimiento que supera con mucho la mera armonización entre los diferentes ordenamientos que conforman el espacio económico europeo para tratar de alumbrar un instrumento jurídico capaz de unificar, idealmente, las regulaciones de los

---

43 Y no sólo, pues no puede dejarse de lado la iniciativa que suponen los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos, los cuales son espejo de muchas de las concepciones que en el *soft law* europeo se manejan. En efecto, Morales Moreno destaca que en el proceso que ahora vivimos convergen bajo una misma idea de modernización no sólo los ordenamientos europeos, sino también muchos americanos (2011a, p. 1).

44 Especialmente enfático es Martínez Sanz, 2009, p. 509: “el primer temor que a uno le asalta a la hora de redactar una aportación sobre un tema como la unificación en materia de obligaciones y contratos a la luz de los nuevos desarrollos contractuales que se aprecian en Europa es el que deriva de la propia dificultad de poder decir algo nuevo sobre la cuestión”.

45 Morales Moreno dice que “la Convención nos ofrece el modelo” a partir del cual se desarrollan otros textos, y que, a pesar de referirse únicamente a “las ventas”, detrás de la misma puede apreciarse “una toma de postura dogmática frente a los problemas básicos del Derecho de obligaciones” (2011a, p. 2; *vid.* también 2006, pp. 26 y ss.). Roca Trías, por su parte, señala que, sin ser la reglamentación contenida en la CISG “rompedora”, obliga a plantear la reflexión sobre la necesidad de adaptar y modernizar las normas del Derecho interno de obligaciones (2011, p. 2).

Estados miembros en esta materia, habiéndose lanzado al aire en más de una ocasión la idea de un Código Europeo de Contratos<sup>46</sup>.

A pesar, no obstante, de que dicho proceso no haya dado los frutos que tal vez muchos esperaban (y que algunos autores han tildado de poco realistas, por excesivos<sup>47</sup>), y es posible que no llegue a darlos, no cabe afirmar que este proceso haya sido vacío. Este movimiento, a pesar de que el grueso de los textos que lo componen no son, y tal vez no sean nunca, Derecho vigente (se identifican con lo que se conoce como *soft law*<sup>48</sup>), ha sido capaz de ofrecer una serie de principios y mecanismos homogéneos, extraídos de sistemas jurídicos tan inicialmente dispares como los Derechos continentales y el Derecho anglosajón, con una influencia que no sólo se extiende al ámbito académico<sup>49</sup>, sino también al jurisprudencial, como veremos, e incluso al legislativo (así, la reforma del *Code civil* de 2016 o la del BGB alemán en 2002).

A lo largo de este trabajo iremos nombrando muchos de estos textos. Algunos son mencionados con mayor habitualidad por la doctrina (así, la CISG, los Principios Unidroit, los *Principles of European Contract Law* —en adelante, PECL—, el *Draft Common Frame of Reference* —en adelante, DCFR— o el *Common European Sales Law*, en adelante, CESL), pero se han de considerar como tales también otros textos, como el Proyecto Gandolfi o Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, los distintos Anteproyectos franceses, la propia reforma del *Code civil*, los Principios Ohadac, o las distintas Propuestas españolas de modernización, tanto mercantiles (incluyendo el Anteproyecto de Código Mercantil) como civiles (la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa de 2005, la Propuesta de Modernización del Código Civil Español en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 (PMCC, en adelante) —ambas obra de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación—, o la Propuesta

---

46 Vaquer Aloy habla de los primeros estadios en los que esa idea saltó al ámbito europeo tras varias resoluciones del Parlamento Europeo (las del 26 de mayo de 1989 y 6 de mayo de 1994, es decir, siempre tras la estela de la CISG de 1980) que apuntaban en este sentido (2015a, p. 23).

47 Vaquer Aloy, 2015a, p. 23.

48 Perales Viscasillas lo caracteriza como aquellos “textos normativos que no tienen fuerza de obligar en sí misma, lo que facilita su actualización y revisión, sino que dependen para su eficacia del acuerdo de las partes, a diferencia de otros instrumentos como las Convenciones o los Tratados Internacionales que, una vez producida su incorporación al Derecho interno y dándose sus condiciones de aplicabilidad, resultan inmediatamente aplicables a una transacción salvo que las partes decidan excluirlos” (2007b, p. 2).

49 Para Morales Moreno, aunque el proceso de modernización no dé como resultado un Código Europeo, sí habrá tenido el resultado de establecer un lenguaje común a todos los ordenamientos de la zona de influencia de este movimiento (2011a, p. 2). En el mismo sentido, Hesselink, 2001, p. 13.

de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en 2016<sup>50</sup>); por no contar la influencia de las Directivas emitidas por la Unión Europea en materia de consumo o de morosidad, en cuanto a que incluyen algunos principios y figuras típicas de este movimiento.

### **2.1.2. Las definiciones de incumplimiento de los textos modernizadores**

Vista la trascendencia del proceso modernizador y de los textos que lo componen, es fácil comprender la relevancia que la noción de incumplimiento manejada en los mismos puede tener en nuestra doctrina, suponiendo éstos la apoyatura definitiva a las corrientes doctrinales que desde finales del siglo pasado venían apuntando en esa misma dirección.

La totalidad de los textos citados acoge una noción de incumplimiento unitario, neutro y objetivo, que se aleja por completo de toda noción de culpabilidad del deudor<sup>51</sup>, y que únicamente admite una serie de causas de exoneración, relacionadas con el caso fortuito, que se especifican en cada uno y que permiten al deudor eludir su responsabilidad. Como se ve, se trata de un concepto más amplio<sup>52</sup>, en el que la atención se desplaza de la conducta del deudor a la efectiva satisfacción de los intereses del acreedor<sup>53</sup>, en una concepción que encuentra su origen en los esquemas del derecho anglosajón<sup>54</sup> (de los que, no obstante, se distingue<sup>55</sup>).

---

50 El Libro V de la Propuesta, dedicado a Obligaciones y Contratos, se publicó por vez primera en 2016. La versión completa de la Propuesta se ha publicado en 2018.

51 Morales Moreno, 2006, pp. 32-33.

52 Morales Moreno, 2014, p. 27; San Miguel Pradera, 2004, pp. 123, 124.

53 Dice Vaquer Aloy que el centro de gravedad se desplaza hacia los remedios frente al incumplimiento (de los que hablaremos de seguido), de forma que el énfasis se sitúa en la protección que se concede a la parte de la relación cuyas expectativas resultan frustradas por el incumplimiento (2003, p. 526).

54 Vaquero López, 2016, p. 821. *Vid.* también Lando, 2004, pp. 510, 511.

55 Vaquero López comenta que no se corresponden con el Derecho anglosajón ni el concepto de “fuerza mayor” que se usa en algunos textos (así, el art. 7.1.7 Principios Unidroit), toda vez que su único efecto es exencionar al deudor del pago de la indemnización, ni tampoco el propio concepto de incumplimiento, por incluir, sin perjuicio de su menor alcance —sobre todo, en el ámbito indemnizatorio—, también los incumplimientos excusables (2016, p. 854, notas al pie n° 89, 90). Para Morales Moreno esto se debe, probablemente, al hecho de que el efecto principal del incumplimiento del sistema inglés es la indemnización de daños y perjuicios, por lo que el concepto se construye, en este caso, a la medida del remedio, mientras que en el caso de las Propuestas de modernización se construye un concepto general que sirve de base de todos los remedios (2014, pp. 32, 33).

Para apreciar esto que estamos diciendo, basta con dar lectura a las definiciones recogidas en algunos de los textos más relevantes de entre los nombrados, lo cual también dará pie a comprobar que prácticamente todos ellos siguen un mismo modelo.

Por arquetípica, puede reseñarse la solución tomada en los PECL, para los cuales el incumplimiento (o “non performance”) será, en la versión original en inglés de su artículo 1:301 (4), “any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract”. Puede apreciarse cómo expresamente se indica que será incumplimiento la falta de cumplimiento, medie o no excusa por parte del deudor incumplidor, aspecto que conecta con esa visión objetiva del incumplimiento de la que veníamos hablando y que se repite en las definiciones empleadas por otros textos de relevancia, como puede verse en los artículos III.-1:102:(3) DCFR<sup>56</sup> o 87.1 CESL.

No obstante, esta tendencia no es siempre seguida, como demuestra el artículo 7.1.1 de los Principios Unidroit, que dispone bajo la clara rúbrica “definición del incumplimiento” que éste “consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”, sin hacer mención alguna a la posibilidad de excusar el cumplimiento. Con todo, el Comentario del texto indica que el concepto de incumplimiento incluye tanto el incumplimiento de carácter excusable como el no excusable. Así, habremos de acudir al artículo 7.1.7 (“Fuerza mayor”)<sup>57</sup>. para observar que el incumplimiento puede, efectivamente, quedar excusado si la parte prueba que dicho incumplimiento fue “debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en

---

56 En la edición comentada del DCFR, de hecho, se incide el uso del concepto unitario de incumplimiento que este texto realiza en éste y otros artículos: “Under the system adopted in these rules non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation. There is a unitary concept of non-performance”, insistiéndose en la idea de que nos encontraremos ante un incumplimiento sea éste excusado o no (“whether or not excused”), y que el incumplimiento, según se recoge en el texto, “covers failure to perform an obligation in any way, whether by a complete failure to do anything, late performance or defective performance”). También se refiere al uso de este concepto unitario de incumplimiento en comparación a lo que se hace en otros sistemas legales (“This unitary concept of non-performance is found in some but not all of the legal systems”), aunque se indica que el incumplimiento del sistema legal español es de carácter amplio, en el sentido de que contempla cada contravención como incumplimiento (2009, pp. 700-702).

57 Morán Bovio critica que haya de acudir a otros artículos del texto para conocer cuáles son las circunstancias que hacen excusable el incumplimiento en lugar de incluirse en la propia definición (2003, p. 324): aunque esto es práctica común en este tipo de textos.



cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias”; lo cual, como se verá, sí va en perfecta consonancia con lo previsto en otros textos.

Por otra parte, la definición del artículo 1:301(4) PECL tiene a bien mencionar los tipos de incumplimiento que toma en consideración; algo que es seguido, con distintas fórmulas, por el resto de textos. Así se aprecia en el artículo 7.1.1 de los Principios Unidroit, recién reseñado, o, por otra parte, en el III.-1:102:(3) DCFR, que emplea una fórmula más general, o el 87.1 CESL que, en cambio, es mucho más detallado a la hora de enumerar los tipos de incumplimiento que el concepto comprende<sup>58</sup>.

Otras Propuestas, como el Proyecto Gandolfi, incluyen definiciones<sup>59</sup> que se alejan de estos moldes, lo cual no es extraño si se tiene en cuenta que su redacción es anterior al momento en el que los PECL comienzan a ejercer su mayor influencia como modelo.

El atento lector habrá reparado en el hecho de que no se haya traído hasta ahora a colación la propia definición de incumplimiento de la CISG, siendo el primer texto de referencia en esta materia. La razón de ello es simple: la CISG no contiene una definición de incumplimiento (sí incluye, en cambio, una definición de incumplimiento esencial). En ausencia de la misma, puede concluirse que la visión de incumplimiento que maneja la CISG debe deducirse de la totalidad de su propio sistema.

---

58 Podríamos encontrar otras definiciones en instrumentos que también han sido relevantes en el movimiento modernizador. Así, por ejemplo, podrían citarse los *Acquis Principles*, o Principios del Derecho contractual comunitario, cuyo objeto no es, ciertamente, innovar, sino reflejar los principios del acervo comunitario, y que han servido para la posterior redacción, junto con los trabajos del llamado *Study Group*, del DCFR. El artículo 8:101 de este texto indica que “es incumplimiento cualquier cumplimiento insuficiente de una obligación, incluido el cumplimiento moroso, el cumplimiento defectuoso y la infracción del deber de cooperar con el fin de procurar la plena eficacia de una obligación” (la traducción castellana del mismo puede consultarse en Arroyo i Amayuelas, 2008, pp. 211 y ss. —y, en particular, 219 y ss.—). Como se ve, mantiene las notas principales de la noción de incumplimiento en los otros textos (incumplimiento neutro, objetivo, amplio), pero incorpora también ciertas dosis de novedad: así, se refiere expresamente al cumplimiento para definir el incumplimiento, nombra no al retraso en el cumplimiento, sino al cumplimiento moroso, e incluye también la infracción del deber de cooperar, que puede ser predicable de la persona del acreedor, como incumplimiento.

59 La definición de incumplimiento del artículo 89 del Proyecto indica que “una obligación contractual se considera incumplida cuando uno de los contratantes o sus colaboradores o auxiliares adoptan un comportamiento diferente en relación a aquél previsto en el contrato”. Se trata de una conceptualización que se aleja en su aspecto formal de las definiciones que el resto de textos citados presentan y al respecto de la cual, no obstante, se ha dicho que supone una concepción del incumplimiento en términos “netamente objetivos” (Vattier Fuenzalida, 2008, p. 1857; Vaquer Aloy, 2003, p. 531).

### 2.1.3. El sistema de remedios frente al incumplimiento

Asumida la novedad que supone el propio concepto de incumplimiento reseñado y su plasmación en textos que, en ocasiones, tienen carácter prelegislativo o legislativo, quizá la mayor innovación de este movimiento de modernización esté más bien en la sistemática, totalmente novedosa, de que se dota a todo el sistema de responsabilidad civil derivado de dicho *nuevo* incumplimiento<sup>60</sup>. Y es que este incumplimiento unitario, neutro y objetivo se convierte en una base en torno a la cual se articulan lo que venimos denominando como “remedios”<sup>61</sup>. Estos remedios serían equivalentes a lo que en nuestro ordenamiento se ha entendido por consecuencias o efectos del incumplimiento<sup>62</sup>, pero que se presentan de manera sistemática y perfectamente organizada en torno a dicho concepto de incumplimiento, conformando, junto con éste, el verdadero *esqueleto* de este nuevo sistema de responsabilidad contractual<sup>63</sup>.

En esta sistemática, el incumplimiento funciona como requisito mínimo para poder acceder a cualquiera de los remedios frente al incumplimiento, y, además, alguno de ellos puede requerir la concurrencia de otras circunstancias para su ejercicio por parte del acreedor<sup>64</sup>. Alguna doctrina ha entendido que, incluso a pesar de que se encuadran en un concepto objetivo de incumplimiento, en la regulación de los distintos remedios se podría tener en cuenta, entre otros requisitos particulares, la imputabilidad

---

60 San Miguel Pradera remarca que, aunque ninguno de los remedios que incluyen estas Propuestas es totalmente novedoso con respecto a lo previsto por el Código, lo que sí dista mucho de éste es el diseño de los mismos (2011, p. 1689).

61 Sobre la utilización de este término con preferencia a otros que se encuentran, a diferencia de éste, arraigados en nuestra tradición jurídica, con valoración positiva por su mayor flexibilidad, *vid.* Morales Moreno, 2011b, p. 402). En alguna ocasión, empero, han recibido otra denominación; puede verse en la traducción que Arroyo i Amayuelas (2008) hace de los *Acquis Principles* (que, en su versión original, utilizan también el término “remedies”), en la que la autora traduce esta palabra por la expresión “medios de tutela”.

62 Estos remedios se identifican con la mayor parte de las consecuencias del incumplimiento apreciadas por la doctrina y los Tribunales, con la salvedad del remedio de reducción del precio, previamente inédito en nuestro ordenamiento como remedio generalmente aplicable frente al incumplimiento y previsto únicamente en el artículo 1486 CC en sede de compraventa (*vid.* Verdura Server, 2014a, p. 89).

63 Morales Moreno, 2006, pp. 17-54.

64 Como dice San Miguel Pradera, la idea “básica y unitaria” de incumplimiento utilizada no excluye la posibilidad de introducir, en su caso, otros elementos valorativos a efectos de limitar la aplicación de algún remedio (2004, p. 124; *vid.* también 2011, p. 1689). En el mismo sentido, Verdura Server expresa que, aunque todos los incumplimientos serán reconducibles al concepto general de incumplimiento, “cada remedio requiere que el incumplimiento que se adopta como presupuesto presente unos perfiles peculiares”, lo que para el autor compromete la caracterización del incumplimiento como concepto unitario o, cuando menos, la matiza, no pudiendo entenderse que cualquier incumplimiento permite el acceso a cualquier remedio (2014a, pp. 71-73).

del incumplimiento al deudor<sup>65</sup> (lo cual se ha discutido, en concreto, respecto a la indemnización de los daños<sup>66</sup>).

Pues bien, estos remedios se concentran, en la mayor parte de los textos, y al margen del posible juego de la autonomía de la voluntad sobre los mismos<sup>67</sup>, en la acción de cumplimiento, la reducción del precio, el derecho a suspender la propia prestación<sup>68</sup>, la resolución, y la indemnización de daños y perjuicios. En algunos casos, además, podrán funcionar de manera coordinada, combinándose entre sí —en particular, en el caso del remedio indemnizatorio, que se entiende generalmente *acumulable* a otros remedios—, mientras que en algunos sistemas pueden presentarse de manera jerarquizada<sup>69</sup> (normalmente, para asegurar que los remedios más radicales, como la resolución, son la *ultima ratio* frente al incumplimiento).

#### 2.1.4. La exoneración de algunas consecuencias del

---

65 Fenoy Picón, 2010, p. 81.

66 Véase que en la doctrina italiana, cuando ya comienza a plantearse, mucho antes que en España, la objetivación de todos los medios de tutela frente al incumplimiento, entiende Giorgianni que tal vez el único remedio susceptible de quedar sujeto a requisitos de culpabilidad es el indemnizatorio (1975, pp. 29, 30)

67 En varios de estos textos se prevé expresamente que las partes puedan incluir una cláusula destinada a limitar o excluir alguno de los remedios frente al incumplimiento, si bien con limitaciones relacionadas, en general, con la buena fe y lo que los textos llaman *fair dealing*, o con la protección del equilibrio contractual entre las partes en la contratación con condiciones generales (arts. 4:118 y 8:109 PECL, y artículos II.-7:215 y III.-3:105 DCFR). La CISG, por otra parte, indica de manera más general que las partes podrán excluir la Convención o “establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos” en su artículo 6, y de un modo similar se expresan los Principios Unidroit, que prevén que las partes puedan “excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente” (artículo 1.5), con los límites generales de la buena fe y la lealtad negocial (artículo 1.7.1), que no son susceptibles de exclusión o limitación (artículo 1.7.2); y también en el CESL (artículos 1 y 2, en general; 56, 58 sobre consumidores). Las Propuestas nacionales de (PMCC y PCC) apuntan únicamente a la libertad de las partes para “ampliar, modificar o suprimir” el deber de indemnizar los daños causados (arts. 1212 PMCC y 518-26 PCC).

68 En relación con este remedio, destaca su regulación por la PMCC, que no lo incluye en su enumeración de remedios del art. 1190, sino en el artículo siguiente, separadamente. El hecho de que pueda considerarse como un “límite a la pretensión de cumplimiento” (Gómez Calle, 2012, p. 43; Díez-Picazo, Roca Trías y Morales Moreno, 2002, p. 348), y funcione a modo de excepción (*vid.* García Pérez, 2011, p. 349) podrían explicarlo, aunque la doctrina ha entendido que debería haberse recogido expresamente como remedio (San Miguel Pradera, 2011, p. 1693; Fenoy Picón, 2011, p. 1493; puntualizando que puede funcionar también extrajudicialmente, Verdera Server, 2014a, pp. 67, 84, 85). Así se recoge, de hecho, en la posterior PCC (art. 518-13).

69 *Vid.* Verdera Server, 2014a, pp. 75 y ss.

## incumplimiento

Según lo visto hasta ahora, el incumplimiento se producirá siempre que el deudor no ejecute su prestación, y este concepto amplio de incumplimiento no requiere, en principio, de otros aditivos para que el acreedor pueda acudir, en abstracto, a los remedios. Sin embargo, todos los textos otorgan la posibilidad al deudor de alegar una excusa que, aunque no permite considerar que el incumplimiento no se haya producido, tiene la eficacia de impedir el recurso por la otra parte a alguno de los remedios dispuestos por el sistema frente al incumplimiento. Por tanto, al contrario de lo que sucede en el sistema anglosajón, en el que ya hemos dicho que estos textos se inspiran, la excusa no evita la calificación del deudor como incumplidor, pero le permite eximirse de algunas de las consecuencias de su incumplimiento<sup>70</sup>, y, así, tendremos incumplimientos excusados y no excusados. Se pone el acento no ya en la concurrencia o no de culpabilidad, sino en lo que podría denominarse como *excusabilidad* del incumplimiento.

A pesar de una general homogeneidad entre los textos de modernización, los remedios concretos susceptibles de quedar afectados por una causa exoneratoria pueden variar en función del texto concreto que se consulte.

El remedio que comúnmente queda afectado es el indemnizatorio (que, tradicionalmente, se ha asociado a la idea de culpabilidad del deudor) y es también el único que se sujeta a posible excusa en varios de los textos<sup>71</sup>: así, en los Principios Unidroit (art. 7.1.7), que además distingue entre la indemnización de daños y perjuicios y la obligación de pagar intereses, supeditando a excusa tan sólo la primera; o también en las Propuestas de origen español (la PMCC y la PCC).

Los PECL relacionan la excusa exoneratoria tanto con el remedio de cumplimiento como con el de indemnización de daños y perjuicios —que también ostenta autonomía con respecto a la deuda de intereses por falta de cumplimiento en las obligaciones dinerarias— (art. 8:101 (2)), cosa que también sucede en el DCFR (art. III.-3:101: (2)) y el CESL (art. 106.4, en el que se tratan los remedios del comprador).

---

70 En este sentido, Salvador Coderch, 1998, pp. 653, 654; Clemente Meoro, 2011, p. 4; Roca Trías, 2011, p. 11; Gómez Calle, 2012, p. 81; Morales Moreno, 2014, p. 44.

71 Debe tenerse en cuenta que, como veremos, más de un texto distingue a estos efectos entre el efecto indemnizatorio propiamente dicho, por una parte, y el devengo de intereses, que no estaría sujeto a posible excusa, por otra, dando así lugar a que este último tenga un carácter objetivo estricto. Esto contrasta con el Derecho español, en el que el artículo 1108 CC liga el devengo de intereses a la mora (que es tradicionalmente conceptualizada como un retraso culpable) y, en materia de compraventa, se ha entendido también que el artículo 1501 CC exigiría la culpabilidad (*vid.* Fernández Costales, 2013, p. 1605; Fernández Campos, 2016, p. 234).

En cuanto a la CISG, el artículo 79 dispone que “una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento (...)”, en una formulación, tal vez, un tanto imprecisa por demasiado general. A su vez, la Nota explicativa de la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la Convención expone que la parte “quedará exenta de las consecuencias de su incumplimiento, así como del pago de daños y perjuicios”, lo cual parece expresar que este impedimento sería útil para evitar tanto el pago de la indemnización de daños y perjuicios, como “las consecuencias de su incumplimiento”, que habrían de ser, además, consecuencias distintas a dicho pago de daños y perjuicios<sup>72</sup>.

Sin embargo, el apartado 5 del mismo artículo 79 aclara que “nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”, por lo que parece que sólo este remedio se vería sujeto a la concurrencia o no de dicho impedimento, pudiendo identificarse con el régimen de los otros textos<sup>73</sup> (del que, no en vano, éste es precursor).

En todo caso, esta “excusa” deberá coincidir con lo previsto por cada texto. En este punto, los proyectos reseñados exponen una idea que es marcadamente consistente de unos a otros<sup>74</sup>, y que se aleja, en principio, de los cánones de la culpabilidad (aun con algunas opiniones vacilantes al respecto<sup>75</sup>). Hablamos del impedimento ajeno al control

---

72 Letra F, párrafo 34.

73 Salvador Coderch, 1998, p. 653; Lando, 2004, p. 511.

74 Una excepción destacable se presenta en el artículo 162.3 del Proyecto Gandolfi, al prever, para ciertos tipos de profesiones liberales, que el deudor pueda exonerarse de la responsabilidad también a través de la prueba de que la actividad profesional objeto del contrato se ha desarrollado con la diligencia requerida, a pesar de no haber alcanzado el resultado previsto, lo que, en opinión de Vattier Fuenzalida, es un privilegio a favor de este tipo de profesionales de muy difícil justificación (2008, p. 1860). Esta solución, que podría justificarse a través del acogimiento por parte de la Propuesta de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado y su sujeción a distintos criterios de imputación (*vid. infra* Cap. IV, apartado III.2.2.2.A), no deja de suponer una importante desviación con respecto a las nuevas tendencias. Gandolfi explica que se trata de “una soluzione intermedia fra la responsabilità oggettiva del diritto inglese e la responsabilità per colpa quale prevista in altri ordinamenti europei”, que trae causa del art. 79 CISG, y que además supone una vuelta a la idea de culpa que, en todo caso, es excepcional en el texto (2001, pp. 461, 469).

75 Ha habido cierta discusión sobre la posibilidad de que los criterios relacionados en estos textos, comenzando por la CISG, pudieran cobijar cierta subjetividad. En relación con los términos empleados por la CISG, en un examen extrapolable, en su mayoría, a otros proyectos, *vid.* Salvador Coderch, indicando que, “junto a circunstancias puramente objetivas conformadoras del impedimento, puedan coexistir otras de carácter subjetivo” (1998, p. 637; *vid.*, también, pp. 641 y ss.), aunque no hay en el artículo “referencia alguna a la idea de *culpa*” (pp. 636, 637); y López López, 1998a, pp. 408 y ss. En relación, en concreto, con el remedio indemnizatorio

de la parte, que no cabía razonablemente esperar al formalizar el contrato o cuyas consecuencias no era posible evitar o superar<sup>76</sup>. Es posible que otras circunstancias previstas por los textos nombrados se identifiquen o asimilen a este impedimento de manera que adquieran, de algún modo, eficacia exoneratoria<sup>77</sup>.

Por último, procede indicar que, si un sistema objetivo es aquél que no admite excusa alguna para el incumplimiento, el hecho de que se admita la eficacia de ciertas circunstancias capaces de eximir al deudor de su responsabilidad determina que sea más procedente hablar de un sistema *eminente objetivo*<sup>78</sup>.

## **2.2. La influencia del movimiento de modernización del Derecho de obligaciones y contratos en España**

En cuanto a las Propuestas de origen español, fijamos la vista en primer lugar en la PMCC, redactada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación<sup>79</sup>, que bebe directamente de las Propuestas supranacionales, como se reconoce en su propia Exposición de Motivos, que expresamente nombra la CISG, los Principios Unidroit y los PECL, además de la reforma del BGB alemán y las distintas Directivas de armonización europeas en materia de consumo, como fuentes de inspiración<sup>80</sup>.

La misma Exposición de Motivos remarca cómo, a raíz de todos estos textos e iniciativas, algunos países de nuestro entorno han sentido la necesidad de actualizar su

---

—que, no en vano, es el que suele sujetarse a excusa—, y ya en el campo de los modernos *remedios*, se ha sugerido que la culpabilidad podría jugar algún papel a su respecto, sin perjuicio de que el incumplimiento, en sí mismo considerado, sea tenido de modo absolutamente objetivo. En este sentido se expresa Morales Moreno (2006, p. 51), aunque indica que también existe una tendencia a una mayor objetivación en este ámbito (pp. 31-33).

76 *Vid.* arts. 8:108 PECL, III.3:104 DCFR, o el 88 CESL. Sobre las circunstancias que puedan asociarse a la esfera de control del deudor, *vid.*, Pantaleón Prieto, 1991, pp. 1059-1072.

77 Así, la conducta de la otra parte, que pueda incluso impedir el incumplimiento (Vaquer Aloy, 2003, pp. 527, 528; Xiol Ríos, 2011, p. 8; Vaquero López, 2016, p. 852, nota al pie n.º 84). Este tipo de comportamientos también pueden identificarse con un propio incumplimiento de la contraparte (Vaquer Aloy, 2003, pp. 529 y ss.), así como con la *mora creditoris* (Vaquero López, 2016, p. 852). Lando introduce el concepto “mixed situations” para hacer referencia tanto a las situaciones en las que parte del incumplimiento se excusa, y la otra parte, no, como a aquéllas en las que parte del incumplimiento es consecuencia de la mora del acreedor y, por tanto, de la conducta de éste (2004, p. 510).

78 Baraona González se refiere a esta corriente como algo distinto a la responsabilidad objetiva (1998, p. 59). Más recientemente, habla de ello Miranda Serrano (2015, p. 1534).

79 Compuesta en ese momento, entre otros, por tres autores defensores de las nuevas tendencias, como lo son Díez-Picazo, Morales Moreno, y Pantaleón Prieto.

80 La PMCC no pudo, en ningún caso, contemplar la regulación contenida en el DCFR simplemente por cuestiones cronológicas, toda vez que ambos textos se publicaron en 2009.

regulación interna y de “colocarla en paralelo con las líneas por las que puede discurrir el futuro del Derecho europeo de contratos”. No es extraño, así, que esta circunstancia, sumada a la conveniencia de una reforma de nuestro sistema, entre otras causas<sup>81</sup>, motivara la redacción de esta Propuesta, que entre sus varias finalidades debía “buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy”.

Además, la Exposición de Motivos de la Propuesta fija su atención específicamente en el tratamiento del incumplimiento, subrayando la insuficiencia de su regulación en los códigos decimonónicos, incluido el español, y los problemas que ello ha traído; entre ellos, el debate sobre el papel de la culpa en el incumplimiento. El texto admite inspirarse en la idea de rechazo a los principios de responsabilidad por culpa y *favor debitoris*<sup>82</sup>, al tiempo que proporciona un sistema que sigue claramente los esquemas de Propuestas europeas y trata el incumplimiento como un concepto unitario, neutral y objetivo al que se le asocia una batería de remedios<sup>83</sup>.

Sin embargo, la definición de incumplimiento acogida por la PMCC, ciertamente, más imprecisa que la de la mayor parte de los textos en los que se inspira. Ésta se contiene en el artículo 1188 y únicamente indica que “hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”.

Como se ve, la PMCC prescinde de algunas puntualizaciones a la hora de caracterizar el incumplimiento, como las referentes a si es indiferente que dicho incumplimiento sea o no excusable; si el retraso o el cumplimiento defectuoso constituyen incumplimiento; o si el acreedor puede incidir en el incumplimiento si no coopera. A pesar de ello, y de otros aspectos que han provocado algunas críticas doctrinales<sup>84</sup>, se considera que mantiene una concepción del incumplimiento que se

---

81 Puede considerarse que otra importante causa para la confección de las Propuestas civiles es el hecho de la propia publicación de Propuestas mercantiles que han incurrido en cierta extralimitación, denunciada por la doctrina, al regular instituciones y relaciones de naturaleza claramente civil (por todos, Gete Alonso-Calera, 2014, toda la obra, pero, en particular, pp. 42-63; García Rubio, 2014, pp. 10 y ss.; id., 2015, pp. 12 y ss.; Grupo ACTUALIZA, 2014, pp. 219-225; Verdera Server, 2014a, pp. 90, 91; Bercovitz Rodríguez-Cano, 2015, pp. 1241 y ss.).

82 Dice en concreto que “se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado favor debitoris no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía. Ello significa que el deudor no se exonera (...)” (apartado VIII).

83 *Vid.* Gómez Calle, 2012, p. 35; Morales Moreno, 2014, p. 28.

84 Morales Moreno ha realizado una crítica a esta definición a propósito de la mención realizada al incumplimiento de deberes, toda vez que, en su opinión, ésta traiciona el verdadero concepto de incumplimiento manejado por la Propuesta, que se refiere, más bien, al incumplimiento del

alineada con la de los textos ya reseñados y que incluye los tipos de incumplimiento que éstos comprenden<sup>85</sup>, habiéndose considerado por algunos autores, además, que este diseño puede entenderse más correcto<sup>86</sup> y más propio de un texto proyectado en forma de código<sup>87</sup>.

Desde otro punto de vista, una definición que no detalle los tipos de incumplimiento que se consideran incluidos en el concepto propende a una menor concreción y puede dejar espacio a dudas sobre el carácter de incumplimiento o no de ciertos tipos de desviaciones del programa contractual; y esto, conocidos ya los problemas interpretativos y de aplicación del actual sistema de responsabilidad civil, puede no ser la mejor solución<sup>88</sup>; aunque, efectivamente, la inclusión de definiciones de cumplimiento e incumplimiento suponga un notable avance<sup>89</sup> y, al cabo, quepa poca duda sobre la caracterización del incumplimiento de la PMCC, que puede inferirse de la globalidad del sistema que presenta.

En relación con las excusas que eximirían al deudor de hacer frente al incumplimiento o a sus consecuencias, no existe un artículo que haga referencia a esta cuestión en sede de normas generales sobre el incumplimiento. Hemos de acudir a la regulación del único remedio al que puede afectar una posible excusa, el indemnizatorio, para conocer las condiciones que permitirían al deudor excusar su cumplimiento.

Y así, el artículo 1209 PMCC, además de remarcar que lo dicho en él no impedirá el ejercicio por el acreedor de cualquiera de los otros remedios previstos en el texto, indica que los impedimentos que pueden excusar el incumplimiento son aquéllos ajenos

---

contrato; además de poder traer consigo otras consecuencias perniciosas, como el posible afloramiento de la noción de culpa, entre otras. Según el autor se trata, no obstante, de una mera cuestión terminológica (2014, p. 28).

85 García Pérez, 2011, pp. 362, 363; Morales Moreno, 2014, p. 30, 31, 33. En el mismo sentido, y con referencia a la línea objetivista existente en nuestra doctrina y jurisprudencia, Xiol Ríos (2011, p. 4). *Vid.* también el completo análisis que Fenoy Picón realiza sobre el concepto de incumplimiento de la PMCC y sus notas características (2010, p. 70 y ss.; y, en particular, la p. 73 en relación con el retraso).

86 Fenoy Picón, 2010, p. 75. *Vid.* también Gómez Calle, 2012, p. 39.

87 Morales Moreno, 2014, p. 30. *Vid.* también Gandolfi, 2001, pp. 456-458; De los Mozos, 2002. En este sentido se pronuncia, también, la Exposición de Motivos de la PCC.

88 En este sentido, Roca Trías, haciendo hincapié en que la principal virtud del sistema consiste en “establecer unos criterios seguros y objetivos para poder apreciar si hay o no incumplimiento”, y que definiciones más generales pueden introducir nuevos subjetivismos en dicho sistema (2011, p. 9).

89 Roca Trías, 2011, p. 7.



a su voluntad y extraños a su esfera de control (apartado primero), y respecto a los cuales, de acuerdo con el contrato y las normas de buena fe y los usos, no correspondiera al deudor el deber de preverlo, evitarlo, o superar sus consecuencias (apartado segundo). Se trata, por tanto, de una concepción muy similar a la que se maneja en otros textos, aunque su formulación concreta ha planteado ciertas dudas a la doctrina<sup>90</sup>.

Por otro lado, y aunque no puedan entenderse como excusas en el sentido habitual en este tipo de textos, para las obligaciones pecuniarias dispone el artículo 1192 una serie de supuestos en los que el acreedor no podrá exigir el cumplimiento de la prestación relacionados con la imposibilidad jurídica o física de la prestación, la excesiva onerosidad para el deudor, la buena fe en el ejercicio de la pretensión de cumplimiento y el hecho de que la prestación sea personal del deudor.

En segundo lugar, destaca la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) o, como aquí la hemos llamado, PCC. Se trata de una Propuesta que, como su Presentación indica, se lleva a cabo con ánimo de “recoger y sistematizar el estado actual de la cuestión en la regulación de todas las instituciones”, no teniendo pretensiones de cambio “en lo sustancial”, e introduciendo, eso sí, “aquellas modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiese un amplio consenso”.

Para ello, los redactores toman inspiración directa de los textos de modernización que hemos ido nombrando, tomando un papel preeminente la española PMCC, cuya importancia como referencia para la redacción de la Propuesta se destaca hasta el punto de que la propia Exposición de Motivos de la PCC indica que ésta “podría considerarse como una *reelaboración*” de aquélla, asumiendo que las diferencias se alojan, principalmente, en la sistemática (sin perjuicio de lo que más adelante se señalará), y que se justifican, sobre todo, por del hecho de que la PCC sea una Propuesta cuya aprobación habría de desembocar en la sustitución completa del Código Civil, mientras que la PMCC se dedica únicamente a alguna de sus partes.

---

90 Se ha dudado, en concreto, sobre el posible carácter cumulativo de ambos párrafos. En efecto, y atendiendo únicamente a la redacción del artículo, no queda muy claro si han de darse ambas circunstancias a un mismo tiempo o si, dadas separadamente, serán eficaces para excusar el incumplimiento a efectos del remedio en cuestión. De todas formas, si tenemos en cuenta que el sistema adoptado por la PMCC es en muchos aspectos reproducción casi exacta de los otros textos de los que venimos hablando, sería legítimo pensar que sólo se trata de una forma un tanto original de formular lo que, no obstante, seguiría teniendo el mismo contenido en lo esencial. Sobre esta cuestión, *vid.* Roca Trías, 2011, p. 11; Fenoy Picón, 2011, pp. 1654-1656; Gómez Calle, 2012, pp. 82, 83.

Como consecuencia de todo ello, la PCC es un texto que mantiene en lo básico los esquemas dictados por las Propuestas de origen europeo, y que, incluso desde el punto de vista estilístico, por lo que hace a la forma de numerar los artículos, se aleja de la tradición de nuestros códigos, para acercarse más a la técnica empleada en dichas Propuestas.

En cuanto al concepto de incumplimiento concreto manejado por la PCC, éste se contiene en el artículo 518-1.1, que dispone que “hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que resultan de la relación obligatoria”. Se trata, de nuevo, de un concepto amplio de incumplimiento, en el que todo lo que no sea cumplimiento exacto de la prestación —o, incluso, de otros deberes que resulten de la relación obligatoria, lo cual va en consonancia con lo previsto por el artículo 1258 del Código vigente—, supone incumplimiento; así como de un concepto neutro y objetivo, que prescinde de la culpa para autocalificarse, y que se acompaña por una batería de remedios frente a dicho incumplimiento (relacionados por el art. 518-3 PCC). Pero, a su vez, como la PMCC, también se trata de una definición que no precisa las modalidades de incumplimiento que se encuentran comprendidas en el concepto.

Por otra parte, y en cuanto a la posibilidad que tiene el deudor de excusar su falta de cumplimiento, ésta adquiere virtualidad, de nuevo, únicamente en lo relativo al remedio indemnizatorio. Se recogen, así, unos “criterios de exoneración del daño” en el artículo 518-24, que se relacionan con la idea del impedimento ajeno a la voluntad del deudor y a su esfera de control, que no debiera prever, evitar, o superar sus consecuencias, según el contrato y las reglas de buena fe y los usos (en una redacción, por cierto, más clara que la de la PMCC, y que confirma la necesaria concurrencia cumulativa de las dos circunstancias expresadas).

Se repite, igualmente, la previsión de que lo dispuesto en el artículo 518-24 no ha de impedir al acreedor ejercer cualesquiera otros remedios distintos de la indemnización de daños que en su caso corresponda.

Después de lo dicho, se aprecia cómo en todos los textos repasados se maneja un concepto de incumplimiento que se mantiene invariable en lo esencial, y que deja muy a las claras que la corriente subjetivista ha quedado plenamente superada. Esta idea se confirma, con independencia de la claridad de las definiciones, a propósito de las causas que permiten al deudor excusar su incumplimiento; que, por una parte, no hacen referencia a la culpa, y, por otra, realmente no posibilitan excusar el incumplimiento, sino que lo único que permiten es impedir el ejercicio por parte del acreedor de uno o varios remedios (normalmente, del remedio de indemnización de daños y perjuicios, lo cual coincide con el sentir de la doctrina en este aspecto, que suele señalar que el juicio

sobre el comportamiento del deudor puede ser relevante únicamente a efectos indemnizatorios<sup>91</sup>), pero que no por ello descalifican al incumplimiento como tal.

Se trata de un planteamiento que ha sido recibido de manera positiva por la doctrina, que lo ha alabado por su coherencia y sencillez, en contraste con las enrevesadas y complejas soluciones que presenta el Código en materia de responsabilidad contractual (a pesar de algunos loables esfuerzos doctrinales dirigidos a sistematizar las soluciones del Código Civil<sup>92</sup>). Piénsese, si no, en el criticado artículo 1101 CC<sup>93</sup>, la desigual jurisprudencia recaída sobre el artículo 1124 CC, o la fragmentación de regímenes de responsabilidad contractual (que, precisamente, se solucionaría adoptando un concepto amplio y único de incumplimiento)<sup>94</sup>, por dar sólo algunos ejemplos.

Pero, además, y aunque insistimos en que el grueso de estos textos no es Derecho vigente, sus principios también se han introducido en la práctica de nuestros Tribunales, que han aprovechado su mayor claridad en materia de incumplimiento para citarlos con mayor o menor habitualidad (sobre todo, en materia de incumplimiento y resolución), siendo común que se nombren, sobre todo, textos como los Principios Unidroit, los PECL o el DCFR<sup>95</sup>, pero también las Propuestas españolas, incluida la más reciente PCC<sup>96</sup>. Es especialmente llamativo el hecho, comentado por alguna doctrina, de que no

---

91 Díez-Picazo, 2008, pp. 648, 649, 711; en un sentido más general, San Miguel Pradera, 2004, pp. 123, 124. Precizando la cuestión, y en sentido contrario a una posible vinculación con la culpa, *vid.* Morales Moreno, 2014, pp. 30, 31.

92 Así, el trabajo de Gómez Pomar dirigido a sistematizar las soluciones del Código español vigente en remedios, aunque reconoce no tratar regímenes especiales de responsabilidad (2007, pp. 13, 14).

93 Zurita Martín, 2015, p. 691; González Carrasco, 2014, p. 292. A pesar de que esto se haya dicho, una gran parte de la doctrina lleva años reclamando una reforma dirigida a la adopción de un concepto más amplio de incumplimiento, y lo que en ningún caso ofrece dudas es que el sistema empleado por nuestro Código no es en absoluto claro. Por ello no puede extrañarnos que tantos autores demandaran una reforma capaz de dotar a nuestro sistema de un concepto amplio de incumplimiento.

94 Por todos, Clemente Meoro, 2011, p. 5; Roca Trías, 2011, p. 9; Gómez Calle, 2012, p. 33; Morales Moreno, 2014, pp. 24-26.

95 Entre otras, las STSS de 22 de diciembre de 2006, 27 de junio de 2011, 25 de mayo de 2016, o 25 de abril de 2018. Es especialmente destacable la de 25 de mayo de 2016, que va estableciendo una comparación entre los criterios habitualmente utilizados por los Tribunales españoles en materia de incumplimiento resolutorio y los que se utilizan en los principales textos modernizadores.

96 Es el caso, por ejemplo, de las STSS de 21 de octubre de 2011, 24 de abril de 2012 y 18 de julio de 2013, que citan la PMCC, y las STS de 20 de noviembre de 2017, que cita tanto la PMCC como la PCC.

sólo se trata de referencias hechas a mayor abundamiento, sino que se puede entender que se llega a otorgar a algunos de estos criterios un valor integrador de nuestras normas<sup>97</sup>.

No cabe otra conclusión a lo dicho que, con independencia del posible éxito de alguna iniciativa supranacional, o incluso de una reforma en el ámbito del Derecho interno, cualquier construcción que se haga en materia de lo que sea incumplimiento debe tener en cuenta tanto el concepto amplio y objetivo de incumplimiento que, ya presente en nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, se apuntala ahora merced a estos textos, como el sistema de remedios estructurado entorno al mismo.

## **II. El retraso como incumplimiento**

### **1. El retraso como situación de pendencia. Doctrina general sobre el retraso y la mora como incumplimiento**

Si el deudor que no cumple llegado el momento del vencimiento de la obligación no pudiera cumplir con posterioridad, podríamos sin dudas afirmar que el retraso es un incumplimiento, o bien que no se da, siquiera, situación de retraso. Cualquier falta de cumplimiento en el momento designado para ello supondría directamente un incumplimiento.

Sin embargo, lo cierto es que el hecho de que el deudor no cumpla en el exacto momento en el que debiera no significa necesariamente que la obligación haya sido total y definitivamente incumplida. Aunque en ciertos supuestos la obligación pueda considerarse definitivamente incumplida al llegar el vencimiento de la obligación —como ocurre en los casos de término esencial propio—, no habiendo lugar a retraso, en muchos otros es perfectamente posible que la falta de cumplimiento puntual no empezca al cumplimiento posterior de la obligación, si éste es todavía posible e idóneo para satisfacer al acreedor.

Así, es posible que, fuera de los casos en los que tenemos ya un incumplimiento definitivo, el deudor se retrase y finalmente acabe por cumplir la obligación, si bien sea tardíamente. Aquí nos encontraríamos ante lo que se conoce como cumplimiento tardío;

---

<sup>97</sup> *Vid.* Perales Viscasillas, 2007b, p. 7; Clemente Meoro, en relación con la integración e interpretación del art. 1124 CC a través de textos como la CISG y los PECL (2011, p. 5); Vaquer Aloy, 2013, pp. 93-115; Vendrell Cervantes, 2008, pp. 534 y ss; en sentido crítico, Palazón Garrido, 2016a, pp. 887, 888. *Vid.* también la presentación de Morales Moreno a la versión española del DCFR (2015, pp. 23-25).

es decir, aquel cumplimiento que se ve precedido de un período de retraso, y que tendrá, seguramente, algún tipo de consecuencias distintas a las del cumplimiento puntual.

En estos casos, sólo *a posteriori* podremos saber que la obligación se ha cumplido. Y es que, cuando hablamos de un retraso en el cumplimiento, nos referimos a una situación fuertemente caracterizada por un elemento de incertidumbre, pues, mientras el deudor se encuentra retrasado, en principio, no sabemos si va a cumplir o no<sup>98</sup>.

Pero esa incierta situación de *pendencia* de la obligación, en la que no sabemos si el deudor terminará por cumplir o por incumplir definitivamente la obligación (si, por ejemplo, el acreedor pierde el interés en el cumplimiento, el deudor rehúsa el cumplimiento, o éste termina por ser imposible), ha de ser calificada de algún modo, en el marco del binomio cumplimiento-incumplimiento, con el fin de conferirle, en su caso, una serie de consecuencias.

Parece claro que, si llegado el momento de cumplimiento, el deudor no cumple, no podremos entender que estamos ante un cumplimiento de la obligación. Es seguro, por tanto, que el retraso no es un cumplimiento. Pero también lo es que, no cumpliendo, tampoco es un incumplimiento; al menos, no un incumplimiento definitivo, porque todavía puede cumplir. No obstante, sí podría considerarse que, como mínimo, el deudor ha “comenzado a incumplir”, en ese proceso dinámico que sería el incumplimiento.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento se ha negado expresamente que el retraso pudiera constituir un incumplimiento en algún supuesto. Así, existe jurisprudencia —y, correspondientemente, también doctrina— que ha determinado que el retraso *no es incumplimiento* en atención a varias circunstancias.

En primer lugar, esta conclusión se ha debido, en algunas ocasiones, a un uso incorrecto de los términos: así sucede en alguna jurisprudencia en la que, hablando de cumplimiento tardío, se utilizan términos como retraso o mora para referirse a la misma circunstancia<sup>99</sup>, y provocando una suerte de asimilación que hay que descartar. En estos casos es natural que se diga que el retraso no es incumplimiento; porque, verdaderamente, se está hablando del cumplimiento tardío, para indicar que no por ser

---

98 Esta misma idea la apuntaba Sancho Rebullida en el prólogo a Cardenal Fernández (1979, p. 21); *vid.* también Hernández Gil, 1962, p. 333; Andreu Martínez, 2003, p. 128. En la doctrina italiana, con anterioridad, *vid.* Giorgianni, 1975, p. 88.

99 Son ejemplos de esto las STSS de 28 de septiembre de 2000, 18 de marzo de 2014, o 21 de julio de 2014.

retrasado deja de considerarse cumplimiento, sucediendo que se emplean los términos de una forma poco rigurosa y fácilmente susceptible de causar cierta confusión<sup>100</sup>.

En segundo lugar, también se ha negado al retraso el carácter de incumplimiento con la finalidad de descartarlo como incumplimiento resolutorio (o, también, al compararlo con el incumplimiento definitivo, utilizándose la terminología, en ocasiones, de manera poco precisa<sup>101</sup>). Como se verá con mayor detalle más adelante, son varias las sentencias que disponen que el mero retraso no supone incumplimiento<sup>102</sup>, así como los autores que han entendido que la mora (a la que seguidamente nos referiremos) es el mecanismo necesario para fijar el hecho del incumplimiento<sup>103</sup>, y, poder, por tanto, resolver la obligación, toda vez que el artículo 1124 CC requiere un incumplimiento<sup>104</sup>.

La cuestión sobre la calificación como incumplimiento del retraso en nuestro ordenamiento necesariamente ha de partir de la distinción entre lo que sea el “mero retraso” (o, también, “simple retraso”, “retraso no constitutivo de mora” o “retraso no moroso”) y la situación jurídica de mora del deudor. Esta última es, sin perjuicio de lo que diremos más adelante, una figura prevista por el artículo 1100 del Código Civil, generalmente producida a partir de un requerimiento del acreedor, a la que tradicionalmente se ha asignado la función de canalizar el retraso jurídicamente relevante, y que da lugar a una serie de consecuencias típicas del incumplimiento (como la indemnización de los daños causados por el retraso).

Por lo que hace a la mora, puede decirse que tanto la doctrina clásica como la más reciente (y sin perjuicio de alguna posición un tanto ecléctica<sup>105</sup>) concuerdan en su

---

100 *Vid.* Cardenal Fernández, 1979, pp. 47, 48; Giorgianni, 1975, p. 88.

101 Lo hace Cano Martínez de Velasco, a tratar de deslindar la mora y el incumplimiento, entendiéndolo que la diferencia entre una y otra radica en la posibilidad de cumplimiento posterior (1978, pp. 43-49). En este sentido, Vaquero López puntualiza que el retraso no es siempre incumplimiento, si no se frustra el fin práctico del contrato (2016, p. 839).

102 Por todas, la STS de 5 de enero de 1935, y las que la siguen.

103 *Vid.* Badosa Coll, 1991, pp. 33, 34; Gramunt Fombuena, 1994, pp. 129 y ss.; Díez-Picazo Giménez (1996, p. 163, 402 y ss.); Cristóbal Montes, 1984, pp. 159 y ss., y 1985 pp. 119, 126.

104 Cristóbal Montes, 1985a, p. 119.

105 Por ejemplo, la de Díez-Picazo Giménez, quien entiende que el incumplimiento no viene del retraso, sino de la mora, y que la mora es una consecuencia del incumplimiento, si bien mora y retraso se dan a la vez, puesto que sólo la intimación del acreedor permite entender que se ha producido un retraso (pp. 415-417). También sobre la mora como efecto del incumplimiento, Viciano Pastor, 2012b, p. 155. Sea como fuere, en todo caso hay un incumplimiento —cuyo momento de verificación, según esta tesis, no varía—, y ya dijimos en otro trabajo que si el mero retraso se ve como incumplimiento, según estas corrientes, no hay razón para entender que la mora debiera dejar de serlo (Casanova Asencio, 2019, p. 272).

calificación como incumplimiento<sup>106</sup>, algo que no puede dudarse, vistos sus efectos. Como poco, parece haber concordancia en que se trata de un incumplimiento “actual”<sup>107</sup>.

Sin embargo, si partimos de que la mora es la única manifestación jurídicamente relevante del retraso, puede entonces discutirse si sólo ésta puede calificarse como incumplimiento, o si lo mismo procede, también, en relación con el retraso simple.

La respuesta a esta cuestión, en nuestro ordenamiento, ha ido variando con el tiempo. La discusión en torno a la eficacia jurídica del mero retraso ha provocado intensos debates doctrinales, y se ha resuelto de manera distinta en función del estado de dicho debate, evolucionando desde el momento en el que no se reconocía, siquiera, la existencia de dicho retraso, hasta posicionamientos posteriores, en los que se le concede eficacia jurídica a muy distintos efectos.

Sin perjuicio de que más adelante nos adentremos en esta compleja cuestión, parece que la tesis sobre la inexistencia del mero retraso puede desecharse, por cuanto el retraso simple es, junto con la llegada del vencimiento de la obligación, el que permite que la obligación sea exigible por parte del acreedor y que éste requiera al deudor, constituyéndolo en mora mediante este acto<sup>108</sup>.

De igual modo, también puede descartarse que sólo a partir de la constitución en mora pueda considerarse producido el incumplimiento, y, consecuentemente, resolverse la obligación.

En primer lugar, se ha de explicar que la aducida función de la mora como mecanismo para fijar el incumplimiento ha de relacionarse con las teorías subjetivistas reseñadas. Si el incumplimiento requería de la culpabilidad del deudor, en los supuestos de retraso debía producirse la constitución en mora del deudor, que era el mecanismo

---

106 Por poner un ejemplo de cada extremo, podríamos citar, entre los autores clásicos, a Manresa (1901, p. 54) o a Castán (1988, pp. 210, 215), que relacionan directamente la mora (la mora, y no el retraso) con el incumplimiento; y, como autores modernos, a González Carrasco (2014, p. 293), o a Morales Moreno, que, al hablar del sistema actual de nuestro ordenamiento, engloba a la mora dentro de lo que él denomina “otras manifestaciones del incumplimiento”, cosa que, para el autor, es otra muestra de la fragmentación del sistema (2014, p. 26); al margen de indicar, por otra parte, que el retraso que se identifica con la mora (“retraso (mora)”) es una de las manifestaciones clásicas del incumplimiento (p. 33).

107 Díez-Picazo Giménez se refiere a esta idea utilizando la expresión “incumplimiento temporal”, para distinguirla del incumplimiento definitivo (1996, p. 404).

108 También en este sentido se pronuncia Díez-Picazo cuando dice que, aun de considerar que el retraso no tiene efectos jurídicos, esto ha de entenderse solamente referido a la responsabilidad del deudor, ya que desde el momento en el que la obligación vence está el acreedor facultado para reclamar la prestación, no pudiendo el deudor oponerse justamente a ella (2008, p. 656).

capaz de determinar la culpabilidad en el retraso y, a su vez, el propio incumplimiento<sup>109</sup>. En el mismo sentido, una resolución que requiriera de culpa en el incumplimiento (presente, esencialmente, a través del requisito de la *voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*) precisaría también, en los casos de retraso, la constitución en mora del deudor.

En la medida en que la noción de incumplimiento se objetiviza, ya no es preciso determinar la concurrencia de dicha culpa para proceder a la resolución (con independencia de que la misma se pudiera seguir manteniendo para otros efectos del incumplimiento —singularmente, la indemnización de daños y perjuicios<sup>110</sup>—, para los que no sería suficiente, en principio, el mero retraso), por lo que tampoco es precisa ya la constitución en mora, si ésta se sigue asociando a la culpa<sup>111</sup>.

De la mano de esta evolución, y en segundo término, también se ha explicado que la doctrina que determinaba, en sede de resolución, que el retraso no era un incumplimiento, en realidad buscaba excluir la posibilidad de que el acreedor resolviera por un retraso mínimo (y que no supusiera, en efecto, un incumplimiento definitivo, que es lo que, ahora y siempre, se ha exigido para la resolución). No habría de entenderse, por tanto, que el retraso no pudiera suponer un incumplimiento, además, suficiente (en ocasiones) para fundamentar por sí mismo la resolución<sup>112</sup>.

Por lo demás, y en relación al propio retraso como incumplimiento (no necesariamente resolutorio), ha de decirse que basar su calificación como tal sobre su potencialidad resolutoria no parece un argumento en absoluto definitivo, por cuanto un incumplimiento resolutorio es un incumplimiento cualificado, pero ello no obsta para que existan otros incumplimientos (de entidad insuficiente para fundamentar la resolución, pero todavía incumplimientos).

Debe descartarse, por tanto, que sólo a partir de la mora pueda entenderse incumplida la obligación (esa función de *fijar el incumplimiento* podría predicarse de la propia exigibilidad de la obligación, sin necesidad de que haya una exigencia de cumplimiento<sup>113</sup>), pudiendo concluirse que el retraso es también un incumplimiento<sup>114</sup>.

---

109 Jordano Barea, 1951, pp. 306, 307; Cano Martínez de Velasco, 1978, pp. 2, 3, 28 y ss. *Vid.* también Cardenal Fernández, 1979, p. 147.

110 En la comparación del juego de la culpa en estos dos efectos del incumplimiento, *vid.* Cardenal Fernández, 1979, p. 55.

111 Ésta es una cuestión que habrá de revisarse a la luz de las nuevas tendencias, y a la que más adelante aludiremos.

112 *Vid.* Díez-Picazo, 1969, pp. 383 y ss.; Castán, 1988, pp. 136, 212; Díez-Picazo Giménez, 1996, pp. 398, 399; González Carrasco, 2014, pp. 293, 304.

113 A favor, Baraona González (1998, p. 124); aunque este autor se dirige a demostrar la



Cuáles sean sus concretos efectos en cuanto a tal, en el juego con la mora del deudor, es ya otra cuestión.

## 2. El retraso como modalidad de incumplimiento en los textos de modernización

La idea del retraso como incumplimiento se plasma de manera clara e indubitada en los textos de modernización (y en los autores que los estudian<sup>115</sup>).

Ya hemos visto que en un buen número de ellos se indica expresamente, a propósito de las distintas definiciones de incumplimiento, que el retraso es una modalidad de incumplimiento. Así lo hacen los artículos 1:301 (4) PECL, III.-1:102: (3) DCFR, 7.1.1 Principios Unidroit o 87.1 CESL, antes citados.

La CISG, que no incluye definición de incumplimiento, permite extraer esta caracterización del retraso como modalidad de incumplimiento del propio sistema. Lo mismo puede decirse de las Propuestas españolas<sup>116</sup>, que siguen en este punto la estela de la CISG, obviando sus precedentes más cercanos.

---

insuficiencia de la mora, que, no obstante, nos parece que no puede predicarse de la calificación del retraso como incumplimiento, pudiendo tener ambos efectos distintos.

En relación con la fijación del incumplimiento por la exigibilidad de la obligación, cabría estudiar si el hecho de que ésta fuera pura, condicional, o sometida a plazo o término puede incidir en la consideración del momento en que ésta queda incumplida por retraso, y en la posible necesidad de intimar al deudor a tal efecto. Refiere Díez-Picazo Giménez que sólo puede considerarse incumplida la obligación, en los supuestos de retraso, y para las obligaciones puras, sometidas a plazo inicial de cumplimiento y a condición suspensiva, cuando el acreedor exija el cumplimiento y el deudor no cumpla, en atención a distintos argumentos (1996, pp. 405, 424, 536), entendiéndose que, si el deudor no tuviera que exigir el cumplimiento para considerar acaecido el incumplimiento, se podría llegar a la situación de que la obligación estuviera incumplida prácticamente desde su nacimiento (p. 537). En este sentido, y sin perjuicio de que más adelante volveremos sobre esta cuestión, parece lógico entender que existe un *tempus modicum* en el que el deudor puede cumplir una vez la obligación se encuentre vencida (Beltrán de Heredia, 1956, pp. 251, 252; Hernández Gil, 1962, pp. 351, 352, 358 y ss.), cosa que habría de aplicarse también si el acreedor demanda el cumplimiento inmediatamente después de entenderse vencida la obligación (supuesto en el que tampoco se evitaría el efecto advertido por la autora).

114 A esta misma conclusión llega, incluso, la doctrina clásica, lo cual puede resultar extraño, pero se explica sabiendo que, como veremos, en estos autores se produce una asimilación total entre retraso y mora, motivada por el hecho de que no se concede virtualidad alguna al primero, y los términos se utilizan de manera indistinta.

115 Vaquero López, 2016, pp. 819, 820; o Morales Moreno, 2014, p. 33.

116 Morales Moreno, 2014, p. 30, 33.

La concepción de estos textos sobre el retraso difiere ostensiblemente de la mantenida tradicionalmente en nuestro ordenamiento, al determinar que el retraso —de cualquier tipo— es incumplimiento a todos los efectos y, por tanto, es susceptible de funcionar como fundamento, en principio, para el acceso a los remedios (sin perjuicio de que alguno de ellos pueda requerir, como se ha dicho, condiciones adicionales de acceso). Por tanto, se considera al retraso como una modalidad más del incumplimiento y se le otorga plena eficacia jurídica.

En nuestro ordenamiento hemos visto que se habla también de incumplimiento en referencia al retraso, pero la cuestión se perfila con unos caracteres bien distintos a propósito de la institución de la mora del deudor. El planteamiento de estos textos, en contraste, pasa por encima de la discusión, central en la materia, relativa a la relación entre la mora y el retraso y la eficacia jurídica del mero retraso, sobre la que más adelante volveremos.

Por otro lado, es importante señalar ya que, dentro de lo que hemos identificado como “textos de modernización”, y partiendo de que la generalidad de los mismos comparten, como elemento básico o central en el sistema, un concepto amplio y unitario de incumplimiento al que se asocia una batería de remedios, no todos presentan el mismo diseño para el retraso.

Sea como fuere, es común a todos los textos que trataremos el entendimiento del retraso como incumplimiento, y la asociación a éste de consecuencias propias del mismo, de mayor o menor calado en función de la configuración concreta de cada texto.

### **III. Los mecanismos relacionados con el retraso en el cumplimiento**

Vistos los conceptos generales que van a marcar la totalidad de este trabajo (el retraso y el incumplimiento), parece procedente cerrar este primer Capítulo haciendo una sucinta referencia a los distintos mecanismos relacionados con el retraso sobre los que iremos hablando en adelante, sin perjuicio de otros con menor relevancia que también podamos mencionar.

En un intento de delimitar la materia que trataremos, en el presente epígrafe se hará referencia únicamente a aquellos mecanismos que tienen relevancia en relación con el incumplimiento retrasado entendido éste como el que se produce cuando no se ha llevado a cabo prestación alguna; por ello, la situación en la que se ha llevado a cabo una prestación, pero es ésta no es la que corresponde (supuesto de falta de conformidad, o, incluso, de incumplimiento parcial, cuando se ejecuta únicamente una parte de lo

debido), aunque se pueda entender como de retraso respecto de la prestación realmente debida, no será tenida en cuenta como tal.

Esto implica, por tanto, dejar fuera de este análisis preliminar consecuencias o remedios asociables primordialmente a este tipo de incumplimientos, como lo son la reducción del precio o el derecho a subsanación del deudor o “right to cure”<sup>117</sup>, entre otros, lo cual no es óbice para reconocer su importancia y para que en algún punto concreto se pueda hablar de ellos.

Del mismo modo, también sustraeremos de este análisis inicial de conceptos todo aquello que, más que con el retraso en cuanto a incumplimiento, se relacione con el cumplimiento. Por ello, el cumplimiento tardío, aunque sin duda tiene efectos de importancia sobre la situación de retraso y sobre la mora —cuya extinción implica<sup>118</sup>—, no será analizado aquí; de nuevo, sin perjuicio de que en algún momento pueda hablarse también del cumplimiento.

## 1. La mora

A lo largo del presente Capítulo hemos ido hablando ya de la mora; en concreto, de la mora del deudor.

Se trata del mecanismo que permite, en principio, otorgar relevancia jurídica al retraso en el cumplimiento, y que se ejercita, salvo los supuestos en que la norma expresamente exime al acreedor de esta carga —esto es, los supuestos de mora automática— a través de una interpelación del acreedor hacia el deudor.

La disciplina de la mora ha sido ciertamente muy tratada por la doctrina, siendo el retraso uno de los temas clave en materia de incumplimiento desde la promulgación del Código Civil. En este trabajo nos detendremos también en la mora, en la medida en que uno de los puntos diferenciadores en los distintos textos que vamos a ir tratando es, precisamente, el acogimiento o no de esta figura; diferencia que conlleva consecuencias de distinto calado para las partes de la relación obligatoria, tanto para el deudor como, también, para el acreedor.

Baste por ahora con indicar que compone un mecanismo capaz de situar al deudor en una posición de responsabilidad agravada, una vez que, llegado el momento de cumplimiento, éste no cumple. Por tanto, ha de tratarse de una obligación vencida,

---

117 Sobre esta cuestión, en general, y para lo que sea útil en relación con otros aspectos tratados en el presente epígrafe puede verse, para una referencia bien sintetizada, a Arroyo i Amayuelas, 2019, pp. 202, 203.

118 *Vid.* Scaevola, 1957, p. 593-595; y, recientemente, por todos, Díez-Picazo, 2008, pp. 686, 687, y Alonso Saura, 2011, pp. 31, 32.

exigible y líquida (aun con las matizaciones de las que algunos de estos requisitos, en particular, el último, han sido objeto). Y, además, hay cierto consenso en torno a que sólo procederá cuando el retraso sea culpable, y el cumplimiento posterior, posible<sup>119</sup>.

Por otra parte, en cuanto a sus efectos principales (y sin perjuicio de que pueda tener otros —bien la propia mora, por sí misma, bien en cuanto al retraso en que ésta consiste—), la responsabilidad a que da lugar para el deudor se expresa tanto en la obligación que para éste se crea de indemnizar los daños que, a partir de su puesta en mora, se produzcan a resultas del retraso, como la de hacerse cargo de los casos fortuitos acontecidos a partir del mismo momento.

Como veremos, se trata de una figura con muchísimos aspectos que resultan discutidos por la doctrina y cuestionados, también, por los distintos legisladores y redactores de proyectos de modernización varios. De la gran mayoría de ellos nos ocuparemos, desde la perspectiva que otorgan las nuevas tendencias en materia de incumplimiento, a lo largo de este trabajo.

Pero, además de hablar de la mora del deudor, ha de hacerse notar que la palabra “mora” también se emplea para hablar de otro fenómeno, que es el que se produce cuando el acreedor no coopera con el cumplimiento del deudor cuando ello es preciso para que dicho cumplimiento pueda darse (esto es, no se presta a recibir la prestación, no realiza alguna acción precisa para que el deudor pueda cumplir<sup>120</sup> o, en general, mantiene una conducta que provoca el retraso de la contraparte): se trata de la mora del acreedor o *mora creditoris*.

Aunque comparte denominación con la mora del deudor, por una parte de la doctrina se ha discutido que verdaderamente deba, desde el rigor técnico, denominarse mora, en el entendimiento de que el acreedor no tiene obligación de recibir la prestación, y que, por mucho que lo contrario pueda dar lugar a consecuencias, no estaríamos ante un supuesto de mora, puesto que no puede ser moroso el acreedor que no debe nada<sup>121</sup>.

---

119 Podemos remitirnos, para el estudio de sus requisitos básicos, a los autores clásicos de nuestro Derecho Civil, muchos de los cuales serán citados a propósito de la distinción entre mora y retraso en el Capítulo II; así como a la doctrina que será citada en las distintas partes del trabajo con relevancia para esta cuestión.

120 Sobre la posible distinción como presupuesto distinto de la mora del acreedor de la falta de cooperación en el cumplimiento, con respecto a la negativa injustificada a recibir el cumplimiento, *vid.* Sabater Bayle, p. 2002.

121 Scaevola, 1957, p. 577. Como muestra de las distintas corrientes existentes al respecto, y también en el ámbito de los comentaristas clásicos del Código, Manresa sí distingue entre la mora del deudor y la mora del acreedor, esta última como tal (1950, p. 125). Con posterioridad, y en relación con las distintas concepciones existentes, *vid.* Sabater Bayle, 1989, pp. 1998, 1999.

Al margen de las distintas interpretaciones doctrinales sobre si es o no un supuesto subsumible en la mora<sup>122</sup>, ciertamente su caracterización es bien distinta de la de la mora del deudor<sup>123</sup>, al no poder relacionarse con una obligación o deber específicos de facilitar el cumplimiento equiparable al deber de prestación que constriñe al deudor<sup>124</sup>.

En efecto, aunque ambas figuras responden al criterio general de que *ninguna parte de la obligación debe verse perjudicada por la conducta contraria a Derecho de la otra*, la causa jurídica varía en cada caso: así, mientras que la mora del deudor supone una infracción del deber de prestación, la mora del acreedor supone la vulneración del deber (en principio, secundario) de cooperación a la prestación<sup>125</sup>.

Por ello, el régimen que se le atribuye en nuestro Derecho es distinto del que se confiere a la mora del deudor; diferenciándose también de ésta en que dicho régimen puede considerarse de construcción jurisprudencial y, sobre todo, doctrinal<sup>126</sup>, toda vez que, al contrario de lo que sucede con la mora del deudor, el Código Civil no emplea artículo alguno en regularla expresamente, habiendo considerado la doctrina que sólo se puede entender incluida la figura, de manera implícita, en algunos preceptos del Código<sup>127</sup>.

---

*Vid.* también Cabanillas Sánchez, 1987, pp. 53 y ss.

122 Para Puig Brutau, se trata simplemente de una cuestión terminológica (2006, p. 421).

123 En contra, Zimmermann, quien opina que la mora del acreedor es la contraparte de la del deudor y no se diferencia, en esencia, de ésta (2006, pp. 817, 818; con análisis de la figura en el Derecho alemán y Romano en las siguientes páginas). El rango de interpretaciones doctrinales en relación con esta cuestión demuestra, como mínimo, que se trata de una figura que, si bien tiene una importancia teórica y práctica menor que la de la mora del deudor, no por ello deja de ser discutida.

124 Un importante sector doctrinal concuerda en señalar este aspecto como una carga, que no obstante también comporta beneficios para el deudor (por todos, Cabanillas Sánchez, 1987, pp. 72-75).

125 Caballero Lozano, 2003, p. 395.

126 *Vid.* Rubio Torrano, 1986, p. 3701. Este autor se hace eco de la prácticamente inexistente jurisprudencia recaída sobre el tema durante las primeras ochenta décadas de vigencia del Código Civil, destacando, además, que esta jurisprudencia no estudia la figura en todas sus dimensiones, en una tendencia corregida posteriormente, en sentencias como la de 30 de mayo de 1986 [Roj 2913/1986], que es la comentada por el autor y que destaca precisamente por tratar este objeto (pp. 3701 y ss.).

127 En concreto, la doctrina ha entendido que el régimen jurídico de la figura se extrae de los arts. 1176, 1185, 1505, 1589, 1590 y 1452 CC (Sabater Bayle, 1989, p. 2000), a los que se suman el 332 y 368 CCom y el 48 de la Ley Cambiaria y el Cheque (Cabanillas Sánchez, 1987, p. 57).

La mora del acreedor sí tiene, no obstante, importantes puntos de conexión con la mora del deudor, y, en particular, se considera que uno de sus efectos es, precisamente (y aunque no son sus concretos efectos, en general, una cuestión pacífica), que su concurrencia excluye a la mora del deudor. Esto es, que cuando el acreedor se considera en mora, se produce lo que se conoce como *cesación de la mora* del deudor, de la cual la mora del acreedor es una de las posibles causas<sup>128</sup>, y que supone la interrupción del estado de responsabilidad agravada que supone la mora y, con ello, la de sus efectos típicos: los riesgos pasan a estar a cargo, de nuevo, del acreedor<sup>129</sup>, mientras que el deudor ya no será responsable de los daños causados por el retraso —que ya no es, a partir de este momento, imputable a él—. Con esto se demuestra que la mora del deudor y la del acreedor son incompatibles, y, por tanto, no podrán darse de manera simultánea<sup>130</sup> (al menos, respecto de una misma prestación).

Además, se entiende que la mora del acreedor puede tener otros efectos, derivados del hecho de que el deudor ya no es tenido como incumplidor, cuales son que no proceda la resolución contra él o que sean de cargo del acreedor los mayores gastos para la liberación del deudor, amén de poder conformar, en sí misma considerada, una causa de resolución del contrato, en algunos casos<sup>131</sup>.

Y, desde luego, se ha de tener en cuenta que, en virtud del mecanismo de la consignación, que sigue al ofrecimiento de pago cuando el acreedor no coopera con el cumplimiento o rechaza (injustificadamente) el pago, el deudor puede verse liberado de la obligación, en virtud de los arts. 1176 a 1181 CC. De esta forma, mientras que el ofrecimiento de pago coloca al acreedor en mora, con la consiguiente exclusión de la mora del deudor, la consignación da lugar a la liberación del deudor, en general<sup>132</sup>.

---

128 Scaevola se refiere a la mora del acreedor como causa de la cesación de la mora hablando de la “resistencia del acreedor al cumplimiento” (1957, p. 592).

129 En este sentido, es clave, todavía hoy, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1986, ya citada, que se pronuncia en contra de la de jurisprudencia anterior que expresamente negaba que se diera este efecto. La delimitación concreta de este efecto es, empero, cuestión de controversia entre la doctrina, en relación con el posible alcance de la culpa como requisito y en perjuicio, según los casos, de ambas partes. Pueden verse posiciones contrapuestas en Cabanillas Sánchez, 1987, pp. 1402 y ss.; Moreu Ballonga, 2006, p. 523; o Albaladejo, 2011, pp. 160 y ss. Esta discusión, sin embargo, puede considerarse estéril por mor de las nuevas tendencias en materia de incumplimiento, como se verá.

130 En este sentido, Cano Martínez de Velasco, 1978, p. 36; *vid.* las distintas corrientes al respecto en Caballero Lozano, 1992, pp. 20-26.

131 Sabater Bayle, 1998, pp. 2016, 2017, y pp. 2021 y ss. para otros posibles efectos; Cabanillas Sánchez, 1987, pp. 93 y ss.

132 Como de la propia naturaleza de los distintos tipos de obligaciones se desprende, la consignación no es posible en las obligaciones de hacer. Sólo sería posible el ofrecimiento de la prestación. En el caso de las obligaciones de no hacer, se ha dicho que tampoco esto es posible,

Si acudimos, tras lo dicho, al nuevo concepto de incumplimiento amplio, neutro y objetivo implantado por los textos de modernización, podremos comprobar que el mismo puede incluir no sólo la falta de ejecución de la prestación en que puede incurrir el deudor, sino, en general, cualquier incumplimiento de los deberes que se deriven del contrato, a cargo de cualquiera de las partes contractuales. En este sentido, se ha dicho que la mora del acreedor puede considerarse como una forma más de incumplimiento<sup>133</sup>; lo cual podemos entender que se corresponde con la influencia anglosajona recibida por los textos de modernización<sup>134</sup> (y además, a su vez, permite neutralizar la discusión sobre si esta figura precisa o no de culpa en el acreedor).

Con todo, la doctrina, sin perjuicio de constatar la posibilidad de subsumir la mora del acreedor en este nuevo concepto amplio de incumplimiento, ha puesto en duda que realmente se hayan contemplado las especialidades que una figura así debiera traer consigo<sup>135</sup>. Como veremos, hay alguna excepción.

Hasta aquí pueden considerarse expuestas las cuestiones más importantes que sirven, en lo básico, para diferenciar a la mora del deudor de la *mora creditoris*; en la cual no volveremos a reparar a lo largo del trabajo, por no formar parte del objeto que en el se estudia, de manera que se traerá a colación únicamente cuando su interés lo justifique. De esta forma, téngase en cuenta que, cuando hablemos de mora, sin otros apelativos o precisiones, se ha entender la referencia hecha a la mora del deudor.

Y, por lo que a ésta respecta, la estudiaremos también en su relación con respecto a otras instituciones y figuras que trataremos en este trabajo.

---

y, de hecho, se ha discutido si la mora del acreedor puede darse respecto de este tipo de obligaciones (*vid.* al respecto, por todos, a Cano Martínez de Velasco, 1978, p. 91; Cabanillas Sánchez, 1987, pp. 1421 y ss.).

133 Vaquero López, 2016, p. 862. Roca Trías indica que todos estos textos asumen, de una forma u otra, la mora del acreedor, aunque “no tanto como causa de exoneración del deudor, sino como supuesto que impedirá al acreedor ejercitar alguno de los remedios previstos para el incumplimiento” (2011, p. 10).

134 *Vid.* Vaquero López, 2016, pp. 833, 834. Esta concepción se introduce a través de la CISG, cuando configura la cooperación del acreedor al cumplimiento como una verdadera obligación del comprador (art. 53), al tiempo que faculta al comprador para exigir al primero a que reciba las mercancías (art. 62). De igual modo, la noción amplia de incumplimiento (esencial, en este caso, que es el que se regula en la CISG) permite entender, al contrario de lo que sucede en la PMCC, que las acciones del acreedor podrían también suponer un incumplimiento.

135 *Vid.* Vaquer Aloy, 2003, pp. 527, 529, 530; *vid.* también a Vaquero López, que va comentando la regulación —expresa o no— de la mora del acreedor en los distintos textos de modernización (2016, pp. 843 y ss.).

## 2. Los aplazamientos

### 2.1. Los aplazamientos en general

La dilatación del plazo inicialmente previsto para el cumplimiento es un recurso dirigido, en principio, a evitar el incumplimiento definitivo, otorgando para ello una nueva oportunidad de cumplir al deudor y favoreciendo, así, el cumplimiento de las obligaciones, aun cuando pueda ser éste tardío, con las distintas circunstancias que ello comporte.

Se trata de una medida que, en principio, puede venir predeterminada por la ley; pero también puede ser decidida por el juez, en base a distintas consideraciones, o, incluso, por las propias partes del contrato. De esta suerte, encontramos que, dentro de los distintos tipos de aplazamiento que se observan, tal vez la clasificación más importante es aquella que acoge la división entre los aplazamientos de carácter judicial, aquéllos otorgados por las partes, y los que vienen determinados por la ley. El plazo será, por tanto, judicial, convencional o legal<sup>136</sup>.

Así, se habla de “plazos de gracia”, en general, para hacer referencia a “todo favor concedido al deudor en el cumplimiento de la obligación contraída, ya sea otorgado por el acreedor, por la ley o por el juez”<sup>137</sup>.

No obstante, cabe precisar que la doctrina ha puesto de manifiesto que plazo de gracia sólo sería, estrictamente hablando, aquél que concede el juez; y, además, para un sector de la doctrina, lo sería sólo aquél que el juez otorga (a pesar de la fuerza vinculante de los contratos consagrada por el artículo 1091 CC) en razón de la equidad, de causas justificadas, y no por imperativo legal u otras razones<sup>138</sup>. De este modo, en nuestro ordenamiento<sup>139</sup>, se identificaría como plazo de gracia el que se concede a propósito de la facultad judicial prevista en el artículo 1124.3 CC; mientras que otros supuestos en los que compete al juez fijar plazo —así, el que se prevé en el artículo 1128 CC para el caso de que la obligación no señale plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se deduzca que ha querido concederse al deudor (apartado primero), o

---

136 Reverte Navarro, 1975, p. 27, y la doctrina allí citada.

137 *Ibíd*, p. 13.

138 *Ibíd*, pp. 13, 29, 30.

139 En relación con esta misma cuestión a propósito de los distintos sistemas inglés y francés, es de interés la obra de Whittaker (2002, pp. 261-285), que, publicada con anterioridad a la reforma francesa, en gran medida se mantiene vigente en la medida en que el *Code civil* mantiene esta facultad judicial de otorgar plazo para el cumplimiento.



cuando el plazo hubiera quedado a voluntad del deudor (apartado segundo)<sup>140</sup>—, no compondrían, para esta doctrina, plazos de gracia<sup>141</sup>.

Con todo, al margen de que hablemos de “plazo de gracia” estrictamente, o no, de lo que no cabe duda es de que se trata de plazos de carácter judicial.

Sin embargo, además de estos supuestos, hemos mencionado que también existen aplazamientos de origen legal (es el caso de las moratorias de pago, fijadas, normalmente, como normas generales para toda una clase de deudores en atención a circunstancias excepcionales<sup>142</sup>), así como los que tienen su origen en las partes. Estos últimos tienen una importancia capital para nuestro estudio.

Por una parte, ha de reseñarse que la concesión de plazo tiene implicaciones, sobre todo, para el deudor que se encuentra ya en situación técnica de mora. A este respecto, se ha entendido por la doctrina que éste es uno de los supuestos en los que se produce la cesación de la mora. Sin embargo, cabe también plantearse si, además de cesar la mora, se purgan sus efectos ya devengados, que resultarían sanados por efecto del nuevo plazo concedido. En relación con el significado que para la mora tiene el otorgamiento de plazo, la mayor parte de la doctrina coincide en que sus efectos dependerán, esencialmente, de la voluntad del acreedor<sup>143</sup>.

Sin perjuicio de que más adelante retomemos esta cuestión, ha de decirse que la concesión de plazo por parte del acreedor nos interesa, especialmente, a propósito de la expansión de mecanismos que abogan por la unilateralidad en la aplicación de los remedios frente al incumplimiento, y la correspondiente reducción de los poderes de los jueces ante los distintos supuestos de incumplimiento.

Al margen de que el acreedor pueda, a su voluntad, establecer aplazamientos de pago al deudor por distintas razones, se ha de destacar un tipo de aplazamiento muy relevante en la actual configuración del Derecho de obligaciones y contratos a nivel

---

140 Al margen de que detrás de este artículo hayan o no razones de equidad que motiven la fijación del plazo, estamos con el autor en que no se trata, en puridad, de fijación de un plazo adicional para el cumplimiento, sino de fijación del momento de cumplimiento de la relación obligatoria, por lo que, en puridad, no ha podido haber siquiera incumplimiento, como sucede en el caso del art. 1124.3 CC. *Vid.* Reverte Navarro, 1975, pp. 28, 29; también, Díez-Picazo, 2008, p. 375).

141 Admite Reverte Navarro que esta precisión no es unánime en la doctrina (*ibíd.*).

142 Así, las dictadas después de la Guerra Civil española (en Beltrán de Heredia, 1956, p. 251, puede consultarse una lista exhaustiva de las mismas), o las recientemente dispuestas con ocasión de la crisis sanitaria mundial de 2020, en virtud de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 18 de marzo; 11/2020, de 31 de marzo; o 19/2020, de 26 de mayo.

143 Scaevola, 1957, pp. 594, 595; Castán, 1988, p. 216; Díez-Picazo, 2008, pp. 686, 687; Lacruz, 2011, p. 249.

europeo: hablamos del mecanismo *nachfrist*, también conocido, entre nuestra doctrina, como *mecanismo de notificación-resolución*.

## **2.2. El *nachfrist* o mecanismo de notificación-resolución**

Este mecanismo tiene su origen en el Derecho alemán, concretamente, en la figura conocida con el mismo nombre de *Nachfrist*, que aparece regulada en el § 323 BGB (y anteriormente, en el § 326 BGB, hasta la reforma del BGB de 2002). En virtud de este procedimiento, el acreedor otorga un plazo adicional al deudor para cumplir, que ha de ser razonable, y cuyo transcurso sin que se verifique el cumplimiento faculta al acreedor para resolver la obligación, sin necesidad de probar la gravedad o esencialidad del cumplimiento.

A decir de la doctrina, en comparación con el plazo del artículo 1124.3 CC, no tiene carácter extraordinario ni proviene, desde luego, del juez; pudiendo identificarse como una conducta ordenada por la buena fe, que al mismo tiempo confiere una segunda (y última) oportunidad al deudor para cumplir y proporciona seguridad al acreedor en torno al éxito de la pretensión resolutoria una vez vencido el plazo<sup>144</sup>.

Por lo que hace a su regulación en el ordenamiento alemán, y sin ánimo de ofrecer en absoluto un examen detallado, puede destacarse que con anterioridad a la reforma de 2002 nos encontrábamos ante un sistema de resolución que giraba en torno a dos únicos conceptos de incumplimiento: la imposibilidad y la mora. Mientras que el primero de ellos daba lugar a la resolución inmediata, según el antiguo § 325 BGB, el segundo de ellos facultaba a resolver a través del mecanismo *Nachfrist*<sup>145</sup>, en el contexto de un sistema de difícil comprensión que dejaba huérfanos de regulación un buen número de supuestos de incumplimiento<sup>146</sup>.

Además, es importante destacar que el sistema resolutorio giraba, salvo en los supuestos de mora, a la que se aplicaba el *Nachfrist*, sobre la idea del incumplimiento esencial; de esta combinación entre ambos modelos resolutorios, con preponderancia del incumplimiento esencial, beben la CISG y, con ella, la generalidad de los textos que implementan el *modelo CISG* de incumplimiento<sup>147</sup>, con algunas diferencias (por ejemplo, que en los textos no se exija que en la comunicación que concede el último

---

144 González Pacanowska, 2013, p. 8240.

145 *Vid.* San Miguel Pradera, 2004, pp. 43-47, 455-458.

146 *Vid.* Zimmermann, 1996, pp. 809-814; Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 122-127; Vattier Fuenzalida, 2005, p. 65.

147 Palazón Garrido, 2016a, p. 898.

plazo se adjunte la advertencia de que se rechazará el cumplimiento efectuado con posterioridad, como sí se preveía en el Derecho alemán anterior a la reforma<sup>148</sup>).

En la actualidad, por el contrario, el sistema alemán establece una norma fundamental única en materia de incumplimiento (§ 280 BGB), por influencia de la CISG<sup>149</sup>, y un solo tipo de resolución, de carácter unilateral, extrajudicial, y cuya pieza central es el mecanismo *Nachfrist*<sup>150</sup>. En virtud de éste, necesariamente se ha de conceder antes de la resolución un plazo adicional para que el deudor cumpla salvo que se den los supuestos que, entre otras precisiones<sup>151</sup>, el mismo § 323 BGB recoge y que hacen referencia a casos en los que, en general, la concesión de plazo resulta superflua<sup>152</sup>, por entenderse que el cumplimiento posterior puede descartarse<sup>153</sup>: así, cuando el deudor deniega seria y definitivamente la prestación (apartado (2) 1), en los casos de plazo o término esencial (apartado (2) 2), o, en general, cuando existan circunstancias especiales que justifiquen la inmediata resolución, ponderándose los intereses de ambas partes (apartado (2) 3).

En estos casos, que se plantean como excepciones a la regla general, por razones lógicas, y que se han equiparado al incumplimiento esencial por la doctrina alemana<sup>154</sup>, la resolución podrá ser inmediata<sup>155</sup>. La imposibilidad, por otra parte, recibe su propio tratamiento en el § 326 BGB, parágrafo que no contempla la necesidad de otorgar plazo previo (en consonancia, se ha estimado, con la Directiva 99/44/CE)<sup>156</sup>.

Además de adoptarse este modelo resolutorio en el que la concesión previa de plazo es la regla general, se destaca por la doctrina que el incumplimiento no ha de ser, como bajo la vigencia de la antigua norma, de carácter culpable; sino que la resolución pasa a configurarse como un remedio totalmente independiente de este tipo de consideraciones, en lo que supone uno de los avances más notables de la reforma,

---

148 *Ibid*, p. 899.

149 Ebers, 2003, p. 1593.

150 Por todos, Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 209-211.

151 *Vid.* Albiez Dohrmann, 2002a, pp. 1180-1182.

152 Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 8.

153 Albiez Dohrmann, 2002a, p. 1180.

154 *Vid.* Arroyo i Amayuelas, 2019, p. 195.

155 San Miguel Pradera, 2004, pp. 475, 476.

156 Ebers, 2003, p. 1596.

además de una mayor claridad en la regulación general de la resolución<sup>157</sup>. Por ello, el ámbito objetivo de la resolución resulta ampliado<sup>158</sup>.

Debe tenerse en cuenta, además, que el citado mecanismo se configura como necesario, también, de cara a otros remedios frente al incumplimiento, como veremos<sup>159</sup>; si bien se entiende vigente el límite general de que un incumplimiento menor no cualifica al acreedor para acudir a la resolución, tampoco aunque fije un plazo razonable<sup>160</sup>.

Pues bien, esta figura se exporta desde el BGB y se implementa a través de dos vías distintas, que se interrelacionan en algún punto (además, en un sentido doble<sup>161</sup>): se aprecia su inclusión tanto en los distintos textos de modernización (que, como sabemos, en su mayoría son, a pesar de su influencia, textos de *soft law*; pero no siempre, destacando el caso de la CISG), como en el Derecho europeo de consumo.

Tanto en uno como en otro caso debe partirse de la idea de que se incorporan algunos cambios con respecto a la configuración original del *Nachfrist* en el ordenamiento alemán, y que, en general, el mecanismo se presenta de modo simplificado, entendiéndose que se exporta su funcionamiento básico en cuanto a mecanismo a utilizar, principalmente de cara a la resolución, pero se prescinde de todas las complejas consecuencias que de él se derivan en su ordenamiento de origen<sup>162</sup>.

En cuanto a la presencia del mecanismo *nachfrist* en los textos de modernización, ésta se tratará a propósito del análisis de los textos en el Capítulo III.

Por lo que hace a la segunda vía referida de implementación del mecanismo, hemos de referirnos a las disposiciones comunitarias sobre derechos de los consumidores<sup>163</sup>. Así, en primer lugar, la Directiva 1999/44/EC —que, a su vez, influyó

---

157 Albiez Dorhmann, 2002a, pp. 1177-1179; Markesinis/Unberath/Johnston, 2006, pp. 420 y ss.

158 San Miguel Pradera, 2011, p. 50.

159 *Vid. infra* Cap. VI, apartado II.1.

160 Markesinis/Unberath/Johnston, 2006, p. 422.

161 También los textos de Derecho uniforme y las propias Directivas de consumo (en concreto, la 44/99) han supuesto una influencia para la versión reformada del BGB. Lo comentamos a lo largo del apartado; *vid.* también Ebers, 2003, pp. 1596, 1597, que trata precisamente esta cuestión.

162 *Vid.* López López, 1998b, p. 426.

163 Sobre la incorporación del mecanismo en ambas Directivas *vid.*, en general, Arroyo i Amayuelas, 2019, pp. 203 y ss. Por otra parte, y en la medida en que, como se ha indicado, también las Directivas de consumo han ejercido su influencia sobre el BGB, se ha subrayado por la doctrina que es posible dudar sobre la conformidad con la Directiva de la regulación de ciertas

decididamente en la reforma del BGB<sup>164</sup>—, que la doctrina ha identificado, en un buen número de aspectos, con la CISG, señalando la influencia anglosajona recibida por ambas<sup>165</sup>. Del mismo modo, sus soluciones en materia de resolución se han comparado con el modelo *nachfrist* —entendiendo la regulación de la Directiva más cercana a su espíritu original en el ordenamiento alemán que la regulación de la figura en el sistema incorporado en la CISG<sup>166</sup>—, a pesar de no exigir un plazo para resolver, al subordinar el ejercicio del resto de remedios al derecho a la corrección del incumplimiento por parte del deudor (art. 3.3)<sup>167</sup>, y, además, al relajar los requisitos para resolver y permitirlo a propósito de la falta de conformidad —siempre que el incumplimiento no sea nimio— (art. 3.6)<sup>168</sup>.

Y, en segundo término, y sobre todo, la Directiva 2011/83/UE, que implementa claramente el mecanismo en su artículo 18.2, con referencia a un “plazo adicional adecuado a las circunstancias” y, en consecuencia, se ha entendido por la doctrina que introduce algunas de las soluciones que se debaten en materia de modernización del Derecho de obligaciones y contratos<sup>169</sup>.

Esta vía de implementación, como se podrá imaginar, resulta de la mayor trascendencia puesto que, a pesar de operar en relación a un sector muy concreto (aunque en crecimiento) de la contratación<sup>170</sup>, las Directivas tienen el poder de introducir cambios directos en la regulación de los Estados miembros. Así, por mor de éstas, el mecanismo *nachfrist* viene a introducirse, en favor del consumidor, en el artículo 66 bis del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios; concretamente, en su apartado segundo.

---

cuestiones en el Derecho alemán (Ebers, 2003, pp. 1558 y ss.; Zimmermann, 2005, pp. 97 y ss.).

164 *Vid.* Ebers, 2003, pp. 1596; Zimmermann, 2005, p. 97; Arroyo i Amayuelas, 2019, pp. 193, 194.

165 Vattier Fuenzalida, 2005, p. 58, 63.

166 Markesinis/Unberath/Johnston estiman que, al contrario que el CISG, la Directiva sigue más fielmente el modelo alemán del *Nachfrist*, en particular, en sus artículos 6.3 y 6.6, que se refieren a la falta de conformidad (2006, p. 422).

167 Entiende Zimmermann que también en el nuevo BGB puede entenderse que la generalidad de los remedios se supeditan al derecho de corrección del acreedor, en virtud de lo dispuesto por los §§ 437 y ss. BGB (2005, 104-106).

168 Arroyo i Amayuelas, 2018, pp. 16-19.

169 González Carrasco, 2013, p. 1277.

170 Y de que tenga, la Directiva 2011/83/UE, muchas excepciones en cuanto a su ámbito de aplicación (González Carrasco, 2013, p. 1276).

Aunque ni el TRLGDCU ni la Directiva 2011/83/UE se refieren a un “plazo razonable”, sino, como se ha destacado, a un “plazo adicional adecuado a las circunstancias”, se trata claramente del modelo *nachfrist*<sup>171</sup>. Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre el concreto modelo introducido en esta norma, puede indicarse ahora que la introducción del mecanismo en esta norma supone la positivación de un procedimiento que, además de ser reclamado, como veremos, por importantes sectores de nuestra doctrina, ya puede verse recogido, en normas de alcance general, en otros ordenamientos próximos al nuestros.

En este sentido, es posible detectar que, mientras que su inclusión no se aprecia en los Códigos de tradición latina (como el nuestro, el francés, o, también, el italiano de 1865)<sup>172</sup>, es una solución adoptada por muchos otros (además del alemán, evidentemente, también otros como el italiano actual, el portugués, el austriaco, o el suizo, al margen de lo que se dirá en torno al nuevo *Code* francés)<sup>173</sup>.

En nuestro ordenamiento, por el contrario, no se ha optado, de momento, por incluirlo expresamente salvo en el citado artículo 66 bis TRLGDCU en materia de consumo, lo cual ha sido valorado de manera no muy positiva por la doctrina, además de por la oportunidad perdida que representa de actualizar nuestro Derecho de obligaciones y contratos —globalmente considerado—, por la falta de coherencia apreciable entre esta solución y otras de nuestro ordenamiento<sup>174</sup>.

Después de todo lo dicho, se comprenderá la relevancia de este muy particular aplazamiento para nuestro estudio; la cual queda confirmada con el hecho de que las Propuestas de modernización españolas lo recogen expresamente y que justifica, a su vez, que lo tratemos con mayor profundidad a lo largo del trabajo.

---

171 En idéntico sentido sobre el TRLGDCU, Fenoy Picón, 2015, p. 913. *Vid.* también, de la misma autora y obra, pp. 875-928, sobre el modelo *nachfrist* en el TRLGDCU.

172 *Vid.* Fenoy Picón, 2011, p. 1577.

173 Vaquero López refiere su inclusión en otros sistemas: el finlandés, el sueco, o el belga (en este último, con menor importancia) (2016, p. 842). Palazón Garrido indica a este respecto que, aunque suelen citarse como paradigmas de esta tendencia el *nachfrist* y el *common law* (en el cual, como veremos, existen algunos mecanismos que pueden considerarse comparables), son muchos los ordenamientos que siguen este régimen (2016a, p. 894).

174 González Carrasco ha lamentado que no se haya aprovechado la ocasión para introducir una reforma general del Derecho de obligaciones y contratos, limitándose el legislador a trasponer la Directiva (2013, p. 1218). En el mismo sentido, aunque de manera más incisiva y detallada, se refiere a esta cuestión Carrasco Perera (2015, pp. 166, 168, 169). Aún con la lógica que estas críticas llevan consigo (especialmente, reparando en la falta de coherencia interna que respecto de más de un punto de sistema, siguiendo a Carrasco Perera, se presenta, quizás cabe entender que una reforma de tal calado necesariamente requiere de un proceso modernizador interno más profundo y sosegado.

### **3. Los remedios frente al incumplimiento relacionados con el retraso**

#### **3.1 La enumeración de los remedios que pueden cobrar relevancia a propósito del retraso**

Como es evidente, muchas de las distintas consecuencias del incumplimiento van a estar vinculadas al retraso.

Situándonos en los modernos remedios frente al incumplimiento, que bien sirven para simplificar y unificar las distintas consecuencias y acciones que emanan del incumplimiento, y entendido el retraso, como se ha dicho al comienzo de este epígrafe, como el supuesto en el que no se ejecuta prestación alguna, encontramos que los remedios que se vincularán al mismo son, principalmente, el remedio de suspensión de la propia prestación, el de cumplimiento (evidentemente, siempre que el retraso no comporte un incumplimiento definitivo), el de indemnización de daños y perjuicios, y, en último lugar, el de resolución.

De todos ellos daremos ahora una simple pincelada, teniendo en cuenta que algunos de ellos se analizarán a lo largo del trabajo.

En relación con la suspensión del propio cumplimiento, puede decirse que su configuración como remedio supone la generalización de uno de los efectos típicos de las obligaciones sinalagmáticas, reconocido en nuestro ordenamiento en la figura de la *exceptio non adimpleti contractus*, que permite al contratante a quien es solicitado el cumplimiento oponer el propio incumplimiento de la contraparte<sup>175</sup>.

En cuanto al remedio de cumplimiento, evidentemente, éste sólo procede en los casos en los que dicho cumplimiento todavía sea, como mínimo, posible. La forma en que deba darse efectividad al cumplimiento (con preponderancia del cumplimiento específico, o a través del cumplimiento por equivalente) es una cuestión concreta que dependerá del modo en que en cada sistema se regule la cuestión.

En comparación con su regulación actual en nuestro Derecho, y sin centrarnos más que en su configuración como remedio autónomo, es que esta precisa manera de regularlo, que implica su independencia con respecto a la resolución, permitiría, en principio, separarlo de los requisitos fijados para la resolución por el artículo 1124 CC,

---

<sup>175</sup> Vid. Gómez Calle, 2012, p. 48; Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 77 y ss. San Miguel Pradera destaca que el remedio de suspensión del cumplimiento es un remedio de carácter sustantivo, mientras que la *exceptio* es de naturaleza claramente procesal (2011, p. 1690).

que, según ha entendido alguna jurisprudencia, habrían de ser aplicables también a la pretensión de cumplimiento<sup>176</sup>.

Hablaremos también en estas páginas, en más de una ocasión, del remedio indemnizatorio. Por ahora, puede decirse de él que es un remedio acumulable y compatible, en principio, con cualquier otro<sup>177</sup> —por lo que el daño total a considerar, compatible con el que se deriva del retraso, dependerá del incumplimiento acaecido y, además, de las posibles condiciones que para la indemnización de ese concreto daño pudieran, en su caso, fijarse— y que, además, como se ha adelantado, es común que en los textos que estudiaremos se sujete a posible excusa a alegar por parte del deudor.

Sin embargo, de entre todos estos remedios, quizá uno de los más problemáticos y complejos en su relación con el retraso sea el resolutorio. Entre otras cuestiones, resulta de interés conocer cuándo el retraso, y en qué condiciones, puede llegar a resultar un incumplimiento de entidad suficiente como para fundamentar la resolución del contrato.

Como quiera que se trata de un remedio sobre el que basaremos muchas de las cuestiones que trataremos, parece conveniente en este momento ofrecer una panorámica general sobre el mismo, en lo que a los efectos de nuestro estudio resulte útil.

### **3.2. La resolución. Su relación con el retraso**

El precepto básico en materia de resolución —en realidad, el único que, en sede de normas generales sobre incumplimiento, trata la materia en nuestro Código— es el artículo 1124 CC, ubicado —deficientemente— en la Sección dedicada a las obligaciones puras y condicionales, aunque no hace referencia a condición alguna<sup>178</sup>.

En el estudio de los distintos modelos resolutorios<sup>179</sup>, se ha dicho que la resolución puede ser, por un lado, judicial o extrajudicial, mientras que, por otro, puede basarse bien en el incumplimiento esencial o de gravedad suficiente, o en el transcurso infructuoso de un plazo adicional para cumplir (esto es, el modelo que hemos estudiado como *nachfrist*); además de los posibles modelos, más residuales, de resolución automática. De entre estos distintos modelos, normalmente, las soluciones judiciales suelen vincularse al incumplimiento esencial, y las extrajudiciales a la concesión de plazo y un menor margen de poderes reservado al juez.

---

176 *Vid.*, entre otras, la STS de 12 de marzo de 2009.

177 Siguiendo, además, lo que ya dice el art. 1124 CC (*vid.* Verdera Server, 2014a, p. 81).

178 Por todos, Ogáyar y Ayllón, 1983, pp. 44 y ss.

179 *Vid.*, al respecto, a San Miguel Pradera, 2004, pp. 36-54; Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 115 y ss.; Palazón Garrido, 2016a, pp. 888 y ss.



En general, se ha entendido que los sistemas que tienden a la judicialización del conflicto son más respetuosos con la voluntad de las partes, puesto que no deja la posible resolución al arbitrio de una de ellas, y, además, tienden en mayor medida a la conservación del contrato<sup>180</sup>. Por el contrario, los modelos que se apoyan en la mayor libertad de actuación para las partes son más proclives a una resolución rápida y sencilla, lo que, por una parte, evita a las partes los costes —tanto económicos, como de tiempo, como, si se quiere, de certidumbre— inherentes a los procesos judiciales, y, por otra parte, facilitan un mayor dinamismo y rapidez en el tráfico jurídico, lo que podría explicar el auge de dichos modelos.

Con todo, en la práctica pueden observarse distintas combinaciones de los distintos modelos. De hecho, en varios de los textos que analizaremos se aprecia un modelo combinado entre el concepto de incumplimiento esencial (o *fundamental breach*) y el mecanismo de plazo adicional (o *nachfrist*)<sup>181</sup>.

En el caso español, a partir del artículo 1124 CC, y gracias a una importante labor de interpretación jurisprudencial, puede determinarse que el sistema resolutorio es de corte judicial, y basado, aunque el artículo citado no diga nada al respecto, en el incumplimiento esencial o de gravedad suficiente<sup>182</sup>. Por tanto, la norma general es que el acreedor que se vea perjudicado por el incumplimiento del deudor deberá acudir al juez y, si éste considera que el incumplimiento producido es de suficiente entidad, decretará la resolución de la obligación.

Sin embargo, la resolución extrajudicial —llevada a cabo unilateralmente por el acreedor, sin recurso al juez, y sin perjuicio de posible confirmación (o rechazo) posterior en vía judicial— se ha venido admitiendo por nuestra jurisprudencia desde momentos relativamente tempranos tras la aprobación del Código Civil<sup>183</sup>; aunque la falta de regulación expresa de esta posibilidad, y, también, de una jurisprudencia lo suficientemente detallada y uniforme, ha determinado que las directrices para el

---

180 *Vid.* Kleinschmidt/Grob, 2015, p. 687.

181 Palazón Garrido identifica este modelo combinado como el propio del Derecho uniforme (2016a, p. 884).

182 Sobre este sistema y las posibles razones para ello, *vid.* Fernández Urzainqui, 1997, pp. 54 y ss.; Fenoy Picón, 2009, pp. 214, 215, y 2011, p. 1575; también, Rodríguez-Rosado, 2013, 211 y ss. Y, en general, Díez-Picazo, 2005, y 2008, pp. 849 y ss.; González Pacanowska, 2013, pp. 8218 y ss.

183 Un reconocimiento temprano de esta posibilidad, con cita de jurisprudencia de primeros del siglo pasado, lo hacen Pérez/Alguer (1933, pp. 196, 201). *Vid.* también, por todos, Clemente Meoro, 1998, pp. 122 y ss., y 2011, pp. 7, 8; Gómez Pomar, 2007, p. 30; Díez-Picazo, 2008, p. 813; San Miguel Pradera, 2011, p. 1716; Roca Trías, 2011, p. 18; Salas Carceller, 2014, pp. 397 y ss. (sobre todo, pp. 407-412).

contratante que desea resolver sin acudir al juez no sean claras, lo que, en opinión de alguna doctrina, podría suponer un obstáculo a su admisibilidad<sup>184</sup>, mientras que otros autores han intentado establecer algunas pautas al respecto<sup>185</sup>.

En segundo lugar, y por lo que hace al incumplimiento esencial como presupuesto que permite al acreedor acudir a la resolución, la cuestión ha provocado un buen número de incertezas y discusiones. Entre otras cosas, porque en Derecho español no contamos —desde luego— ni con una definición de lo que sea el incumplimiento esencial como las que se recogen en los textos de modernización, ni con un sistema basado en un incumplimiento de carácter amplio y unitario al que se asocien remedios, con la sistemática que en los mismos textos se aprecia —aunque últimamente destacan algunos loables esfuerzos jurisprudenciales por acercar las categorías propias del Derecho español a las de estos textos en esta materia<sup>186</sup>—. Más bien, al contrario: ya hemos avanzado que el tratamiento que del incumplimiento hace nuestro Código Civil no destaca, precisamente, por su claridad, y que la interpretación que la jurisprudencia hace del mismo, correspondientemente, no puede tampoco ser epítome de sencillez.

Así, la jurisprudencia ha tenido que estudiar los incumplimientos resolutorios en función de los distintos tipos y modalidades de incumplimiento, y, de entre todos ellos, es, precisamente, el retraso uno de los que más dificultades ha causado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, en la labor de búsqueda de una cierta sistematización y uniformidad de criterios.

En primer término, hay algunos supuestos que pueden resultar de gran ayuda a los Tribunales a la hora de juzgar si el retraso puede ser considerado resolutorio (o que, incluso, limitan la función judicial en el ámbito de la resolución<sup>187</sup>): así, la existencia de un término esencial, de una condición o cláusula resolutoria expresa<sup>188</sup> (como la que se

---

184 Álvarez Vigaray, 2009, pp. 260, 261; San Miguel Pradera, 2004, pp. 367, 368.

185 Destaca el estudio de San Miguel Pradera (2004, pp. 367-514).

186 *Vid.*, en concreto, la ya citada STS de 25 de mayo de 2016, que se ocupa, entre otras cuestiones, de identificar los conceptos habitualmente utilizados por nuestra jurisprudencia con las definiciones de incumplimiento esencial que se encuentran en los distintos textos.

187 En relación con la exclusión de la participación del juez y el art. 1505 CC, así como otras excepciones a la resolución judicial, *vid.* Palazón Garrido, 2016a, pp. 891 y ss. En relación con el art. 1504 CC y la supresión de la facultad discrecional del juez de otorgar plazo de cumplimiento *ex* art. 1124.3 CC, Gregoraci Fernández (2015, p. 145). En relación con el término esencial como supuesto que impide, también, otorgamiento judicial de plazo, González Carrasco, 2014, p. 314.

188 Que, a pesar de su nombre, no funciona como condición, sino como pacto resolutorio (Clemente Meoro, 2014, p. 323; *vid.* el resto de la obra, entre otras, en relación con el retraso resolutorio en los supuestos a los que se aplica el precepto (con abundante cita de jurisprudencia)).

prevé en el art. 1504 CC, supuesto complejo que puede considerarse que limita la eficacia del pacto comisorio<sup>189</sup>), o de supuestos de resolución automática (así, el artículo 1505 CC, en materia de compraventa de bienes muebles, que se ha considerado una condición resolutoria implícita<sup>190</sup>).

Aunque, en particular, los supuestos previstos en los artículos 1504 y 1505 CC tienen efectos más radicales<sup>191</sup>, se ha de tener en cuenta que, pese a que las partes pueden pactar como resolutorio un retraso que, por su gravedad, no lo sea<sup>192</sup>, en muchas ocasiones el Tribunal termina por examinar la entidad del retraso, y, en concreto, se tiende a analizar la verdadera eficacia del término pactado como esencial, en función de si verdaderamente actúa como tal en el contexto del contrato<sup>193</sup>, o si dicho pacto puede identificarse, más bien, con una *cláusula de estilo* sin ulterior eficacia<sup>194</sup>.

Pues bien, si en estos supuestos ya pueden aparecer complicaciones, cuando no nos encontramos ante ninguna de estas situaciones, determinar si el retraso es suficientemente grave como para justificar la resolución puede transformarse en una tarea todavía más compleja.

Durante un cierto tiempo, se entendió que la constitución en mora era un requisito imprescindible para la resolución; ello fue debido, además de a la concepción de algunos autores, que entendían que la constitución en mora del deudor era el mecanismo que permitía entender que el deudor había incumplido —o, en una expresión más utilizada, “fijar el hecho del incumplimiento”—<sup>195</sup>, también por una línea jurisprudencial que decía que el simple retraso no era suficiente para resolver (entre

---

189 Por todos, Ataz López, 2013c, pp. 10.646 y ss., en particular, p. 10.649.

190 Álvarez Moreno, 2013, p. 1645.

191 Arroyo i Amayuelas, 2019, p. 193.

192 STSS de 5 de febrero de 2014, 28 de junio y 30 de diciembre de 2015.

193 Vid. Cano Martínez de Velasco, 1978, pp. 19, 23; con explicaciones sobre los distintos tipos de plazo esencial, en función de su *sanabilidad*, Cardenal Fernández, 1979, pp. 81 y ss., y también Macanás, 2016, pp. 9-11; Díez-Picazo, 2008, pp. 384, 385; Carrasco Perera, 2017, pp. 1090, 1096.

194 En este sentido, Verdera Server, 2014b.

195 Vid. Cristóbal Montes, 1985a, pp. 119, 120, 126. En contra, Díez-Picazo, 1969, pp. 399, 400. Una posición reseñable es la de Díez-Picazo Giménez, quien, aunque considera que la mora no es, en sí misma considerada, requisito de la resolución, entiende que sólo puede considerarse verificado el incumplimiento cuando el acreedor requiera el cumplimiento —lo que, en la práctica, da lugar al efecto de que el deudor siempre habrá de ser puesto en mora antes de la resolución— (1996, p. 405, entre otras).

otras cuestiones, la STS de 5 de enero de 1935 decía que “el mero retraso no equivale a verdadero y propio incumplimiento”<sup>196</sup>.

En relación con esta última, que se considera superada, se ha indicado que fue fruto de una interpretación incorrecta o simplificada: a lo que esta doctrina jurisprudencial se refería, es a que un simple retraso no es necesariamente, en sí mismo considerado, un incumplimiento resolutorio, debiendo concurrir otras circunstancias de las que se desprenda la gravedad del incumplimiento<sup>197</sup>. Pero, como hemos avanzado ya, el retraso puede suponer un incumplimiento y determinar, definitivamente, la resolución<sup>198</sup>, marcadamente cuando acaree la inutilidad de la prestación, la frustración del fin del contrato, o las legítimas expectativas de la parte<sup>199</sup> o también, en planteamientos jurisprudenciales con mayor incidencia reciente<sup>200</sup>, cuando no resulte exigible una mayor espera al acreedor<sup>201</sup>.

Dicho esto, ha de entenderse que cabe perfectamente basar la resolución en un retraso aun faltando la mora, cuando éste sea lo suficientemente grave, pudiendo entenderse que ésta no es, por tanto, requisito de la resolución, posición que es, además, la que ha asumido la doctrina mayoritaria<sup>202</sup>. Entre otras razones, porque puede considerarse que una y otra van dirigidas a fines distintos, lo cual se aprecia ya observando que la mora requiere la posibilidad de cumplimiento posterior —y requiere, además, la efectiva exigencia del cumplimiento al deudor—, mientras que la resolución procede en los supuestos en los que el incumplimiento puede entenderse como definitivo y el cumplimiento o bien ya no es posible, o bien ya no es deseado por el acreedor<sup>203</sup>.

---

196 Por todas, además de la de 5 de enero de 1935, las STSS de 10 de marzo de 1949, 20 de noviembre de 1984, 13 de julio de 1985, 25 de enero de 1991. En relación con las primeras sentencias en este sentido, *vid.* Jordano Barea, 1951, pp. 303, 304 y ss.

197 Díez-Picazo lo lleva entendiendo así desde hace décadas (*vid.* 1969, pp. 383 y ss., 394 y ss.; 2008, pp. 659 y ss., 832 y ss.), pudiendo ser considerado como el autor que fijó esta posición (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 224).

198 En el mismo sentido, González Carrasco, 2014, p. 293.

199 STSS de 9 de junio de 1986, 1 de abril de 2014, 14 de junio de 2011, 21 de marzo de 2012, 25 de octubre de 2013, o 25 de abril de 2018, entre otras muchas.

200 *Vid.*, no obstante, sentencias anteriores reseñadas por Gil Rodríguez (2013, p. 1628).

201 STSS de 5 de abril de 2006 y 27 de junio de 2011.

202 *Vid.*, por todos, Fernández Urzainqui, 1997, pp. 60, 61, 74; Clemente Meoro, 1998, pp. 346 y ss.; Fernández González-Regueral, 1998, pp. 53 y ss.; Andreu Martínez, 2003, p. 159; Alonso Saura, 2011, p. 32; Álvarez Vigaray, 2009, pp. 198 y ss. (y, en particular, p. 209).

203 *Vid.* Cano Martínez de Velasco, 1978, pp. 34, 35; Cristóbal Montes, 1985a, pp. 92-96.

No obstante, no puede tampoco prescindirse de algunas ideas apuntadas por alguna doctrina, que, fundadamente, entiende que la constitución en mora será, una señal de la gravedad del retraso, y que su falta podría indicar lo contrario<sup>204</sup>; al tiempo que, para otros autores, resolver sobre la base de un incumplimiento retrasado, cuando este retraso se hubiera prolongado en el tiempo, y sin haber constituido en mora al deudor, puede considerarse una conducta contraria a la buena fe<sup>205</sup>. Estos planteamientos matizan la regla general en la materia de que la constitución en mora no es requisito de la resolución.

A su vez, estas ideas han de combinarse con el hecho de que la constitución en mora no es suficiente, por sí sola, para determinar la gravedad del retraso y su cualidad de resolutorio: por tanto, ni es requisito de la resolución ni sirve como único expediente sobre el que fundamentar la resolución<sup>206</sup>.

Por tanto, como se ve, cuando nos hallemos ante una resolución basada en un retraso en el cumplimiento, será preciso estudiar las circunstancias concurrentes para determinar si el retraso verdaderamente justifica el recurso a la resolución<sup>207</sup>; si es, en fin, resolutorio. Y, en esta tarea, algunas señales podrán ser de utilidad —por ejemplo, que se haya constituido al deudor en mora—, pero no serán suficientes, ni en su presencia ni en su ausencia, para llegar a conclusiones sobre la procedencia de la resolución.

Es un sistema indubitablemente complejo, y no siempre ofrece a las partes el grado idóneo de seguridad; pero, a su vez, estas características se corresponden, en suma, con las que pueden observarse en cualquier sistema que se base primordialmente en el incumplimiento esencial para construir su sistema resolutorio.

En la actualidad, la jurisprudencia se está abriendo paulatinamente a algunas de las nuevas soluciones propuestas por los textos de modernización (a tal efecto puede verse la STS de 25 de mayo de 2016, ya citada y de la que más adelante hablaremos en profundidad). Y es que, como veremos, modelos como el del plazo adicional pueden

---

204 *Vid.* González Pacanowska, 2013, pp. 8221, 8222; González Carrasco, 2014, pp. 310-312. Desde un punto de vista distinto, producto de la influencia de doctrinas jurisprudenciales ya superadas (como la relativa a la voluntad rebelde del deudor al cumplimiento como requisito para resolver), lo dice también Ogáyar y Ayllón (1983, pp. 89-91).

205 Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 223-225.

206 En este sentido, Clemente Meoro, 1998, pp. 346 y ss.; Díez-Picazo, 2008, pp. 832 y ss.; Gil Rodríguez, 2013, p. 1628; Carrasco Perera, 2017, p. 1096.

207 Es de interés leer a González Carrasco, en relación con los supuestos que, en una situación de retraso, permiten, a su juicio, acudir a la resolución, sin necesidad de esperar a la frustración definitiva del interés contractual (2014, pp. 295-303).

ofrecer una mayor seguridad a este respecto; razón por la cual la generalidad de los textos que analizaremos incorporan lo que podríamos denominar este *nuevo modelo resolutorio*, con raíces en la doctrina alemana, que, sin perjuicio de los distintos matices que podrán apreciarse en función del texto concreto que se consulte, implica optar por soluciones extrajudiciales, entre las que cabe contar tanto el ejercicio extrajudicial o unilateral de la resolución, como también, y de manera muy señalada, la adopción del sistema de plazo adicional o *nachfrist*<sup>208</sup>.

Más adelante retomaremos todas estas cuestiones, a propósito de la explicación del *nachfrist* y su posible expansión en nuestro ordenamiento. De momento, el resumen ofrecido servirá para encarar la explicación de los distintos sistemas resolutorios acogidos por los textos que se examinarán, así como para contrastar las soluciones que algunos de los mecanismos que hemos destacado ofrecen al respecto.

#### **4. La cláusula penal**

Además de todos los mencionados, existen otros mecanismos dispuestos por el ordenamiento para otorgar relevancia al retraso del deudor.

Entre los que las partes pueden fijar por vía convencional, y dejando de lado los que se relacionan directamente con la resolución (como el término esencial o el pacto de condición resolutoria expresa, antes mencionados), adquiere particular relevancia la cláusula penal, que permite anudar consecuencias al incumplimiento del deudor sin necesidad de que el plazo se considere esencial o conduzca a la resolución<sup>209</sup>, y, que, además, puede relacionarse, sobre todo, con los casos en los que el plazo no tiene carácter esencial.

Aunque puede preverse para distintos tipos de incumplimiento, uno de los supuestos más frecuentes —y que, también, más discusiones doctrinales y jurisprudenciales ha provocado— es aquél en el que las partes fijan una cláusula penal para el supuesto de retraso del deudor.

Este mecanismo se recoge también, como veremos, en los distintos textos que se inscriben en las tendencias modernizadoras del Derecho de obligaciones y contratos; aunque no puede decirse que su particular regulación implique una innovación del grado de la que sí suponen otras cuestiones, como son los nuevos modelos resolutorios, la

---

208 En relación con los supuestos en los que el retraso adquiere relevancia en este nuevo modelo resolutorio, sin perjuicio de lo que veremos, puede consultarse una exposición sistemática a propósito de la regulación contenida en los PECL por Vaquero López (2016, p. 857, 858).

209 De hecho, la STS de 25 de mayo de 2016, ya citada, apunta a que la inclusión de una cláusula penal no conduce a pensar que el retraso fuera esencial, sino todo lo contrario. *Vid.* también Carrasco Perera, 2016, p. 6.

posible adopción de nuevos conceptos o sistemas de mora del deudor, o la introducción del mecanismo de notificación-resolución.

No obstante esto, su interés justifica que, junto con todos estos temas, en momentos posteriores de este trabajo la tratemos, tanto al hilo del estudio de los distintos textos que analizamos, como a propósito de su relación con la mora y de las consecuencias que, en una comparación entre la regulación que de la figura se hace en nuestro Código Civil vigente y en los textos de modernización, tiene para el deudor que se retrasa en el cumplimiento.





## Capítulo II. Las relaciones entre retraso y mora

**Sumario:** I. EL PAPEL DE LA MORA ANTE LA POSIBLE RELEVANCIA DEL MERO RETRASO; II. LA DEFENSA DE LA MORA COMO ÚNICO RETRASO JURÍDICAMENTE RELEVANTE; III. LA POSIBLE EFICACIA DEL MERO RETRASO PARA ALGUNOS EFECTOS TÍPICAMENTE ASOCIADOS A LA MORA. LOS ARGUMENTOS EN TORNO A LOS ARTÍCULOS 1100 Y 1101: 1. El artículo 1100 CC; 2. El artículo 1101 CC: 2.1. La morosidad; 2.2. Las contravenciones del tenor de la obligación. IV: CONSIDERACIONES SOBRE LA FUNCIÓN DE LA MORA Y OTROS POSIBLES ARGUMENTOS: 1. La mora y el efecto indemnizatorio en la tradición jurídica. Estudio de antecedentes; 2. La importancia del efecto indemnizatorio en relación con la función de la mora. V. UNA CONCLUSIÓN SOBRE EL DEBATE Y UNA REFLEXIÓN SOBRE LA COMPLEJIDAD DE LA CUESTIÓN Y EL RECURSO A LA “CONVENIENCIA”; VI. OTROS POSIBLES EFECTOS DEL MERO RETRASO; VII. LA INCIDENCIA DE LAS PROPUESTAS SUPRANACIONALES EN LA RELACIÓN MORA-RETRASO.

### I. El papel de la mora ante la posible relevancia del mero retraso

Si nuestro estudio se centra en el retraso en el cumplimiento de las obligaciones, es evidente que tendremos que conocer de qué manera la institución jurídica de la mora, que en nuestro Código se presenta como manifestación o efecto principal del retraso, se interrelaciona con todas las consecuencias que el retraso como incumplimiento temporal o *actual* puede llegar a suponer.

En este sentido, es preciso fijar nuestra atención sobre la relación que existe entre la mora y el retraso no constitutivo de mora, que ha dado lugar a un conocido debate doctrinal en el ámbito de nuestro ordenamiento.

La cuestión cobra especial relevancia al conocer que las nuevas tendencias modernizadoras del Derecho de obligaciones y contratos optan por incorporar el mero retraso como institución capaz de provocar efectos jurídicos que incluyen los que típicamente se habían asociado a la propia mora, poniendo así en cuestión la utilidad de esta propia figura. No obstante, es preciso tener en cuenta que éste es un tema sobre el que nuestra doctrina ya venía estando enfrentada con anterioridad, pudiendo identificarse con claridad una construcción doctrinal del mero retraso como institución

capaz de generar efectos jurídicos, nacida de la puesta en duda de la interpretación durante mucho tiempo imperante sobre el tratamiento del retraso en el Código Civil.

Parece que, antes de analizar el tratamiento específico del retraso en los textos de modernización, y para poder establecer cualquier conclusión a propósito de la comparación con nuestro ordenamiento, será preciso conocer con exactitud el modo en que nuestro Derecho regula la cuestión. Esto nos obliga a retomar el debate doctrinal en torno a los efectos del mero retraso y su relación con la mora.

Puede adelantarse ahora que existen dos corrientes bien diferenciadas, aun con sus matices, y que el hecho de apreciar una u otra cosa va a determinar que la mora presente unos perfiles distintos, según que se prediquen de ella sus dos efectos tradicionales, o que el mero retraso cope alguno de ellos.

En este sentido, Díez-Picazo ha señalado que la mora puede entenderse de dos maneras diferenciadas, en función de que se adopte una visión u otra:

En primer lugar, la mora puede ser entendida, como lo hacía la total unanimidad de los autores tradicionales, como la única manifestación del retraso o, según dice Díez-Picazo, como “la traducción del retraso a términos jurídicos”, lo cual determinaría, necesariamente, que el retraso no constitutivo de mora fuera “un hecho jurídicamente intrascendente”; sólo cuando a éste se aparejan otros requisitos (“los presupuestos necesarios para entender al deudor constituido en mora”, dice el autor), aparecen una serie de consecuencias jurídicas y, en expresión del autor, “el retraso es elevado a la categoría de lesión del derecho de crédito<sup>1</sup> y de violación de la relación obligatoria”<sup>2</sup>.

En segundo lugar, encontramos la segunda tesis conforme a la cual la mora es una “situación de responsabilidad especialmente agravada”<sup>3</sup>, en el sentido de que, si bien el deudor ya sufre algunas consecuencias por su retraso antes de ser situado en el estado de mora (singularmente, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos), su situación se agrava a consecuencia de la misma, puesto que ésta produciría el traspaso

---

1 ¿Cabría suponer que el retraso, de seguir esta línea de pensamiento, no sería entendido como una manifestación de incumplimiento? Parece que podría contestarse que no, porque el hecho de que el mero retraso no tenga los efectos de la mora no implica que no pueda tener otros efectos distintos, anudados al incumplimiento, como veremos.

2 Díez-Picazo, 2008, p. 658.

3 *Ibid.* Otros autores han designado a la mora, dentro de esta visión, con otras denominaciones. Es el caso de Díez-Picazo Giménez, quien dice preferir tildar a esta responsabilidad, más que de “agravada” o “cualificada”, de “especial” (1996, p. 509), haciendo referencia, según parece, a que no necesariamente es una responsabilidad más grave la que comporta.

de los riesgos del acreedor al deudor, entre otras posibles consecuencias (así, el devengo de intereses en las obligaciones dinerarias).

Al margen de que pudiéramos pensar que la mora siempre da lugar a una situación que pudiéramos denominar como de responsabilidad agravada para el deudor, en comparación con su situación anterior, lo que nos interesa es, sobre todo, conocer si el retraso anterior a la constitución en mora tiene la virtualidad de causar daños indemnizables<sup>4</sup>.

## **II. La defensa de la mora como único retraso jurídicamente relevante**

Durante muchas décadas, la opinión unánime de la doctrina respecto al retraso ha sido la de que la única manifestación del mismo relevante jurídicamente era la del retraso constitutivo de mora. Es decir, el retraso que se da, bien tras la interpelación del acreedor, como supuesto general, bien tras la llegada del término de cumplimiento, para los casos de mora automática previstos por la norma, todo ello siempre según los dictados del artículo 1100 CC.

Bajo este planteamiento de mora interpelatoria como criterio general, y dejando al margen los supuestos de mora automática, en principio excepcionales, el período de retraso producido entre que la obligación vence y deviene exigible hasta ese momento en el que el acreedor reclama el cumplimiento y, consiguientemente, constituye al deudor en mora, no tendría ningún tipo de relevancia.

Hay múltiples ejemplos de esta forma de concebir la mora en la doctrina española, adquiriendo especial relevancia en esta cuestión los autores que pertenecen a la tradición clásica, toda vez que la primera interpretación que de los dictados del Código se hizo tendía claramente hacia esta dirección.

Fijando nuestra atención sobre el Proyecto de Código Civil de 1851, o de García Goyena, se aprecia cómo el artículo 1007, que regula la mora, es ciertamente similar al actual 1101 CC. Como éste, no se encarga de definir la mora ni necesariamente prejuzga que ésta haya de ser el único tipo de retraso relevante. Del mismo modo, García Goyena no se pronuncia al respecto en el comentario de dicho artículo. Por ello, para tratar de conocer si el autor otorgaba valor al mero retraso en el cumplimiento, es preciso acudir a otros preceptos y a sus comentarios; aunque no es fácil encontrar una afirmación contundente que nos saque de dudas.

---

4 Cano Martínez de Velasco introducía esta cuestión cuando se planteaba si la indemnización debía “cubrir la lesión producida por todo el retraso” o sólo por aquella que se daba tras la constitución en mora (1978, pp. 110, 111).

Así, a propósito del artículo 1011 del Proyecto, homólogo del actual 1101 del Código, el autor sólo dice que “todos los Códigos están de acuerdo sobre este artículo: el dolo y la culpa ó negligencia no deben perjudicar sino á su autor, y los números 3 y 4 envuelven por lo menos la culpa<sup>5</sup>”. Una oportunidad perdida, por tanto, de conocer qué es exactamente esa “morosidad” de la mano del propio autor del Proyecto, si es que se piensa que el texto podría utilizar la palabra de un modo más general, refiriéndose también al mero retraso<sup>6</sup>. Y, en el comentario al artículo 1017, dedicado a los intereses en las obligaciones dinerarias, en el que expresamente se dice que “Cuando la obligación se limitase al pago de una cantidad determinada (...), el deudor que se constituya en mora...”, conectando, pues, claramente, la deuda de intereses por retraso con la morosidad entendida en sentido técnico o estricto, a juzgar por la expresión utilizada. El comentario del autor hace referencia al “retardo ó mora”<sup>7</sup>, cosa que la literalidad del precepto no hace, lo cual arroja la idea de que, como es habitual en la doctrina clásica, ambos conceptos se utilizan como equivalentes, entendiendo que la referencia se hace a la situación de mora técnica, que sería, por tanto, el único retraso relevante.

También en materia de condición resolutoria se menciona al retraso, en este caso en el comentario del artículo 1042, para distinguir la ejecución de la obligación “de un simple retardo”<sup>8</sup>, expresión que no arroja especial luz a la materia puesto que, nos parece, trata simplemente de distinguir los supuestos en los que hay un incumplimiento definitivo, eficaz a los efectos de la cláusula resolutoria prevista por el artículo, de aquellos en los que lo que hay es un retraso en el que todavía cabe un cumplimiento posterior, y que por tanto no comporta incumplimiento resolutorio.

También se refiere al “simple retardo” García Goyena a propósito del artículo 1081 del Proyecto, relativo a la cláusula penal pactada por las partes, cuyo cumplimiento puede pedir el acreedor “contra el deudor moroso”, cuando dice que “el simple retardo en la ejecución del contrato puede ocasionar perjuicios, que se trata de

---

5 García Goyena, 1852, p. 48. Como puede suponerse, este comentario de García Goyena funcionó durante mucho tiempo como importante apoyo para la postura que defendía la necesaria culpa del deudor como criterio de imputación del incumplimiento.

6 Al contrario de lo que se observa en los comentarios de otros preceptos del Proyecto, en este punto el autor no se detiene en explicar cuáles son las fuentes inspiradoras del mismo. Precisamente, algunos de los argumentos que utilizan los autores que entienden que en esta “morosidad” del artículo 1101 cabe toda forma de retraso tienen que ver con los precedentes legislativos o el derecho comparado.

7 García Goyena, 1852, p. 51.

8 *Ibíd.*, p. 81.

compensar con la pena convencional, pero será necesario pactarlo expresamente”<sup>9</sup>. Ciertamente, podría plantearse si aquí se da virtualidad al mero retraso con respecto a la pena convencional y si esto supone una aceptación indirecta del hecho de que ese simple retardo puede dar lugar a perjuicios, lo cual podría suponer una quiebra de la idea de que sólo la mora tiene eficacia en relación con la indemnización de daños y perjuicios. Pero igualmente podría pensarse que, como ya se ha estimado respecto de otros comentarios, la referencia al “simple retardo” vendría justificada por la comparación con el incumplimiento definitivo, mientras que al utilizarse la expresión “deudor moroso” (y no “deudor retrasado”, o “deudor retardado”) en el propio artículo 1081 se estaría haciendo referencia, efectivamente, al deudor incurso en mora técnica. Teniendo en consideración la totalidad del sistema y las reflexiones antes apuntadas, la solución más coherente apunta a la segunda opción; y, en todo caso, cabe entender que el reconocimiento de eficacia indemnizatoria al mero retraso en un supuesto muy concreto, si fuera el caso, no tendría por qué desvirtuar el principio general de mora interpelatoria.

Parece que, en fin, por coherencia del propio sistema, tanto las llamadas al retardo como la expresión “morosidad” habrían de referirse a la mora, en lugar de a la más general situación de retraso. Esto podría predicarse, también, del uso que del vocablo se hace al comentar el artículo 1008, respecto a la posibilidad de pedir el pago de los intereses por falta de ejecución o ejecución defectuosa, dice el autor, “en cuanto se le hayan ocasionado por morosidad”<sup>10</sup>. Al respecto, cabe recordar que el artículo 1017 sujetaba el pago de intereses dinerarios, sin ambages, a la constitución en mora del deudor, lo cual sin duda podría ser extensible también a la indemnización de daños y perjuicios, se diera acumulativamente junto con los intereses o individualmente, en el caso de las obligaciones no dinerarias.

En relación con el traspaso de riesgos, no hay dudas respecto a la eficacia exclusiva de la mora, como se desprende de la lectura de los artículos 1006 y 1160 del Proyecto, equivalentes, en términos generales, a los que en el actual Código tratan la cuestión, y de sus comentarios en las Concordancias.

Otro autor de la época previa al Código civil cuyo examen puede resultar interesante en esta cuestión es Benito Gutiérrez, quien, sin perjuicio de algunas referencias al Proyecto de 1851, tomó como base otras fuentes vigentes en aquel momento.

---

9 *Ibíd.*, p. 115.

10 *Ibíd.*, p. 47.

Dice este autor que “diferir el cumplimiento de una obligación es constituirse en mora, cuyo resultado puede ser en algún caso la rescisión, é indefectiblemente la de abonar daños y perjuicios”<sup>11</sup>. Puede apreciarse esa conexión directa establecida tanto entre la circunstancia que supone diferir el cumplimiento de una obligación, capaz de conllevar una serie de efectos, con constituirse en mora, sin mención alguna del mero retraso, como entre la mora y el efecto indemnizatorio.

Además de esto, Benito Gutiérrez comenta los modos de constitución en mora, reseñando las diferencias existentes entre lo que sucede “por Derecho romano y patrio”, en el que se mantiene la constitución en mora por el vencimiento de la obligación en virtud del brocardo *dies interpellat pro homine*, con el modo de disponer esta cuestión en el Proyecto de Código Civil de 1851<sup>12</sup>, en el que esta máxima (como en el Código Civil) ya no se recoge<sup>13</sup>.

Posteriormente, enumera la morosidad como cuarta causa de responsabilidad “ó que pueden dar lugar a indemnización” por detrás del dolo, la culpa, y las contravenciones a lo pactado<sup>14</sup>. Sin embargo, más adelante —y aunque no se entiende muy bien por qué, si antes había separado ambas cuestiones al dividir las distintas causas de responsabilidad del deudor— el autor trata la propia morosidad, y no las contravenciones a lo pactado, bajo el título “Contravenciones a lo estipulado”. En este apartado, explica que el deudor que no cumple la obligación está obligado a indemnizar los daños por la falta de cumplimiento, relacionándolo con lo que llama “falta absoluta”

---

11 Gutiérrez Fernández, 1871, p. 56.

12 Dice el autor que “de estos principios difiere el Proyecto del Código que exige el requerimiento aun cuando en el contrato se haya señalado plazo ó día cierto”; y, a pesar de indicar la diferencia existente en este texto con respecto al conjunto de normas vigentes en ese momento, manifiesta que las excepciones que contiene el Proyecto a la necesidad de reclamar el cumplimiento para constituir en mora pueden reconducirse o identificarse, hasta cierto punto, con las que ya se prevenían en el Digesto o las Partidas (dice el autor que “sus dos excepciones son tan racionales que á ellas podrían referirse los únicos casos en que las antiguas leyes prescindían de este requisito”) (*ibíd.*, pp. 56 y 57).

13 Y ello, a pesar de la opinión del propio García Goyena, que lamenta que se haya importado la solución, “contraria al Derecho Romano y Patrio”, del Código Francés. Dice García Goyena en sus Concordancias que “los motivos de esta disposición, espuestos en los discursos 59 y 62 franceses, no me satisfacen (...). El plazo ó día cierto no suspende la obligación, sino el pago ó entrega: para esto se pone, y por esto solo dio á entender claramente el acreedor que quería ser pagado cuando se venciese el plazo, ó llegase el día sin necesidad de interpelación judicial: el deudor no puede alegar ignorancia” (1852, p. 44). Además, respecto de la previsión homóloga al primer supuesto de mora automática contenido en nuestro actual artículo 1100, expresa García Goyena que la estipulación que tendría el efecto de provocar dicha mora automática en las obligaciones a plazo vendría a “ser general y formularia en todas las obligaciones” de este tipo (p. 45).

14 Gutiérrez Fernández, 1871, pp. 59 y 60.

(de ejecución, se entiende). Esto mismo es aplicable “a la que llamaríamos relativa en caso de tardanza y morosidad”, distinguiendo los diversos supuestos apreciables en la práctica según que se tratara de obligaciones puras o sometidas a plazo, que, como hemos dicho, en la realidad anterior al Código se guiaban por criterios diferentes a los actuales.

En todo caso, y a pesar de estas diferencias, está bastante claro que el autor liga el derecho a indemnización por la falta de cumplimiento (en este caso, “relativa”) a la efectiva mora del deudor como situación diferenciada de la del simple retraso, producida en unos casos por el vencimiento de la obligación y en otros por el requerimiento del acreedor; opinión que refuerza con cita de la STS de 29 de abril de 1868, según la cual cuando el deudor no incurre en mora no estará obligado a pagar indemnización.

Un tercer autor decimonónico que nos parece significativo es Sánchez Román, quien realiza un interesante análisis en el que, por su fecha de redacción —la obra que citamos es de 1899—, ya puede confrontar el Derecho anterior a la promulgación del Código Civil, por un lado, con los dictados del mismo y la primera jurisprudencia recaída al respecto, por otro. En este sentido, puede ofrecernos una clara impresión sobre cómo se recibe el nuevo cuerpo legal que es el Código por parte de la primera doctrina y jurisprudencia, así como el modo en que los dictados del Derecho existente con anterioridad al Código impactaron en el mismo, incluyendo lo relativo a la cuestión del retraso y la mora.

El autor comienza su análisis de la mora hablando de las “Reglas de Derecho” anteriores al Código diciendo que “Mora o demora no es otra cosa que la dilación ó el retardo en el cumplimiento de una obligación, respecto del tiempo en que debía cumplirse”<sup>15</sup>.

En realidad, de esta definición por sí sola es difícil extraer si se está refiriendo a una demora en sentido no técnico, entendida como retraso en general, si se refiere al simple retraso, o si se está refiriendo a la situación técnica de mora y, por tanto, entendería esta última como única manifestación del retraso relevante.

Sin embargo, de la lectura se infiere que estamos ante este último caso al apreciar cómo el autor habla de constitución en mora (aunque no sea un argumento definitivo, ya que le da un sentido que dista un tanto de la concepción que se le da en el Código), y, sobre todo, cuando dispone cómo se da la mora en los distintos tipos de obligaciones, distinguiendo de nuevo entre las puras y las sometidas a plazo, reseñando la cuestión de

---

15 Sánchez Román, 1899, p. 300.

la abandonada máxima *dies interpellat pro homine*<sup>16</sup>, o las negativas, por otro lado, para las cuales dice el autor que no cabría la mora<sup>17</sup>.

También reseña, respecto a la doctrina jurisprudencial anterior al Código y bajo la rúbrica “mora e intereses, por incumplimiento de los contratos”, que “es doctrina constante del Tribunal Supremo que el deudor no cae en mora hasta que resulta líquida su deuda ó sea interpelado en la demanda”<sup>18</sup>. Independientemente de las matizaciones que cabría hacer sobre las formas de interpelación (la liquidez de la deuda, con matices, seguiría siendo un requisito de la mora), el autor deja clara la interrelación entre la mora y el devengo de intereses, diciendo expresamente —con reseña de varias sentencias— que “el deudor de una cantidad debe abonar intereses por ella desde el día en que se constituyó en mora”, y que “cuando no se incurre en mora no hay obligación en el deudor de indemnizar daños ó menoscabos”<sup>19</sup>, excluyéndose la eficacia del retraso a estos efectos para el Derecho anterior al Código Civil.

Posteriormente, el autor pasa a explicar qué se entiende por mora, confirmándose, una vez más, que se refiere al concepto en sentido técnico, cuyo elemento característico es “ordinariamente (...) el requerimiento judicial ó extrajudicial ó, mejor dicho, la exigencia por parte del acreedor, hecha al deudor, de que éste cumpla su obligación”.

La mora, así, se estudia en sede de incumplimiento (más concretamente, se estudia como “causa voluntaria de incumplimiento de los contratos”), sin que exista referencia alguna al mero retraso como productor de efectos jurídicos.

No obstante, puede observarse que el autor sí emplea, en ciertas ocasiones, el término “simple retardo”, y además lo equipara a la mora<sup>20</sup>. Parece claro, teniendo en cuenta lo que se ha dicho sobre el tratamiento de la mora en la obra del autor, que esta mención y esta equiparación entre mora y simple retraso va dirigida a distinguir la mora como única manifestación jurídicamente relevante del retraso del propio incumplimiento irreformable.

---

16 Explica el mismo autor que la evolución experimentada al respecto tiene que ver no con la eficacia que se predique de la interpelación como causa productora de la mora, sino que se entendía que la interpelación “se suplía en las obligaciones a plazo, por su vencimiento”, y con el Código esto deja de entenderse así, disponiéndose lo contrario y “habiendo desaparecido del Derecho vigente, según el Código, la fuerza de aquella máxima jurídica” (*ibíd.*, p. 333).

17 *Ibíd.*, pp. 300, 301.

18 *Ibíd.*, p. 322.

19 *Ibíd.*, p. 323.

20 Así sucede, por ejemplo, en las páginas 90 y 91, en las que, entre otras cuestiones, afirma que “en el supuesto de simple retardo o mora en el incumplimiento de la obligación de hacer (...)” tiene el acreedor que probar los daños que le causó la tardanza (*ibíd.*).



Tampoco puede pasarse por alto la contribución realizada por Manresa, quien se posiciona de manera mucho más clara que los autores ya citados en relación con el mero retraso cuando dice que “la constitución en mora se diferencia del simple retraso, porque supone el comienzo de un estado especial en ésta, la declaración, por decirlo así, más precisa y solemne de que empieza aquélla, y que también comienza con ella a surtir el retraso los efectos que de la misma son propios, haciéndose, por tanto, necesario determinar cuándo aparece la mora, y ese arreglo de tal declaración cabe distinguirla, según proceda de la ley, del convenio, o de la reclamación del acreedor”<sup>21</sup>.

De este modo, Manresa se encarga de establecer claramente la diferencia entre mora y simple retraso, fijando así que sólo en virtud de la primera (que, para el autor, supone “el comienzo de un estado especial”) comenzarán a surtir los efectos propios del retraso.

En esta corriente cabe incluir también a otros autores también activos durante la primera recepción del Código, como Demófilo de Buen<sup>22</sup> o Scaevola<sup>23</sup>, así como a otros posteriores pero que también se consideran buenos exponentes de la doctrina clásica, como Espín<sup>24</sup> o el más reciente Delgado Echeverría<sup>25</sup>, entre otros.

---

21 Manresa, 1901, pp. 55, 56.

22 De Buen, 1922, pp. 352-354.

23 Scaevola, 1957, p. 576.

24 En Espín Cánovas (1983) puede verse claramente cómo no ofrece ningún tipo de relevancia al mero retraso, cuestión que ni siquiera plantea, y que sin duda motiva el hecho de que en múltiples oportunidades utilice las expresiones “mora” y “mero retraso” como equivalentes, entendiéndolas sinónimas y, a la vez, opuestas a lo que el autor entiende como “verdadero incumplimiento”, que sería aquél que no permitiría un ulterior cumplimiento (esto puede verse, entre otras, en las pp. 181, 196, 199, 203, ó 209, siendo muy claro en esta última cuando dice que “la mora como mero retraso en el cumplimiento es una situación temporal (...”). En concreto, al definir la mora expresa que “A diferencia del verdadero incumplimiento que hace imposible la realización de la prestación (bien sea por dolo, culpa o caso fortuito) el mero retraso da lugar tan sólo a un incumplimiento temporal que no impide el ulterior cumplimiento. Cuando dicho retraso es debido a culpa y no a caso fortuito, se denomina técnicamente mora (...”) (pp. 204, 205), apreciándose cómo identifica ambos conceptos (mero retraso y mora), con la única puntualización de que la segunda precisaría de la culpa para constituirse, siendo irrelevante el retraso, se entiende, de no concurrir la culpa. Algo similar puede decirse de su comentario sobre el 1101 CC, sobre el que dice que se responde por dolo, culpa cumplimiento inexacto y “retraso (mora)” (p. 197). En otras ocasiones, además, expresamente liga algunos efectos de la obligación o el incumplimiento directamente a la mora, en un sentido que permite concluir que no otorga, como decimos, relevancia alguna al retraso no constitutivo de mora (pp. 82, 131); siendo, por último, bastante significativo (aunque carezca de importancia material) el hecho de que en el índice alfabético de materias la voz “retraso en el cumplimiento” vaya seguida por dos puntos y la expresión “véase mora” (p. 783).

25 Delgado Echeverría, 1985b, p. 245.

Hasta este momento, la generalidad de los autores no reparan en la existencia del mero retraso como algo distinto a la mora o, como mucho, lo diferencian de ésta para negarle cualquier tipo de relevancia. Esta concepción se corresponde con la idea de que sólo es incumplimiento el culpable, y es la constitución en mora la que determina la culpabilidad del autor, de tal forma que el posible retraso acontecido con anterioridad a la situación de mora, desde luego, no es tenido como incumplimiento<sup>26</sup>, y, en algunos casos, ni tan siquiera se reconoce su existencia.

Entre los autores representativos del punto de vista clásico, cabe destacar a Castán, quien reconoce que existen ya esfuerzos doctrinales por fundamentar la relevancia del mero retraso y pasa por la cuestión un tanto de puntillas. El autor explica que puede entenderse el vocablo “mora” en dos sentidos, a saber, el lato, según el cual “se entiende por mora o demora el retraso en el cumplimiento de la obligación”, o el sentido “propio y jurídico”, según el cual “sólo es mora el retardo culpable, que no quita la posibilidad del cumplimiento tardío”<sup>27</sup>. Como se ve, verdaderamente, esta definición, por sí misma, no supone un argumento a favor o en contra del mero retraso relevante. Sin embargo, sigue diciendo el autor que el retraso puede entenderse de otro modo a aquel en que la práctica unanimidad de los autores (y la jurisprudencia) lo entienden, aunque lo hace casi anecdóticamente, en una nota al pie en la que señala los esfuerzos doctrinales que un sólo autor (se trata de Cardenal Fernández, en su obra de 1979), ha llevado a cabo con el fin de “introducirlo en nuestro ordenamiento”, al amparo de una interpretación diversa del artículo 1101 CC, entre otros argumentos<sup>28</sup>.

Más allá de esta tímida referencia hecha por Castán, otros autores se encargan de recoger la discusión que en cierto momento se palpa ya entre la doctrina.

Entre éstos, puede citarse a Hernández Gil, que presenta la cuestión —en una nota a pie de página— en su obra de 1962 “La intimación del acreedor en la mora ex persona”. El autor, a pesar de indicar que “sólo la constitución en mora determina que el retardo sea productor de singulares consecuencias jurídicas”, o que la mora hace que “la situación de mero retardo se convierta en un estado jurídico relevante”, reconoce que no hay unanimidad en torno a que, dentro de los supuestos de retraso, sólo la mora pueda generar efectos legales<sup>29</sup>.

---

26 *Vid. supra* Cap. I, apartado II.1.

27 Castán, 1988, p. 210.

28 *Ibid.*, p. 213.

29 Hernández Gil, 1962, p. 332.

Respecto de las distintas posiciones, lo cierto es que no se explaya demasiado en explicar la fundamentación que haría posible la conceptualización del mero retraso como relevante<sup>30</sup>, mientras que sí recoge los argumentos que apoyarían la posición contraria (con la que el autor se identifica). En este sentido, se refiere a alguna sentencia del Tribunal Supremo<sup>31</sup>, así como a la propia redacción del artículo 1101 CC (“pues la indemnización está condicionada a la constitución en mora”), y al artículo 1108 CC, que, en palabras del autor, “confirma esta tesis” al fijar la indemnización de daños y perjuicios a la propia mora (“y sólo se incide en mora con la concurrencia de los requisitos que impone el artículo 1100”)<sup>32</sup>.

Con independencia de estos argumentos, la aportación de Hernández Gil sirve para reconocer las ideas sobre el mero retraso jurídicamente relevante como *no excesivamente nuevas*, al menos. No obstante, debe tenerse en cuenta que estas ideas se manejaban con anterioridad por la doctrina de otros países, desde donde pudieron importarse, destacándose el caso italiano, donde la discusión (basada, ciertamente, en una configuración distinta de la cuestión en el *Codice Civile*) se planteaba ya en estos momentos con total solidez<sup>33</sup>.

---

30 Sólo dice que, para algunos, la única diferencia entre la mora y la “tardanza sin mora” se encuentra en el efecto conocido como *perpetuatio obligationis*; cuestión en la que entraremos más adelante (*ibíd.*).

31 La de 21 de mayo de 1904, quizás menos relevante en nuestros días.

32 Hernández Gil, 1962, p. 332.

33 En la década de los 70 ya reflejaba Giorgianni como perfectamente asentada la cuestión del mero retraso como relevante a efectos indemnizatorios, posicionándose, además, a favor del retraso como origen tanto de la indemnización de daños y perjuicios por el retraso (*vid.* también Breccia, 1991, p. 588), como de los intereses en el caso de las obligaciones pecuniarias (1975, pp. 138 y ss.). Esta última cuestión (la falta de necesidad de mora en las pecuniarias), en particular, no es en absoluto pacífica en la doctrina italiana (sobre la discusión, Breccia, 1991, pp. 601 y 602; en contra, Bianca, 1979, pp. 338 y ss., 340 en particular).

Sin embargo, como decimos, la *tardanza* de la doctrina española en plantear este tema, en comparación con la italiana, debe contextualizarse, puesto que, en contraste con los términos de nuestro Código Civil, en el italiano el artículo 1218 liga la responsabilidad civil del deudor y su obligación de resarcir el daño expresamente al retraso, y no a la mora; además de, por otra parte, hacer correr los intereses de pleno derecho con el mero retraso para las obligaciones pecuniarias líquidas y exigibles en virtud del artículo 1282 (a pesar de que el artículo 1224 ligue esta obligación, en principio, a la constitución en mora; artículo que ha sido interpretado casi como una extravagancia por la corriente que, encabezada por Giorgianni, defiende la eficacia del retraso también a estos efectos, indicando que la constitución en mora se precisa sólo para los supuestos previstos en el artículo 1219; que, por lo demás, es muy generoso a la hora de diseñar supuestos de mora automática (entre ellos se incluirían, precisamente, los casos en los que la obligación fuera de entrega de una suma de dinero (Ricciò, 2002, p. 1307).

De este modo, resulta natural que, mientras que aquí apenas habían surgido algunas voces que cuestionaban la *omnicomprensión* de la mora, allí la cuestión se planteara con solidez. Al fin y al

De vuelta a nuestra doctrina, a finales de la década de los 70, y casi al filo del comienzo de la popularidad de la doctrina contraria, Cano Martínez de Velasco considera que el simple retraso no tiene “efectos jurídicamente en relación a la mora”, sumándose a la lista de los autores que niegan eficacia indemnizatoria al mismo, si bien sí se la concede en razón a otras cuestiones, como la resolución, en algunos casos<sup>34</sup>.

Esta postura se mantiene en las obras de autores de influencia u orígenes clásicos que han escrito recientemente sobre la cuestión, como sucede con Albaladejo<sup>35</sup>, que en la última edición de su manual de Derecho de obligaciones, publicada en el año 2011, dispone que “se llama mora del deudor (...) al retraso jurídicamente relevante en el cumplimiento de la obligación (que ni impide ni hace inútil el cumplimiento tardío) del que es responsable aquél”; definición de la cual se extrae, interpretándola a sensu contrario, que el retraso no constitutivo de mora no será jurídicamente relevante, entre otras cuestiones<sup>36</sup>. Al mismo tiempo, también configura el cumplimiento “tardío o moroso” como aquél en el que la prestación se ejecuta “después de haber incurrido el deudor en mora”, por lo que puede fácilmente deducirse que una prestación ejecutada tardíamente pero sin que concurriera la mora no conformaría, para el autor, un cumplimiento tardío, al no conceder relevancia jurídica alguna a ese retraso no moroso.

O, en fin, y aunque no son mayoría, también se aprecia esta postura en la obra de autores más recientes, entre los que destaca Andreu Martínez<sup>37</sup>, para quien en el ámbito del ordenamiento español no es posible defender una decadencia del instituto de la mora o de sus efectos (haciendo referencia, en particular, el indemnizatorio), sin perjuicio de que puedan ser muchos los supuestos en los que la mora se dé de manera automática, manteniéndose, por tanto, el criterio de la mora interpelatoria como principio general en la materia<sup>38</sup>.

---

cabo, en ningún artículo de nuestro Código se dispone que la obligación de resarcir provenga del retraso, como sí sucede en el *Codice Civile*.

34 En la visión de Cano Martínez de Velasco, el mero retraso no tendría virtualidad alguna salvo para los supuestos en los que nos encontraríamos un pacto al respecto o un plazo esencial (1978, p. 7). El mismo autor le confiere también eficacia en el marco de las obligaciones negativas, disponiendo que, en ellas, el retraso simple configuraría un supuesto de mora automática (p. 8).

35 Albaladejo, 2011, p. 186.

36 Por ejemplo, que el retraso que hace inútil o impide el cumplimiento tardío, como es lógico, no supone ya sólo retraso sino que conduce a un incumplimiento definitivo, o la idea de la necesaria concurrencia de culpa del deudor en el retraso.

37 También otros, como Ordás Alonso (2014, p. 1).

38 Andreu Martínez, 2003, pp. 158, 159.

Como habrá podido ya advertirse, y en relación, sobre todo, con los autores clásicos, esta forma de entender el retraso no siempre se desprende únicamente de lo que éstos *dicen* —es decir, de conceptualizaciones concretas de la mora como retraso jurídicamente relevante, como las que acabamos de consignar—, sino también de lo que no dicen; y es que fácilmente se puede comprobar cómo, en muchos casos, estos autores conceden nula atención al retraso no constitutivo de mora, por lo que la cuestión no llega a tratarse en absoluto. Así, al analizar esta cuestión —y, sobre todo, esta corriente— será importante estudiar no sólo las manifestaciones expresas, sino también la totalidad de los estudios y del sistema que presentan estos autores, para conocer su visión de la cuestión.

Esta realidad ha de tenerse también en cuenta cuando se analizan los términos empleados por los primeros autores, que tienden a utilizar de manera indistinta conceptos (mora, retraso, retardo, mero o simple retraso o retardo, morosidad), que en la actualidad puede entenderse que han adquirido un significado distinto<sup>39</sup>.

Los autores más recientes, por el contrario, sí utilizan los términos con arreglo a su concepción actual; si bien ha de tenerse en cuenta que una buena parte de los autores que actualmente se ocupan de la cuestión se refieren a las nuevas tendencias que parecen estar imponiéndose sobre la corriente tradicional, lo que ha provocado que la discusión original en torno al modo en que la cuestión se disciplina en nuestro Derecho quede un tanto desplazada, a pesar de su importancia.

### **III. La posible eficacia del mero retraso para algunos efectos típicamente asociados a la mora. Los argumentos en torno a los artículos 1100 y 1101 CC**

Hemos visto ya que los autores clásicos defendían, en general, una única concepción del retraso jurídicamente relevante, identificado con la mora. De esta forma, estos autores, que Díez-Picazo tilda de “especialmente benévolo”, venían a entender que retraso y mora eran lo mismo, o bien que estos conceptos hacían referencia a una misma realidad. Sin embargo, el propio Díez-Picazo comenta que, aunque “de acuerdo con su

---

<sup>39</sup> En particular, se aprecia que “retraso” y “mora” son utilizados como sinónimos. Esta idea la ha apuntado también algún autor de los que tratan la postura opuesta, como es el caso de Díez-Picazo Giménez, para quien las definiciones de retraso recogidas por los autores de la doctrina clásica siempre relacionan el retraso con la mora, y la mora con el retraso (1996, pp. 415, 416).

significado usual, mora o demora es —se dice— lo mismo que retraso o retardo” y que estos términos “coinciden en línea de principio”, en realidad “no coinciden siempre”<sup>40</sup>.

Sobre la base de esta distinción aparece toda una línea de doctrinal que comienza por diferenciar entre lo que sea la mora y lo que sea el mero retraso, o el retraso no constitutivo de mora, en primer lugar, para entonces atribuirle a éste último una serie de efectos jurídicos, de forma que el deudor que incurre en este retraso deberá pechar con cierta responsabilidad derivada de su temporal incumplimiento.

Probablemente, los primeros autores de nuestra doctrina que señalaran la existencia de ese retraso no constitutivo de mora fueran Díez-Picazo y Cardenal Fernández. Según algunos estudios, éste último es el primer autor en *dar con el simple retraso relevante*<sup>41</sup>. No obstante, en la obra del mismo Cardenal Fernández puede apreciarse ya una cita a Díez-Picazo, quien, fijándose —con toda probabilidad— en la doctrina italiana, en la edición del año 1970 de sus Fundamentos ya apunta a la cuestión de las relaciones entre retardo y mora y al posible retraso no moratorio relevante<sup>42</sup>. Con todo, Cardenal Fernández hace un estudio pormenorizado, diseccionando el problema en lo relativo a la eficacia indemnizatoria del retraso simple, como no se había hecho hasta la fecha en nuestra doctrina<sup>43</sup>.

El análisis de esta cuestión requiere, claro está, de un respaldo legal, y la doctrina que apoya este posicionamiento se ha basado principalmente, y al margen de otros argumentos (entre ellos, los aducidos al abrigo de otros preceptos distintos<sup>44</sup>), en los artículos 1100 y 1101 del Código Civil.

---

40 Díez-Picazo, 2008, p. 656.

41 Baraona González, 1998, p. 21.

42 Cardenal Fernández, 1979, p. 149.

43 Cardenal Fernández refiere que algunos pocos autores extranjeros ya habían esbozado la posible existencia de un retraso no moratorio con algún tipo de trascendencia (*ibíd.*, pp. 150, 151). Además de la doctrina italiana, puede verse, en Venezuela, a Melich-Orsini, 1967, pp. 335-396.

44 Además de otros argumentos que se explicarán más adelante, autores como Baraona González (1998, pp. 122-180) o Cardenal Fernández (1979, pp. 334 y ss.) se encargan de examinar una serie de preceptos (o, en el caso de Baraona González, también de obligaciones o contratos concretos) en los que sería posible, al parecer, localizar supuestos de retraso que podrían no configurar, exactamente, supuestos de mora, y en los que dicho retraso tendría eficacia indemnizatoria. En relación con esta cuestión, *vid. infra* apartado IV.2.

## 1. El artículo 1100 CC

Acudiendo en primer lugar al artículo 1100 CC, lo primero que se aprecia es que éste no llega a disponer de manera expresa para qué tipo de supuestos está prevista su aplicación.

Decir que la mora se aplica a los casos en los que el deudor incurra en un retraso en el cumplimiento de la obligación puede parecer una clara obviedad. Pero lo cierto es que el hecho de que el artículo no se exprese explícitamente al respecto ha dado pie a manifestaciones doctrinales, como las expuestas por Díez-Picazo Giménez, en las que se han mostrado dudas sobre la constitución en mora, estimando que, de considerarse necesaria para dar al retraso el efecto indemnizatorio, debería entonces serlo también para los otros tipos de incumplimiento, y no sólo para el retrasado, pues supondría tratar al incumplimiento retrasado de manera distinta al resto de los incumplimientos<sup>45</sup>.

Dejando al margen la consideración de que es bien posible que, en efecto, el legislador quisiera que el incumplimiento consistente en retraso fuera tratado de manera ligeramente distinta al resto, y que por ello, precisamente, pergeñó el mecanismo de la mora, parece difícil estimar que el supuesto de hecho que el artículo contempla se trate de un supuesto distinto al del retraso.

Dice el artículo que “incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”. Al margen de lo expresivo de la palabra “mora”, que siempre ha sido entendida como equivalente a “retraso”<sup>46</sup>, está claro que el supuesto de hecho que el artículo describe es aquél en el que el deudor, obligado a una determinada conducta (de dar o hacer, dice el artículo), no la ha llevado todavía a término.

Evidentemente, el hecho de que en otros tipos de incumplimiento (el parcial, o el defectuoso) pueda entenderse que hay un retraso respecto de la prestación íntegra o la realmente debida no implica que la mora pueda darse ante otros tipos de incumplimiento que no sean el retrasado: en esos casos, de estimarse aplicable la institución de la mora, lo sería no respecto de la parte de la prestación ejecutada parcial o defectuosamente, sino, precisamente, respecto de la prestación correcta que todavía no ha sido ejecutada, y en relación a la cual el deudor se encuentra retrasado.

---

45 Díez-Picazo Giménez, 1996, pp. 403, 413, 416, entre otras.

46 Tanto la doctrina española (ya reseñada) como la extranjera se han referido de manera muy clara a esta realidad. En el caso de esta última, Breccia indicaba que “la ‘mora’ es sin duda un retraso, como testimonia la etimología indubitada del vocablo (1991, p. 588).

Por tanto, no parece que el artículo 1100 CC se refiera a supuestos distintos al del retraso en el cumplimiento.

Sentado esto, sabemos que el artículo 1100 regula la mora como consecuencia del retraso, pero el precepto no excluye en su literalidad la posibilidad de que el retraso producido con anterioridad a la constitución en mora tenga algún tipo de consecuencia. En sí mismo considerado, lo único que hace el artículo 1100 es indicar que el deudor se considerará incurso en la situación jurídica de mora una vez le sea exigida la prestación debida por el acreedor, cuáles son los supuestos de mora automática, y el funcionamiento de esta institución en las obligaciones recíprocas (todo ello, además, de manera bastante desafortunada, no siendo pocos los problemas interpretativos causados).

Pero, ciertamente, ni se pronuncia respecto al retraso no constitutivo de mora, ni tan siquiera indica cuáles sean los efectos de la mora, debiendo acudir a otros artículos para conocer este último aspecto; como tampoco dispone, lógicamente, si estos efectos pueden serlo sólo de la propia mora, o si también se harían extensibles al mero retraso.

Así, de entre los dos efectos típicos y principales de la mora (traspaso de los riesgos o *perpetuatio obligationis*, e indemnización de daños y perjuicios), parece que existe cierto consenso doctrinal en torno a que el traspaso de los riesgos se derivaría únicamente de la mora y no del mero retraso previo a la misma<sup>47</sup>. A esta conclusión, en todo caso, puede fácilmente llegarse a través de la lectura de los artículos 1096.3<sup>48</sup>, 1182<sup>49</sup> y, en sede de compraventa, el 1452<sup>50</sup>, que se refieren expresamente a la mora. La indemnización de daños y perjuicios por el retraso, por el contrario, es el aspecto que ha propiciado la división doctrinal de la que hablamos, puesto que es el efecto que, según muchos autores, tendría ya el mero retraso.

---

47 Véase, por ejemplo, a Gramunt Fombuena (1993, p. 9), Díez-Picazo Giménez (1996, pp. 460 y ss., entre otras), o Díez-Picazo (2008, pp. 676-680), entre otros.

48 “Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega”. El artículo deja pocas dudas. Se refiere a la situación de retraso moratorio, y no a ningún otro.

49 Este artículo dice que “Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”, lo cual, interpretado a sensu contrario, nos lleva a concluir que la pérdida o destrucción de la cosa tras la constitución en mora del deudor provocará el efecto conocido como *perpetuatio obligationis*; es decir, que la obligación no se extingue, sino que el deudor será responsable de dicha pérdida o destrucción precisamente por encontrarse en la situación jurídica de mora (o por haber concurrido la culpa, en su caso).

50 Artículo que supone aplicación de las normas de los dos preceptos anteriores a las compraventas de ciertos tipos de bienes.



A este respecto, el hecho de que el Código no declare que la mora es el único tipo de retraso relevante, como hacen otros ordenamientos de los cuales nuestro Código tomó inspiración (singulamente, el francés<sup>51</sup>), es, evidentemente, lo que deja abierta la vía a plantear la cuestión. Sin embargo, esta omisión no tiene por qué implicar una permisibilidad o, incluso, una admisibilidad del retraso no moroso como relevante.

Como mucho, parece que el silencio al respecto podría ser motivo de duda, pero no puede suponer argumento decisorio de la aceptación del mero retraso como lesión resarcible. Especialmente, si se toma en consideración el contexto en el que el Código Civil se publicó, en el que, como se ha explicado, la mora se entendía como único tipo de retraso no sólo relevante, sino incluso posible; lo cual, esta vez sí, va en perfecta consonancia con el antecedente que por su influencia supone el *Code* francés.

Así, la omisión respecto a la mora como único retraso relevante, si eso es lo que se quiso legislar, no necesariamente implica que se quisiera dar virtualidad al mero retraso; en sentido opuesto, podría igualmente argumentarse que, si se hubiera querido otorgar al simple retraso una determinada eficacia jurídica, también esto se habría dispuesto expresamente.

Algo que en todo caso se ha de tener en cuenta es que, desafortunadamente, la sistemática de nuestro Código no siempre es la más acertada, por lo que no siempre las omisiones en uno u otro sentido necesariamente implican algún tipo de conclusión; al margen de que el sentido del silencio, en sí mismo considerado, no siempre se presenta de modo claro.

No es difícil pensar, además, e interpretando el precepto en su contexto normativo, que la falta de previsión puede perfectamente provenir de la estimación de que el juego de los artículos 1100 y 1101 CC habría necesariamente de conducir a la conclusión de que el retraso constitutivo de mora fuera el único relevante a efectos indemnizatorios, juzgándose suficiente lo dispuesto en ellos para determinar que sólo el retraso constitutivo de mora podía tener relevancia resarcitoria, toda vez que el artículo 1101 CC se refiere explícitamente a la morosidad y no contiene ninguna otra previsión específica relativa al tiempo.

Aquí es donde toma un papel relevante el artículo 1101, encargado de regular la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento.

---

51 Cfr. art. 1146 del *Code* civil anterior a la reforma de 2016, que es la versión relevante en este punto. *Vid.* también *infra* Cap. IV, apartado I.2.

## 2. El artículo 1101 CC

Como se sabe, este precepto, clave en materia de responsabilidad civil en el Código, indica bajo qué circunstancias quedará el deudor obligado a resarcir los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento, entre las cuales se relaciona a la culpa, el dolo, la morosidad y, por último, las contravenciones al tenor de la obligación.

Sin entrar ahora en profusas discusiones, ya muchas veces reproducidas por la doctrina, sobre el carácter o naturaleza de estas circunstancias, ni sobre el verdadero alcance de las mismas, lo que aquí interesa es comentar que la doctrina ha utilizado las dos últimas señaladas por el precepto como puertas a través de las cuales entraría el derecho a indemnización del acreedor ante el mero retraso del deudor.

Como veremos, incluso entre la doctrina que defiende la eficacia del mero retraso hay variedad de opiniones en torno a cuál de ambas expresiones daría cobijo a la efectividad resarcitoria del retraso simple, resultando que estos dos conceptos pueden revelarse como confusos, y, además, no pueden ser clarificados tampoco a través de la consulta de los precedentes inmediatos del Código<sup>52</sup>.

### 2.1. La morosidad

En primer lugar, hay autores que estiman que la referencia a la morosidad no se encuentra hecha únicamente a la propia mora entendida en sentido técnico, sino que dicha morosidad se relaciona con el retraso en un sentido más general.

Es el caso de González Carrasco, quien indica que, en un sentido amplio, la morosidad del artículo 1101 “puede entenderse como cualquier forma de incumplimiento que suponga que el cumplimiento íntegro y correcto aún no se ha realizado llegada la fecha señalada para el cumplimiento”, lo cual sin duda sería suficiente para incluir al mero retraso en la proposición. Además, a modo, tal vez, de cláusula de cierre, asegura que el 1101 establece un concepto amplio de incumplimiento (de lo cual no hay duda), lo que permitiría, en todo caso, dar lugar a que a cualquier tipo de incumplimiento —de los cuales el retraso es un ejemplo<sup>53</sup>— siguiera responsabilidad<sup>54</sup>.

En relación con este argumento, puede decirse que no parece contrario a la lógica suponer que referirse a la “morosidad” es tanto como referirse a la situación de mora,

---

52 Ya se ha dicho antes que, en sus Concordancias, García Goyena apenas se detiene en la explicación de estos términos.

53 Dice la autora expresamente que “todo retraso es incumplimiento” (González Carrasco, 2014, p. 291).

54 *Ibid.*, pp. 291, 292.

entendida no necesariamente como la constitución en mora como acto señalable en el tiempo, sino como el estado mismo de especial responsabilidad en que se halla el deudor incurso en situación de mora, y del cual surgiría ese deber de indemnizar los daños causados como manifestación de la responsabilidad del deudor. No dice el precepto “retraso”, pudiendo también haberlo dicho, sino que dice “morosidad”; si bien sería aceptable que incluso de decir lo primero cupiera cierta duda, vista la tendencia a equiparar mora con retraso de los primeros comentaristas del Código.

El hecho de que exista la mora del deudor, y de que, además, ésta esté situada en el artículo inmediatamente anterior al que prevé la indemnización de los daños y perjuicios, entre otras cuestiones, por “morosidad”, son indicios de que este término podría estar refiriéndose efectivamente a la propia situación de mora. A ello ha de sumarse que, como ya hemos dicho, nuestro legislador no siempre ha sido todo lo sistemático y coherente que habría resultado deseable en el uso de la terminología jurídica, existiendo múltiples ejemplos en los que se nombra de igual manera lo que es distinto, o con distintas palabras lo que es idéntico, por lo que el hecho de que no se utilice el término “mora” en el artículo 1101 CC no es definitivo.

A este argumento, añaden Díez-Picazo Giménez<sup>55</sup> y Cardenal Fernández<sup>56</sup> que el estudio de los precedentes, así como del Derecho comparado, lleva a concluir que no puede extraerse que el artículo 1101 se refiera a la mora cuando habla de “morosidad”.

En relación con el estudio de los antecedentes, del propio análisis realizado por Díez-Picazo Giménez pueden extraerse algunas conclusiones.

En relación con el artículo homólogo al actual 1101 CC en el Proyecto de 1851, la autora defiende que el mismo no se refiere a la mora cuando habla de “morosidad”, sino al retraso, y ello sería, en primer lugar, por el argumento ya reseñado de que no exige la previa constitución en mora, cosa que sí hace cuando quiere referirse expresamente a ello (tanto en el Proyecto como en la actualidad, ¿no cabría interpretar que ya lo hace en el artículo que regula la mora del deudor, y que su enlace con la indemnización de daños y perjuicios es, precisamente, la llamada a la “morosidad” del 1101?); y, en segundo lugar, porque García Goyena, al comentarlo, no hace mención expresa a la cuestión, al tiempo que se refiere a “perjuicios por mora o retardo”, lo que para la autora

---

55 Díez-Picazo Giménez, 1996, pp. 465, 466. Además, la autora entiende que la morosidad no es sino otra manifestación más de las contravenciones al tenor de la obligación (pp. 457, 458)

56 En relación con los precedentes del artículo 1101 CC, Cardenal Fernández únicamente señala que son “idénticos” al precepto, al tiempo que, en su visión, es significativo que en nuestro Código no exista una previsión como la del artículo 1146 del antiguo *Code Civil* (1979, pp. 316-318).

es signo de que ambos términos son sinónimos y que no se exigiría, por tanto, la constitución en mora<sup>57</sup>.

Este segundo punto es llamativo por cuanto supone alejarse por completo de una consideración que hemos hecho varias veces ya: que la doctrina clásica, así como, con toda probabilidad, los redactores del Código, no diferenciaban entre retraso y mora precisamente porque no concebían que existiera algún tipo de retraso con relevancia distinto a la mora, como demuestra el hecho de que los trabajos doctrinales de las primeras décadas posteriores a la entrada en vigor del Código no prestaran ningún tipo de atención a retraso alguno que no fuera el constitutivo en mora.

Y, al mismo tiempo, nos parece que tiene poca coherencia llegar a la conclusión de que si ambos términos —mora y retraso— son sinónimos no es necesaria la constitución en mora, cuando más bien parece que el estudio de los artículos mentados nos conduce a lo contrario. Si mora y retraso son sinónimos en algún contexto, ello significa, probablemente, no que no sea precisa la constitución en mora (que lo es, está claro, para la mora), sino que será precisa en ambos casos, por entender que la palabra retraso se usa, siempre en ese contexto de los autores tradicionales, como sinónimo de mora en sentido técnico. Sólo podría salvarse este planteamiento de estimar que se habla de mora para referirse, también, al retraso generalmente entendido, pero esta afirmación no parece encontrar base suficiente, visto el sentir general de la doctrina en la época de promulgación del Código y visto el hecho de que, al fin y al cabo, lo que sí sabemos es que lo que el Código Civil está regulando expresamente es la institución de la mora.

Por otro lado, hemos dicho ya, al hablar de los argumentos en torno al artículo 1100 CC, que la comparación con el *Code* francés no puede ser tomada como argumento de peso.

Además de estos argumentos, Cardenal Fernández también trata de establecer el significado de la “morosidad” del artículo 1101 CC a través de la comparación con los otros dos casos en los que el Código emplea el mismo término, que son los artículos 1589 y 1590, referidos a la mora del acreedor en el contrato de arrendamiento de obras. Para el autor, estos artículos se referirían al mero retraso, por lo que cabría establecer una comparación que permitiera entender que la “morosidad” del artículo 1101 se referiría también al mero retraso, indicando, además, que cuando el Código ha querido hacer referencia expresa a la mora en sentido técnico, lo ha hecho utilizando precisamente esa palabra.

No obstante, y respecto de los argumentos dados, admite el propio autor que es difícil establecer una comparación entre los artículos 1589 y 1590 y el artículo 1101

---

57 Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 128.

CC, toda vez que siempre que el Código Civil ha utilizado el término “mora” se ha referido a la del deudor, y los artículos 1589 y 1590 se refieren a la mora del acreedor<sup>58</sup> —situación para la que, verdaderamente, el Código nunca ha utilizado dicha denominación—, reseñando además que la mayor parte de la doctrina identifica la mención a la morosidad con la mora en sentido estricto<sup>59</sup>.

En suma, no parece difícil establecer la conexión directa entre la mora del artículo 1100 y la “morosidad” del 1101. Tanto es así, que parte de la propia doctrina que defiende la relevancia del mero retraso a través de las contravenciones lo ha estimado así por entender que la morosidad se refería, ciertamente, a la situación técnica de mora, siendo Díez-Picazo un ejemplo destacado de ello<sup>60</sup>.

## **2.2. Las contravenciones al tenor de la obligación**

Por otra parte, una línea doctrinal distinta ha estimado que el retraso cabe en la última de las circunstancias mencionadas por el artículo 1101, a saber, las contravenciones al tenor de la obligación.

En este sentido, destaca la postura de Díez-Picazo, quien, relacionando directamente el término “morosidad” utilizado por el artículo 1101 con la situación de mora técnica, parte de que el Código Civil “no deriva la responsabilidad del deudor únicamente del hecho estricto de la morosidad, sino también del hecho de haber contravenido de cualquier modo el tenor de la obligación”. Dicho esto, ante el problema de si, como indica el autor, “la constitución del deudor en mora es un requisito o una condición *sine qua non* del derecho a percibir la indemnización de los daños y perjuicios por el retraso”, en el entendimiento de que no es imposible que “puedan existir también daños sin mora como consecuencia del retraso”, dispone que “en el artículo 1101, además de la morosidad, se encuentra mencionada cualquier contravención de la obligación, concepto dentro del cual cabe, sin duda, el retraso en el cumplimiento”<sup>61</sup>.

Inscritos a esta postura, aunque de manera menos expresiva, encontramos a otros autores como Vaquero López, donde dice, reconociendo la influencia de Díez-Picazo, que lo que subyace al 1101 es que cualquier ejecución que se desvíe del proyecto establecido en el título de la constitución de la obligación, incluyendo lo relativo al

---

58 Cardenal Fernández, 1979, pp. 318-320.

59 *Ibid.*, p. 312.

60 Díez-Picazo, 2008, pp. 657, 568.

61 *Ibid.*, pp. 657, 658, 676.

tiempo, debe considerarse una forma de incumplimiento contractual, identificable con las contravenciones al tenor de la obligación recogidas en el citado artículo<sup>62</sup>.

En Baraona González encontramos a otro de los autores que defienden que las contravenciones al tenor de la obligación pueden ser eficaces para dar cobijo a supuestos en los que haya infracciones relativas al tiempo que, en principio, no serían compatibles con la mora. El autor lo analiza a propósito de los supuestos de término esencial en los que la prestación fuera todavía realizable y el acreedor optara por un cumplimiento tardío. Según el autor, en estos casos el acreedor tendría derecho a una indemnización a la que no se daría curso a través de la morosidad, sino a través de las contravenciones al tenor de la obligación<sup>63</sup>.

Sin embargo, si el factor “tiempo” era tan importante como para determinar la concurrencia de un término esencial, y finalmente se desvirtúa la esencialidad del término, convalidándose el incumplimiento causado por el retraso al aceptar el acreedor la ejecución tardía de la prestación, entonces el momento del cumplimiento sería de trascendencia tal como para justificar la concurrencia de una mora automática, en relación con lo que se conoce como término esencial impropio<sup>64</sup>. En este supuesto, la indemnización podría conducirse a través de la propia morosidad del artículo 1101.

Por otro lado, Cardenal Fernández pone en duda que la morosidad agote todos los supuestos de retraso, mientras que respecto a las contravenciones al tenor de la obligación señala que, al tiempo que es muy claro que no se refieren específicamente al tiempo en el cumplimiento, tampoco parece que la letra del artículo las excluya. Por ello, y aunque admite que la cuestión podría fundamentarse a propósito de la morosidad, considera que la eficacia resarcitoria del mero retraso se basaría, preferentemente, en las contravenciones al tenor de la obligación<sup>65</sup>.

En suma, vemos que el argumento que subyace a esta postura es que la expresión “contravenciones al tenor de la obligación” es lo suficientemente amplia como para acoger cualquier ejecución no acorde con el cumplimiento exacto de la obligación.

Ciertamente, nada impediría entender la expresión con mayor o menor amplitud porque, en sí misma considerada, ofrece tantas pocas pistas como restricciones sobre su contenido exacto. Lo que sí puede ayudar a delimitar su contenido es su relación con otros posibles conceptos indemnizatorios —así como con otros preceptos—, y, en este

---

62 Vaquero López, 2016, p. 819, 820.

63 Baraona González, 1998, pp. 49 y 50.

64 En este sentido, Andreu Martínez, 2003, pp. 162-191; en particular, pp. 183-185).

65 Cardenal Fernández, 1979, p. 315, 321-325, 330-332.

sentido, nos parece que es muy posible que la idoneidad de las contravenciones para albergar el mero retraso se encuentre en relación de estrecha dependencia con el propio concepto de morosidad<sup>66</sup>, y con si el mismo puede entenderse como regulación exclusiva del retraso (fuera lo que éste fuera) a efectos indemnizatorios, o no.

Esta relación podría traducirse en varias situaciones distintas: en primer lugar, podría entenderse que la morosidad se refiere únicamente a la situación de mora, pero que el mero retraso cabría en las contravenciones. En segundo término, podría considerarse que la morosidad se refiere al retraso en general, cubriendo tanto la mora como el retraso simple, quedando las contravenciones al tenor de la obligación para otros tipos de incumplimiento. Y, en último lugar, podría también entenderse que la morosidad se refiere únicamente a la situación técnica de mora, y que además esta expresión del retraso con eficacia indemnizatoria excluye cualquier otro tipo de retraso como relevante, no cabiendo el mero retraso a través de las contravenciones a este efecto.

A nuestro juicio, parece que, si el legislador se ha referido expresamente a un supuesto de retraso identificable a través de la morosidad, es fácil que ello fuera porque quería que a través de ella se regulara todo lo que tuviera que ver con el retraso, con lo que no tendría cabida en las contravenciones. Y, al mismo tiempo, hemos expresado ya que en la morosidad, seguramente, sólo cupiera el retraso constitutivo de mora. Ésta es también la opinión que han manifestado algunos de nuestros autores<sup>67</sup>.

En la misma línea de pensamiento, si realmente las contravenciones al tenor de la obligación fueran tan amplias como para dar cabida al retraso, seguramente no habría habido necesidad de nombrar específicamente la morosidad, puesto que ambos supuestos de retraso (el constitutivo de mora y el retraso simple) se habrían considerado ya incluidos en dichas contravenciones. Tampoco parece que la mención a la morosidad se haga a efectos de una mayor clarificación del segundo concepto.

A la postre, parece difícil que, al redactarse el Código, se pensara en incluir al mero retraso en las contravenciones; básicamente, porque no se le daba importancia autónoma con respecto a la mora. Es natural presumir que se pensó que todo lo relativo al retraso relevante se identificaría con la morosidad, y a su vez ésta con la mora, que sería el único tipo de retraso relevante.

---

66 Expresa también esta idea Cardenal Fernández (*ibid.*, pp. 329 y ss.).

67 Delgado Echeverría, 1985c, p. 233.

## **IV. Consideraciones sobre la función de la mora y otros posibles argumentos**

A la vista de los apartados anteriores, resulta evidente que la doctrina se encuentra francamente dividida en relación con este tema. Ciertamente, llegar al convencimiento de cuál es la solución más ajustada a nuestras normas no es tarea sencilla, y existen puntos, tanto en una como otra postura, que pueden dar lugar a cierta duda.

Si bien la doctrina que defiende la relevancia del mero retraso ha desarrollado algunos estudios más detallados, también se ha visto que sus razonamientos pueden no resultar en absoluto definitivos para determinar que el sentido de las normas aludidas no sea el que, por otra parte, más claramente se extrae de ellas, a nuestro juicio.

Puede resultar procedente, en este punto, examinar algunos otros argumentos en torno a este debate, partiendo, en concreto, de la consideración sobre cuál sea la función de la mora en nuestro Código Civil, tema cuya importancia acertaba en señalar Cano Martínez de Velasco<sup>68</sup>.

En este sentido, podría concebirse una mora que sirviera sólo como traspaso de riesgos —efecto sobre cuyo reconocimiento no hay controversia—, pero no nos parece que ésa sea la única función que de la misma se extrae en el contexto de nuestro Código Civil. Con objeto de exponer con mayor profundidad esta cuestión, puede ser útil examinar tanto el desarrollo de la figura en la tradición jurídica, como la importancia del efecto indemnizatorio en relación con el propio mecanismo de la mora del deudor.

### **1. La mora y el efecto indemnizatorio en la tradición jurídica. Estudio de antecedentes**

Hemos dicho ya que el análisis de la doctrina española tradicional deja bien clara la irrelevancia del mero retraso para la propia doctrina en el momento en el que el Código se elaboró, lo que hace difícil imaginar que se configurara dicho mero retraso como el elemento que, ante el retraso en el cumplimiento, fuera la causa del devengo de los intereses o de la indemnización de los daños por retraso.

Sin embargo, puede ser preciso comprobar si esta interpretación es consistente con la que pueda haberse tenido del retraso y la mora a lo largo de nuestra tradición jurídica, resultando que la investigación sobre el Derecho histórico, si bien no es definitiva, sí puede conformar un valioso indicio.

---

68 Cano Martínez de Velasco, 1978, pp. 111, 112.



En relación con la materia que nos ocupa, el origen de la mora se localiza en el Derecho Romano, concretamente en la última época republicana, en la que se relacionaba, en general, con un retraso culpable<sup>69</sup>. El papel exacto de la interpelación se ha discutido, aunque generalmente se ha destacado su estrecha relación con la mora<sup>70</sup>. Así, algunos autores han entendido que no se trataba de un requisito esencial de la mora, aunque sí de un importante indicativo, hasta el punto de que relevaba al acreedor de la necesidad de probar la culpa en el deudor<sup>71</sup>. A su vez, otros han entendido que, aunque en un principio se trata de mora sin interpelación, la norma general de mora por interpelación o *ex persona*<sup>72</sup>, una vez se introduce en el período clásico, determina que la mora no se encuentre producida sin la debida *interpellatio* por parte del acreedor, salvo una serie de supuestos en los que la mora se producía de manera automática (principalmente, la conocida como “mora del ladrón”, o mora *ex delicto* —de la cual algunos autores consideran que se mantienen vestigios en el artículo 1185 y siguientes del Código Civil, en sede de cobro de lo indebido<sup>73</sup>—, y los supuestos de obligaciones a término o a plazo, a partir de los cuales se desarrolla, con posterioridad, la máxima *dies interpellat pro homine*)<sup>74</sup>.

En cuanto a los efectos de la mora, si bien el traspaso de riesgos se remarca por su importancia, también se consideraba que a la misma seguía el deber para el deudor de restituir la cosa debida desde el momento de la constitución en mora, así como, en el caso de las obligaciones pecuniarias, los intereses, que se consideraban moratorios<sup>75</sup>, y la generalidad de los daños sufridos por el retraso en el resto de obligaciones<sup>76</sup>. Por tanto, también en el Derecho Romano la mora ha tenido como efecto la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el retraso, concretados en unas y otras partidas indemnizatorias según la propia interpretación de la época, pero indemnización por daños al fin y al cabo.

---

69 Zimmermann, 1996, pp. 787, 791-793. Esto es, no obstante, discutido (Díez-Picazo, 2008, p. 667).

70 Zimmermann, 1996, pp. 792, 793.

71 *Ibíd.*

72 *Vid.* Cardenal Fernández, 1979, pp. 233, 234.

73 Díez-Picazo, 2008, p. 675.

74 Marrone, 2006, p. 248.

75 *Ibíd.*, p. 249.

76 Zimmermann, 2006, pp. 790, 791.

Llama la atención, a este respecto, el hecho de que incluso la doctrina que defiende al mero retraso como fuente de la indemnización por daños admite que la mora se relacionaba ya con dicha indemnización en época romana<sup>77</sup>.

Es cierto, empero, que parece haber cierta confusión en torno al verdadero significado y régimen de la mora en el Derecho Romano o, al menos, en alguna de sus épocas —algunos autores indican que los propios juristas romanos eran conscientes de que no existían criterios fijos en materia de mora<sup>78</sup>—. Así, algún autor señala cómo del análisis del Digesto, que emplea en múltiples ocasiones la palabra “mora”, aunque sin definirla y centrándose más en sus efectos jurídicos, se desprende que en ocasiones se refiere a un simple retraso<sup>79</sup>. Del mismo modo que, para otros autores, la interpelación podría haber tenido la función no de constituir en mora, sino de dar lugar a alguno de los efectos de la misma<sup>80</sup>.

En todo caso, no está muy claro que todo lo dicho sirva para atribuir un efecto indemnizatorio al mero retraso, como parecen concluir muchos de los autores que defienden la eficacia jurídica del mero retraso. Sí puede servir, en cambio, para demostrar que la mora es una institución que pasó por varias fases de desarrollo en el Derecho Romano, en particular al introducirse la interpelación, y que a lo largo de dicho desarrollo se vinculó con lo que actualmente se consideran como los dos efectos típicos de la mora.

Por otra parte, el hecho de que en un primer momento no se utilizara la interpelación no quiere necesariamente implicar que hubiera un mero retraso con efectos indemnizatorios<sup>81</sup>, puesto que bien podía tratarse de una mora sin interpelación, con otros posibles requisitos.

Se ha de añadir que, tanto respecto al Derecho Romano como respecto a las Partidas, indica Scaevola que no pueden extraerse criterios fijos sobre el requisito de la interpelación<sup>82</sup>; con lo cual, será complicado extraer conclusiones sólidas al respecto.

---

77 Véase, por ejemplo, Díez-Picazo Giménez, 1996, pp. 75, 76, 80-83

78 Cardenal Fernández, 1979, p. 235.

79 Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 65.

80 *Vid.* Cardenal Fernández, 1979, pp. 233-237.

81 En sentido contrario, para Cardenal Fernández la consideración del mero retraso con efectos indemnizatorios implica volver a la idea original del retraso en el Derecho Romano previo al Derecho justiniano, recuperándose el sentido original de la palabra “mora” (1979, pp. 236, 237).

82 Scaevola, 1957, p. 579.

En relación con las Partidas, y continuando con la regulación de los efectos de la mora con posterioridad al Derecho Romano, también se ha dicho de ellas que se ocupan, junto con otras normas contemporáneas en cuanto a su vigencia, de la cuestión de la indemnización por mora, con lo que se demostraría la presencia del efecto indemnizatorio vinculado a la mora<sup>83</sup>.

Acercándonos a otros precedentes doctrinales directos de nuestro Código, puede destacarse que en la obra de Pothier también se aprecia la relación entre la mora y los dos efectos típicos de la misma, al sujetar el autor tanto la indemnización de los daños por el retraso<sup>84</sup> como el traspaso de riesgos<sup>85</sup> a la situación de “demora”, la cual se produce por interpelación<sup>86</sup>.

Lo mismo hace, en último lugar, el propio García Goyena, refiriéndose al “retardo ó mora”<sup>87</sup>, lo que sin duda es señal de que el efecto indemnizatorio se entiende como propio de la mora y que, por lo que hace al mero retraso, el legislador podría haber tenido la opción de configurarlo como relevante o como no relevante a estos efectos.

Por otra parte, Manresa comenta que la cuestión de los intereses se trataba por los Tribunales, en épocas anteriores a la publicación del Código Civil, como una “cuestión de hecho”, en la que se había de estar a la apreciación del propio Tribunal, pero en la que, en todo caso, se consideraba que los intereses eran debidos sólo desde la fecha de interposición de la demanda<sup>88</sup>. Ciertamente, con anterioridad al Código, sólo se estimaba válida la intimación judicial<sup>89</sup>.

Parece, así, que, si bien los criterios han sido en muchas ocasiones más fluidos de lo que se pueda pensar, si hay algo que puede concluirse es que la mora siempre parece haber estado vinculada con la indemnización de daños y perjuicios como efecto.

Y habiendo analizado tanto nuestra doctrina clásica como los antecedentes del artículo 1100 CC, parece que puede considerarse que la mora, tal y como viene recogida

---

83 En efecto, Manresa comenta que las Leyes de Partida, junto con la Ley de 14 de marzo de 1856, se regulan los efectos de la mora, entre los que se incluye el indemnizatorio (1901, p. 125), indicando además que ya se trataba por la jurisprudencia la cuestión de la liquidez de la deuda como requisito de la mora.

84 Pothier, 1839, p. 103, 104.

85 *Ibid.*, p. 423 y ss.

86 *Ibid.*, pp. 104, 130, 433.

87 García Goyena, 1852, p. 52

88 Manresa, 1901, p. 578.

89 Hernández Gil, 1962, p. 349.

en nuestro Código Civil, se introduce en el mismo con la finalidad de canalizar jurídicamente al retraso; esto es, como única manifestación jurídica del mismo.

## **2. La importancia del efecto indemnizatorio en relación con la función de la mora**

Si ya hemos visto que desde antiguo se ha relacionado a la mora tanto con el efecto de traspaso de riesgos como con el indemnizatorio, es vital también exponer la trascendencia que el segundo tiene en orden a caracterizar la mora y su función.

Aunque, a falta de exponer una conclusión por nuestra parte, hemos repasado ya los principales argumentos que una posición doctrinal y otra esgrimen en defensa de sus respectivas posturas, y ya en ese momento hemos expuesto nuestro parecer en relación con los distintos argumentos legales, lo que finalmente se discute es si el mero retraso tiene o no eficacia indemnizatoria. Por tanto, resulta procedente analizar los preceptos y argumentos que se relacionan directamente con este efecto concreto de la misma.

Hemos de partir explicando que el efecto indemnizatorio se concentra, en principio, en dos proyecciones distintas, según el tipo de obligación ante la que nos encontremos: el devengo de intereses para las obligaciones pecuniarias, y la indemnización de daños y perjuicios para las no pecuniarias.

De manera somera, baste con decir ahora que la diferencia fundamental en el tratamiento del retraso entre los dos tipos de obligaciones es que, mientras que en el caso de las dinerarias el acreedor no tiene necesidad de probar ningún tipo de daño en virtud de lo dispuesto por el artículo 1108 CC, en las no dinerarias el daño deberá ser probado, resultando, entonces, que no siempre un retraso implicará daño ni, por tanto, indemnización.

Pues bien, si quiere argumentarse la posibilidad de apreciar la mora únicamente como vehículo para el traspaso de riesgos<sup>90</sup>, entendiendo que el efecto indemnizatorio

---

90 Expresión ampliamente utilizada por Díez-Picazo Giménez (1996), que defiende esta idea (pp. 344, 404, 417, 433, 460, 467, 510, 517, entre otras), según la cual el daño vendría del retraso, y no de la mora (entre otras razones, por la correspondencia con la ubicación sistemática que el precepto dedicado a la mora tendría en el Proyecto de 1851 (p. 122). No obstante, entiende que, dado el estado de desarrollo del precepto no es posible interpretar que se refiera al retraso y no a la mora, por lo que, para gozar del automatismo que prevé el artículo, habrá que constituir en mora, lo cual no impide una indemnización a través de la vía general del art. 1107 CC (p. 47). A la vez, indica también que, verdaderamente, el traspaso de los riesgos es consecuencia del incumplimiento; incumplimiento que se constatará, en las obligaciones en las que la mora se dé por interpelación, a partir de la constitución en mora (p. 464). *Vid.* también Díez-Picazo Giménez, 2002, pp. 1736-1738. A la postre, el resultado práctico de esta visión sería que tampoco habría retraso relevante con anterioridad a la constitución en mora del deudor, por mucho que se defendieran como entidades distintas con efectos propios, por lo que, *de facto*,

proviene del retraso, nos encontraremos, en primer lugar, con una corriente doctrinal que estima que no tiene sentido separar los dos efectos típicos de la mora<sup>91</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio, quizá la traba más importante que puede encontrarse en nuestro Derecho es la propia literalidad del artículo 1108 CC, que, en el marco de las obligaciones dinerarias, se refiere expresamente a la mora (“y el deudor incurriere en mora”) como supuesto a partir del cual se produce el devengo de intereses<sup>92</sup>. A este precepto puede sumarse también el 1501 CC, que, para los contratos de compraventa, indica que el comprador deberá intereses si así se hubiera convenido, si la cosa produjera fruto o renta, o, como cláusula de cierre, “si se hubiere constituido en mora” según lo dispuesto por el artículo 1100 CC, no procediendo el devengo de intereses fuera de estos casos<sup>93</sup>.

Ante esta disyuntiva, algunos autores partidarios de la relevancia del mero retraso han entendido que la mora podría contar entre sus efectos, además del traspaso de riesgos, también el devengo de intereses, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo mencionado 1108 CC<sup>94</sup>. Desde luego, la literalidad de este artículo es muy difícil de salvar de cualquier otro modo, si quiere defenderse la relevancia indemnizatoria del mero retraso.

De este modo, podría entenderse que la indemnización de los daños (en las no pecuniarias) podría derivarse del mero retraso (con lo que, además, cronológicamente podría apreciarse con anterioridad a la constitución en mora), mientras que el devengo de intereses se anudaría únicamente a la mora.

El problema de esta visión —más allá de que no existe, en nuestra interpretación, base legal suficiente para entender que el Código deriva la posibilidad de indemnizar los daños causados por el retraso, faltando la constitución en mora— es que daría lugar a

---

tendría lugar la misma situación que si se considera que el retraso no tiene efectos indemnizatorios. Que los daños provengan del retraso o de la mora, en la práctica, no supone diferencia alguna.

91 En este sentido, en la doctrina italiana, Benatti (1968, pp. 36 y ss.). Puede traerse también a colación toda la doctrina clásica sobre la mora, según se ha visto. En sentido contrario, Cardenal Fernández, argumentando que la indemnización está relacionada con el incumplimiento culposo, por lo que no sería exclusiva de la mora (1979, pp. 185-187).

92 En relación con la aceptación de los intereses en nuestro sistema a partir de la mora, *vid.* Ataz López, 2013b, pp. 10.625, 10.629.

93 Se ha de entender que el precepto excluye la posibilidad de solicitar el pago de los intereses salvo si estos fueran, según los casos, convencionales, compensatorios o moratorios (Fernández Campos, 2016, pp. 230 y ss.).

94 Díez-Picazo, 2008, pp. 676 y 677; Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 47.

una diferenciación difícilmente justificable según el incumplimiento se produjera con respecto a una obligación pecuniaria o a una no pecuniaria, de tal forma que sólo en estas últimas tendría eficacia indemnizatoria el mero retraso.

Esta solución se acompañaría mal, también, con las tendencias objetivadoras, que propenden a la idea de que, dentro de los dos aspectos que hemos englobado en el efecto indemnizatorio de la mora, es precisamente el devengo de intereses el que debe sujetarse a criterios exclusivamente objetivos. Así, además de que algunos autores vinculen todavía criterios subjetivos con la indemnización de los daños<sup>95</sup>, veremos que hay Propuestas que separan uno y otro concepto para sustraer al devengo de intereses de la posible concurrencia de una circunstancia excusatoria que sí afecta, en todos los textos, a la indemnización de los daños (entendida en sentido estricto).

En el ámbito de nuestro Derecho, y aunque el Código Civil no prevea explícitamente la necesidad de constituir en mora al deudor para la indemnización en las obligaciones no pecuniarias, como sí se hace para los intereses, la mora puede enjuiciarse como más útil, tal vez, en este caso. No sólo por la vinculación que con la culpa ha tenido tradicionalmente este efecto de la mora, que podría someterse a revisión crítica; sino también porque, teniendo en cuenta que el requerimiento emitido por el acreedor marca el fin de su tolerancia y el momento en el que, en principio, el retraso comienza a ser dañoso para éste y estos daños, a ser indemnizables, permite a las partes beneficiarse de una previsibilidad en torno a los daños que en este tipo de obligaciones es todavía más necesaria, visto que no existe ningún tipo de liquidación *ex ante* o reparación abstracta, *forfeitoria*, del daño, como sucede en las pecuniarias<sup>96</sup>.

Por tanto, aunque, en teoría, indemnización de daños e intereses podrían sujetarse a regímenes distintos por lo que hace a la exigencia de mora, ésta no resulta la opción más conforme a nuestro Derecho según lo expresado<sup>97</sup>.

---

95 *Vid. supra* Cap. I, apartado I.2.2

96 De Cupis, 1975, pp. 460 y ss.; Palazón Garrido, 2016b, pp. 991, 992; Fenoy Picón, 2010, p. 1626.

97 Esta cuestión se ha estudiado con anterioridad y con mayor profundidad en la doctrina italiana, debido a la circunstancia de que, mientras que el artículo 1218 del *Codice Civile* italiano liga el resarcimiento de los daños al retraso (sin mencionar a la mora), el art. 1224 hace lo propio con la mora respecto de los intereses. La confrontación de estas previsiones con lo dispuesto por el artículo 1282 para las obligaciones líquidas y exigibles de suma de dinero (dispone el artículo, en una traducción propia, que “producen intereses de pleno derecho, salvo que la ley o el título establezcan otra cosa”) ha hecho que un importante sector de la doctrina, representado por Giorgianni, estime que la necesidad de constitución en mora que se desprende del artículo 1224 es una afirmación “extraña al texto legislativo”, entendiéndolo que, en general, tanto daños como intereses se desprenderán del mero retraso (1975, pp. 141 y ss.). Al margen de lo relativo a la eficacia jurídica del mero retraso, lo trascendente a los efectos que ahora estudiamos es que esta

Otra posibilidad que permitiría entender que el retraso puede tener efectos indemnizatorios, en el ámbito de las dinerarias, y partiendo del artículo 1108 CC sería la de considerar que nuestro Código permite la indemnización del mayor daño: esto es, que, más allá de la cantidad a indemnizar en concepto de intereses según lo dispuesto por el precepto (que establece, a cambio del automatismo en la apreciación del daño, lo que parece ser un límite a la indemnización), se pudiera el acreedor resarcir los daños por retraso<sup>98</sup> no cubiertos por la disposición del precepto a través de la vía general del art. 1107 CC. Esta posibilidad es discutida por la doctrina<sup>99</sup>, resultando que, aunque el principio de *reparación integral del daño* habría de conducir a su admisibilidad (sobre todo, en casos de comportamiento doloso del deudor), la literalidad del artículo no parece permitirlo. En todo caso, esta opción también requeriría de una previa constitución en mora<sup>100</sup> (siempre que no existiera un acuerdo de las partes en otro sentido<sup>101</sup>, dado que el precepto se aplica subsidiariamente en defecto de posible pacto<sup>102</sup>).

Todos los indicios apuntados hasta ahora nos llevan a pensar que, con toda probabilidad, el efecto indemnizatorio al completo se relaciona con la mora, debiendo tenerse también en cuenta que, por otra parte, el artículo 1101 CC hace devengar la

---

corriente considera que tanto intereses como indemnización deben someterse al mismo régimen. En contra, Bianca (1979, pp. 338 y ss.), aunque basándose en la función de la mora como señal del final de la tolerancia del acreedor.

98 En principio, el problema se plantea respecto a los derivados del retraso, puesto que otros daños podrían indemnizarse en atención a otras bases legales, ya que el 1108 CC se refiere sólo a los daños causados por el retraso (o, dicho con propiedad, la mora).

99 A favor, por todos, Cano Martínez de Velasco (1978, p. 112), Cardenal Fernández (1979, pp. 382 y ss.), Bonet Correa (1979, pp. 379-384 y 393), Díez-Picazo Giménez (1996, pp. 48, 584 y ss.), Baraona González (1998, pp. 300 y ss.), Díez-Picazo (2008, p. 636-637, 677), Jiménez Muñoz (2010, pp. 790-797). En contra, además de los autores clásicos, entre los que destaca el claro comentario de García Goyena en torno al Proyecto de 1851 (1852, p. 544), también Vattier Fuenzalida (1980a, pp. 66, 67.), Ruiz-Rico Ruiz (1990, pp. 1914-1916), Ordás Alonso (2004a, pp. 145-148) o Santos Briz (2000, pp. 152 y 156).

100 Ruiz-Rico Ruiz, 1990, pp. 1897-1899; Ordás Alonso, 2014, pp. 28 y ss.; Fernández Costales, 2013, pp. 1603, 1604. A favor de la idea del 1108 CC como supuesto de mora automática, Baraona González, 1998, pp. 296, 297. No nos parece que esta idea sea defendible a la vista del precepto (en este sentido, Ordás Alonso, *ibíd.*).

101 En este sentido, Lasarte, para quien el artículo 1108 CC presenta una doble vía para el devengo de los intereses de demora: o bien se da la mora del deudor, o bien el pago de los intereses se ha pactado convencionalmente (1996, p. 123).

102 La doctrina habla de una *doble subsidiariedad* de este artículo, referida tanto a que las partes no hayan pactado otra forma de indemnización, como a que, de haberse pactado los intereses, no se haya acordado una cantidad distinta a la establecida legalmente (*vid.* Vattier Fuenzalida, 1980b, p. 165; Ruiz-Rico Ruiz, 1990, pp. 1911, 1912; Fernández Costales, 2013, p. 1606; Ordás Alonso, 2004a, pp. 46, 48).

responsabilidad civil íntegramente, sin distinciones, de la *morosidad*, a la que se puede otorgar el sentido antes indicado.

Junto a lo dicho, podemos todavía analizar otros argumentos relacionados con la función de la mora y con su eficacia indemnizatoria.

En primer lugar, hemos señalado ya que el argumento relativo a que exigir la constitución en mora para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios implicaría dar al retraso un valor distinto al del resto de incumplimientos<sup>103</sup> puede responderse diciendo que no resulta inverosímil que el legislador pretendiera, en efecto, otorgar al retraso un distinto funcionamiento. Debe tenerse en cuenta lo ya explicado: el retraso, sin mediación de la mora, no se contemplaba como incumplimiento, precisamente porque el Código parte de la idea de que el retraso es tolerado por el acreedor en tanto en cuanto no dirija una intimación de cumplimiento al deudor.

Nos parece que puede entenderse que, por lo que hace a la indemnización de daños y perjuicios según se prevé en el artículo 1101 CC, entre el incumplimiento por retraso y el resto de incumplimientos hay una diferencia sustancial<sup>104</sup>. Y es que, mientras que el resto de incumplimientos serían indemnizables a través de la vía de las contravenciones al tenor de la obligación, el incumplimiento por retraso lo sería a través de la morosidad, la cual conectaría con el artículo 1100 y, a su vez, con la necesidad de previa interpelación.

Específicamente se introduce una figura para modelar los efectos del retraso, por lo que estaría perfectamente justificado tanto que el incumplimiento por morosidad se trate como una partida indemnizatoria autónoma en el propio artículo 1101 CC, como que los incumplimientos retrasados sean tratados de manera distinta al resto: precisamente, porque se habría querido que este tipo de incumplimiento reuniera una característica más —la constitución en mora— para devengar daños, en conexión con la general importancia relativa que se da al retraso como incumplimiento, perfectamente explicable en el contexto en el que el Código se redacta y publica, así como en el de las obligaciones entre particulares. Visto de este modo, el juego entre el artículo 1100 y el 1101, aun con sus confusos términos, toma total sentido.

Si acudimos a otro de los argumentos que a mayor abundamiento se han expresado por un sector doctrinal para justificar la relevancia indemnizatoria del mero retraso, puede verse que algunos autores se habían dedicado a examinar otros supuestos

---

103 Díez-Picazo Giménez, 1996, pp. 463--466.

104 Del mismo modo, tampoco puede decirse que todos los efectos del incumplimiento sean tratados de igual manera: así, por ejemplo, se requiere un incumplimiento cualificado para resolver la obligación.



como posibles casos de mero retraso relevante, basándose, precisamente, en que se disponía una indemnización por retraso sin que concurriera una constitución en mora por interpelación<sup>105</sup>.

Lo primero que se ha de decir sobre la generalidad de estos casos, sin que resulte pertinente analizar cada uno de ellos separadamente en este trabajo, es que muchos de ellos pueden ser considerados como supuestos de mora automática por designación de la ley *ex* artículo 1100.2 CC, como de hecho admite algún autor que se plantea estos argumentos<sup>106</sup>.

En todo caso, cabe señalar que no sería imposible que hubiera algún caso en el que del mero retraso se devengara una cantidad indemnizatoria, siempre que lo previera un precepto que actuara como *lex specialis* para un supuesto concreto, ya que ello, en sí, no contradiría necesariamente un precepto que, en sede general, dispusiera la necesidad de la mora para el resarcimiento de los daños como principio general. No debe olvidarse que tanto el 1100 como el 1101 se encuentran en la parte general sobre el incumplimiento y que son en general aplicables a todas las obligaciones, y ello sin perjuicio de que pueda haber otras normas específicas para supuestos concretos que establezcan especialidades que en nada afecten al régimen general.

Por último, de la posible relevancia del mero retraso a efectos del incumplimiento distintos del indemnizatorio (por ejemplo, la resolución o la acción de cumplimiento), así como de distintos efectos en el marco de algunos tipos de obligaciones particulares<sup>107</sup>, tampoco puede extraerse una pérdida de vigencia de la mora.

Tras todo lo dicho, puede concluirse que el efecto indemnizatorio se mantiene, de manera general, como efecto de la mora del deudor, lo que de cara a la posible relevancia del mero retraso es absolutamente determinante. Esto también es completamente razonable en atención a la función de la propia mora, y a la utilidad que de su regulación debe desprenderse.

No puede perderse de vista que la indemnización de los daños por el retraso podría ser vista como el efecto más importante de la mora. Resultando que las obligaciones pecuniarias son de las más habituales en el tráfico jurídico, y también que respecto de todas ellas el daño (en forma de intereses) se presume, sin necesidad de

---

105 *Vid.* Baraona González, en relación con los arts. 1095, 1822, 1150 CC y otros (1998, pp. 122 y ss.), y Cardenal Fernández, respecto a los arts. 273, 286, 1682, 1838, 1896, o 1724 CC (1979, pp. 334 y ss.).

106 *Vid.* Cardenal Fernández, *ibíd.*

107 *Vid.* Baraona González, en relación con los contratos de comodato, mandato, prenda, arrendamiento, contrato de obra, depósito, y otros (1998, pp. 122 y ss.).

probarlo (por lo que, en principio, el retraso se indemnizará *siempre* y por defecto, por expreso mandato legal), se entenderá la importancia práctica que el efecto indemnizatorio tiene. En contraste, el efecto de traspaso de riesgos, sin minimizar su importancia, cobra toda su virtualidad sólo cuando, efectivamente, la cosa a entregarse se pierda o se destruya en poder del deudor. Su verdadera eficacia depende, en todo caso, de que la cosa sufra un menoscabo o se pierda.

Siendo esto así, parece imposible negar la importancia que el efecto indemnizatorio cobra dentro del ámbito general del retraso, y la razonabilidad del planteamiento que entiende que poco sentido tendría considerar que el derecho a la indemnización, globalmente considerado, viene no de la mora, sino del retraso, si tenemos una institución que específicamente va dirigida a instrumentar las consecuencias del retraso.

A la postre, la función de la mora de la que se ha hablado es la que debe llevarnos a descubrir el sentido propio de la institución, en el cual van inscritos sus efectos, observando así un completo apego a lo que el Código Civil dispone cuando, en su artículo 3.1, dice que las normas se interpretarán atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

Y, en este sentido, tenemos poca duda de que el sentido original de la mora es el de suponer, a través de sus efectos principales concentrados en el traspaso de riesgos y la indemnización de daños y perjuicios, la manifestación jurídica única del retraso en el cumplimiento de las obligaciones, en un contexto en el que el mero retraso no tendría ningún tipo de relevancia (como mínimo, a estos dos efectos). Ésta es, en fin, la conclusión más coherente con la existencia del artículo 1100 CC, con la llamada separada a la “morosidad” del artículo 1101 CC, con la interpretación del retraso en la época, y con el hecho de que, finalmente, otra cosa en contrario no dice el Código (al menos, de manera clara y con efectos generales).

## **V. Una conclusión sobre el debate y una reflexión sobre la complejidad de la cuestión y el recurso a la “conveniencia”**

De los argumentos hasta ahora reproducidos puede extraerse, en primer lugar, que nos colocamos del lado de la doctrina que entiende que el sentido en el que nuestro Código Civil regula el retraso es el de que la mora es la única manifestación jurídicamente relevante a los efectos que le son propios. Y, en segundo lugar, también que sería injusto no admitir que la regulación del Código ofrece tantas dudas, por su falta de concreción y lo decididamente confuso de su redacción, que no sería insensato estimar

que tanto una como otra corriente podrían tener algunos argumentos de cierta solidez, o reconocer, cuando menos, que llegar a formular una conclusión puede ser una tarea ardua.

El propio Díez-Picazo admite esta realidad cuando, a pesar de denunciar que el tema se encuentra “extrañamente falto de claridad en la doctrina” (pareciendo dibujarse en la doctrina, comenta, “dos corrientes distintas, aunque sin perfiles nítidos”), dice que es difícil saber lo que hace el Código Civil al hablar de la “difícil y dedicada tarea interpretativa” que supone escorarse hacia uno u otro lado en esta discusión, y que la tesis contraria a la del mero retraso relevante puede, en efecto, “tener apoyo en algunos de nuestros textos legales, que parecen separar la ‘exigibilidad’ como situación de apertura para el acreedor de la posibilidad de poner en marcha su derecho de crédito y la ‘morosidad’ como hecho determinante de la responsabilidad del deudor (art. 1101)”. La justificación para esta postura se encontraría en la consideración de que, en tanto en cuanto el acreedor no reclame el cumplimiento, el deudor no infringiría el derecho de crédito<sup>108</sup>. Es decir, no basta con que una obligación sea exigible, sino que debe haber sido exigida.

Pues bien, estudiando la posición favorable a la relevancia del mero retraso, al margen de todos los argumentos legales aducidos, se podrá comprobar que se parte de un convencimiento común de que la mora del deudor, entendida como única manifestación del retraso con relevancia indemnizatoria, es una institución que favorece a los deudores, mientras que es más ingrata para los acreedores<sup>109</sup>, y en general “denota una economía poco escrupulosa, donde la puntualidad o el tiempo o ritmo de satisfacción de los derechos no juega un papel relevante o no suscita un interés vitalmente apreciable”<sup>110</sup>. Se hace hincapié, así, en la evolución económica acontecida desde la promulgación del Código, que supone el paso de una “economía monetaria con intercambio de especies, que puede moverse a *tempo* lento” a otra caracterizada por el “intercambio masivo de géneros y servicios” en la que el tiempo adquiere una

---

108 Díez-Picazo, 2008, p. 657, 658.

109 Indica Díez-Picazo que, desde otro punto de vista, el planteamiento de la mora como único retraso relevante sirve para guarnecer el interés de acreedores de dinero tales como bancos, prestamistas y otros que se valen del juego del interés moratorio y del mecanismo de la exoneración de la prueba del daño; además del de aquellos acreedores de cosas concretas y determinadas, toda vez que en ambos casos el interés del acreedor va dirigido primordialmente al bien que es objeto de la obligación, en primer lugar, y sólo posteriormente o de manera menor hacia el factor tiempo (2008, pp. 658, 659).

110 Díez-Picazo, 2008, p. 658, 659. En el mismo sentido, Díez-Picazo Giménez entiende que aceptar lo contrario favorecería la morosidad, resultando que los deudores morosos son tratados con menor rigor que los demás incumplidores (1996, pp. 464, 465).

importancia fundamental, determinando que el retraso adquiriera una importancia que debe ser no sólo económica, sino también jurídica<sup>111</sup>.

Al parecer, todas estas razones son las que motivan la búsqueda de argumentos legales capaces de sustentar la eficacia indemnizatoria del retraso<sup>112</sup>. Lo dice muy claramente Cardenal Fernández, cuando, antes de concluir si nuestro Código realmente resuelve en un sentido u otro, dice que por este tipo de razones prácticas es *conveniente* que el mero retraso sea relevante, y que, por tanto, se ha de buscar apoyo legal para que así se entienda<sup>113</sup>. Más moderado, Díez-Picazo entiende que, para resolver esta cuestión, han de ponderarse una serie de factores “de signo muy diverso”, entre los cuales, dice el autor, “no son los de envergadura menor aquellos que se refieren a la protección de los diferentes intereses en juego”<sup>114</sup>.

Desde el punto interpretativo, el recurso a la *conveniencia* puede alojarse en el elemento sociológico previsto en el artículo 3.1 CC, que dice que las normas se interpretarán atendiendo la *realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*, si se estima que precisamente es esa realidad social cambiante —más bien, su aspecto económico— la que aconseja que se tomen unas determinaciones u otras en cuanto a la eficacia del retraso no constitutivo de mora.

Esta misma idea podría, tal vez, funcionar también para limitar o modelar el alcance de una figura, como la mora, que se ha entendido inspirada en el principio *favor debitoris*, en atención a la circunstancia de que no siempre el deudor es la posición más desfavorecida en la actualidad. No obstante, al margen de que alguna doctrina ha discutido que la mora del deudor sea una institución que redunde exclusivamente en beneficio del deudor<sup>115</sup>, seguramente tampoco esta idea se pueda generalizar y, en todo caso, y si de *conveniencia* se trata, se ha de plantear que existirá un buen número de supuestos en los que el recurso a un mecanismo como el de la mora del deudor podría presentar ventajas —sobre todo, en sectores de la contratación no mercantilizados (o

---

111 Díez-Picazo, 2008, p. 658, 659.

112 Lo mismo comenta Andreu Martínez, cuando dice que los argumentos relacionados con la evolución social y económica, la “necesidad de desterrar el principio del *favor debitoris*”, así como otras consideraciones, han “animado a buscar un apoyo legal” (2003, p. 118; también la p. 159 —“al margen del papel que se *pretenda* otorgar a la mora (...) será necesaria la interpelación”— (la cursiva es nuestra)).

113 Cardenal Fernández, 1979, p. 315.

114 Díez-Picazo, 2008, p. 658, 659. A la postre, el propio Díez-Picazo admite, por otra parte, que “en el derecho positivo vigente, la mora se caracteriza por determinar la responsabilidad del deudor por los daños y perjuicios o daños de mora”, aunque entienda que esta idea “no presenta clara justificación” (2011, p. 7).

115 *Vid.* Rainville, 2012, pp. 144, 145. *Vid.* también Díez-Picazo, 2008, pp. 658 659.

que no deberían estarlo), como más adelante veremos—, y que podrían escorar esta discusión hacia otro lado.

Sea como fuere, por otra parte, no puede olvidarse que el criterio que ha de guiar al intérprete de la norma en primer lugar es el de la búsqueda del verdadero sentido de los preceptos. Así lo dice el artículo 3.1 del Código.

Y, aunque la postura opuesta pueda cobijarse bajo el criterio hermenéutico antedicho (al que no suele aludirse directamente), quizá suponga una interpretación demasiado alejada del sentido más claro de los preceptos aludidos. En fin, el hecho de que muchos de los autores que defienden el mero retraso relevante terminen por aportar como argumento definitivo el criterio de la conveniencia, o que incluso partan de él, puede hacernos sospechar que ése no es el sentido que realmente se esconde en la norma.

No nos deja de parecer que el sentido de la mora es el que se ha ido exponiendo a lo largo de las últimas páginas, y que, si la realidad ha cambiado tanto como para justificar no ya sólo interpretaciones de este tipo, sino propuestas como las que se hacen en los textos de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, probablemente sea recomendable una reforma de nuestro Código. Y no sólo por la evolución que muchos de los conceptos básicos de la materia han sufrido en la doctrina, sino también porque a ella se suma la necesidad, patente en nuestro ordenamiento prácticamente desde la publicación del Código Civil, de clarificar artículos como el 1101 CC, que en muchas ocasiones pueden dar la sensación de que es fútil tratar de descubrir cuál es su verdadero sentido, llegando a proponerse interpretaciones muy alejadas del sentido original de las normas.

En esta situación, nada se agradecería más que un plumazo del legislador clarificando de una vez por todas la cuestión; aunque esta necesidad se pueda haber visto parcialmente relativizada por las propuestas de los textos de modernización, cuya implementación en nuestro ordenamiento en un futuro no parece en absoluto inverosímil. De otro lado, el reto de confrontar nuestro sistema con estas tendencias puede aconsejar con mayor vigor una revisión de nuestras normas.

## **VI. Otros posibles efectos del mero retraso**

Al margen de todo lo dicho en los apartados precedentes, se ha de poner atención sobre el hecho de que negar o admitir la eficacia jurídica del retraso a los efectos de la indemnización no prejuzga en absoluto su posible relevancia en orden a otros efectos.

En este sentido, debe advertirse que la mayor parte de los autores han estudiado la relevancia del retraso simple a efectos de la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, el retraso puede dar lugar a otro tipo de consecuencias.

En primer término, tiene un efecto que nos parece muy claro, pero que no mucha doctrina destaca, y es que atribuye al acreedor la facultad de constituir al deudor en mora; es decir, a raíz del mero retraso, puede el deudor quedar en una situación de responsabilidad agravada. Por lo que, además del resto de requisitos propios de la mora, es presupuesto para ella el retraso simple, resultado, a su vez, del vencimiento y la exigibilidad de la obligación sin verificarse el correcto cumplimiento de la misma.

Además, aunque el mero retraso, en sí mismo considerado, no suponga generalmente un incumplimiento definitivo<sup>116</sup>, puede ser suficiente para fundamentar la resolución en función de las circunstancias concurrentes, como hemos visto<sup>117</sup>, siendo uno de los campos donde mayor acogida ha tenido la idea del mero retraso como relevante.

Del mismo modo, el mero retraso podrá ser también una circunstancia que justifique la petición por parte del acreedor del cumplimiento de la obligación, también con base en el artículo 1124 y con sujeción, por ende, a sus términos y presupuestos.

Algo similar puede considerarse respecto del resto de efectos o acciones que en los sistemas modernos se identifican con los remedios frente al incumplimiento; cabiendo mencionar también la interposición de excepciones basadas en el incumplimiento de la otra parte (que, no siendo definitivo, es también retraso), como la *exceptio non adimpleti contractus* (que se identificaría con el remedio moderno de la suspensión del propio cumplimiento, en una de las muchas nomenclaturas que el mismo tiene).

También puede estudiarse la efectividad del mero retraso a propósito de otras instituciones de nuestro Derecho, como son la cláusula penal, que podría pactarse para

---

116 Desde el punto de vista de lo que estamos tratando en este Capítulo, dice Díez-Picazo que el simple retraso permitiría la resolución únicamente según la concepción que aprecia que la mora es una responsabilidad agravada, mientras que el retraso supone ya cierta responsabilidad, y no si se opina que el retraso no es relevante a estos efectos (1969, pp. 401, 402). En realidad, esto es en parte una cuestión conceptual y de si se entiende el concepto “responsabilidad” en sentido estricto (deber de indemnizar los daños causados) o amplio (incluyendo toda posible consecuencia del incumplimiento). El autor parece que habla en este segundo sentido, aunque no es inexacto entender que el retraso puede tener nulos efectos en materia de responsabilidad en sentido estricto, para luego admitir que tiene otras consecuencias o efectos, que es lo que en el texto defendemos.

117 *Vid. supra* Cap. I, apartado III.3.2.

los supuestos de retraso simple<sup>118</sup>; o, por otro lado, del procedimiento de notificación-resolución, cuya única manifestación existente en nuestro ordenamiento en la actualidad reside en el artículo 66.bis del TRLGDCU, conducente a la resolución, y que también, en principio, podría activarse a propósito del mero retraso.

De la misma forma, sería de interés señalar la virtualidad del simple retraso con respecto a la realización de actos y activación de mecanismos de conservación del derecho del acreedor, entre ellos la adopción de diversas medidas de garantía, el derecho de retención<sup>119</sup>, o en el contexto del ejercicio de diversas acciones, como la pauliana o la subrogatoria.

Por otra parte, no podemos olvidar que en los supuestos de término esencial no convalidable o propio, el retraso sí supondrá un incumplimiento definitivo, por lo que también el incumplimiento definitivo y sus consecuencias pueden citarse como efecto del retraso cuando concurra la esencialidad del término de cumplimiento.

En todo caso y en suma, es evidente que no puede sostenerse que el mero retraso no tiene ningún tipo de consecuencia jurídica (y mucho menos, evidentemente, que no pueda distinguirse de la mora, como hacía la doctrina más clásica): el retraso siempre tendrá cierta relevancia jurídica, que será mayor o menor según la interpretación concreta que de su relación con la mora se haga. Pero, como mínimo, habrá unanimidad en entender que la llegada del momento de cumplimiento sin que éste se verifique, que viene a suponer ese retraso simple, tiene el efecto de permitir al acreedor constituir al deudor en mora, eso por lo que hace al planteamiento de la doctrina más tradicional; y ya nadie puede negar, en la actualidad, que del mero retraso se desprenden otros efectos, entre los que pueden figurar los antedichos; al margen de otros posibles mecanismos de compensación que pudiera arbitrar la jurisprudencia<sup>120</sup>.

---

118 Ya preveía García Goyena, a propósito del comentario al artículo 1081 del Proyecto, la eficacia del mero retraso a estos efectos, al decir que “El simple retardo en la ejecución del contrato puede ocasionar perjuicios, que se trata de compensar con la pena convencional, pero será necesario pactarlo espresamente” (1852, p. 115).

119 *Vid.* Baraona González, 1998, p. 113.

120 *Vid.* Pérez-Serrabona González, que cree que, incluso en casos de mero retraso, en los que pueda faltar la mora por no concurrir culpa (que sabemos que tradicionalmente se ha requerido para la mora), en la práctica la jurisprudencia “ensaya principios compensatorios y actualizadores más allá de la simple demora” a propósito de daños como los representados por la devaluación monetaria, en atención tanto al daño sufrido por el deudor, como al enriquecimiento del acreedor (2012, p. 680). En otro sentido, y sin necesidad de colocarse en los supuestos en los que no se ha constituido en mora al deudor, este tipo de daños podrían resarcirse a través del art. 1108 CC (Díez-Picazo, 2008, pp. 677, 678), si bien las limitaciones de este precepto podrían dar lugar a algún problema (*vid.*, en general, Bonet Correa, 1979, pp. 381-393; Díez-Picazo Giménez, 2009, pp. 311-314 y 320 y ss.).

Por último, como nota adicional, y aunque no se trate de daños derivados estrictamente del retraso, se ha de tener en cuenta que, independientemente de que el mero retraso sea o no indemnizable, es posible que en el desarrollo de la obligación concurran otro tipo de daños, distintos de los propios por el retraso, pero que también repercutirían en los efectos que para el deudor retrasado pudieran derivarse. Así, nos parece que los daños por dolo o negligencia propiamente dichos serían indemnizables, en virtud del artículo 1101, como conceptos independientes de la propia morosidad —evidentemente— e, incluso, de las más amplias contravenciones al tenor de la obligación<sup>121</sup>. Asimismo, estos conceptos (dolo y negligencia) podrían llegar a justificar la indemnización de los daños causados por el retraso malicioso, incluso sin mediar constitución en mora<sup>122</sup>.

## **VII. La incidencia de las Propuestas supranacionales en la relación mora-retraso**

Lo que se ha dicho hasta el momento en el presente Capítulo se centra, fundamentalmente, en el desarrollo que la cuestión del mero retraso ha tenido en nuestro propio ordenamiento jurídico, con base en nuestro propio sistema de Derecho positivo vigente, así como de la doctrina elaborada en torno al mismo.

No obstante, el debate entre nuestra doctrina no sólo se ha visto informado por la interpretación que de nuestros textos legales han hecho, sino que, en ocasiones y como es natural, los razonamientos han sufrido también alguna interferencia por parte de los distintos textos venidos desde sectores supranacionales, como es el caso de las Propuestas de modernización ya mencionadas, precisamente porque estos textos han presentado también una visión del retraso que en líneas generales se ha correspondido con el planteamiento de los autores defensores de la relevancia del mero retraso y han servido, por tanto, como ulterior apoyo de sus opiniones, a pesar de que provengan de un sistema muy distinto en muchos aspectos al que posee nuestro Código.

Como se sabe, en los textos modernizadores se plantea una visión del retraso en la que éste es ya un claro incumplimiento, capaz de motivar, en línea de principio, el acceso del acreedor a cualquiera de los remedios frente al incumplimiento.

Si tratáramos de trasladar esa concepción del retraso a nuestro sistema en el estado en el que está, parece que su virtualidad indemnizatoria debería ser reconocida a través

---

121 En este sentido, Díez-Picazo Giménez, 1996, pp. 127, 358.

122 Siempre que, por otra parte, en el acreedor no concurriera también mala fe al retrasar el momento de la constitución en mora con el fin de incrementar los daños producidos por el retraso (*vid.* Rainville, 2012, pp. 631, 636 y ss.).



de las contravenciones al tenor de la obligación, porque su admisión como incumplimiento autónomo viene precisamente de la consideración del incumplimiento como un concepto más amplio, en el que cualquier contravención —valga la redundancia—, incluido el retraso, es en sí mismo un incumplimiento<sup>123</sup>. La mora, consecuentemente, se identificaría plenamente y sin dudas con la morosidad del artículo 1101 CC.

Pero lo cierto es que las nuevas tendencias planean un modelo que va más allá de los moldes de nuestro sistema actual, superando las conclusiones a las que nuestra propia doctrina ha llegado con respecto al mero retraso y a las relaciones entre el retraso y la mora del deudor. Y es que, si en uno de los apartados precedentes hemos dicho que, según se concibiera el retraso, así podríamos conceptualizar la mora, con estos nuevos textos lo que se observa es, todavía, un tercer posible destino para ésta, bastante menos amable que los apuntados hasta ahora, esto es, su posible desaparición.

También se ha de reseñar que, mientras que una generalidad de aspectos que caracterizan a lo que podríamos llamar como nuevo sistema de incumplimiento se mantienen de manera ciertamente uniforme de un texto a otro, a pesar de su variedad, no ocurre lo mismo con la mora del deudor.

Al análisis de estas cuestiones dedicaremos los siguientes Capítulos.

---

123 Se ha de apuntar que admitir la eficacia del mero retraso a estos efectos supondría también discutir la cuestión de los requisitos de ese retraso de la misma manera en que hasta ahora se ha hecho con la mora. En ese sentido, nos parece que muchos de los requisitos relacionados con la mora se mantendrían con respecto al mero retraso (sería el caso, por ejemplo, de la exigibilidad de la deuda o su liquidez —en las pecuniarias—), y ello porque nos parece que son, realmente, requisitos del propio incumplimiento: si una deuda no es exigible o no es líquida no parece que el deudor pueda tener todavía la posibilidad de cumplir, no pudiendo tampoco, entonces, incumplir (en este sentido, Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 45). Sobre esta cuestión, *vid. infra* Cap. III, apartado I.1.4.3.



**SEGUNDA PARTE**  
**EL TRATAMIENTO DEL RETRASO EN**  
**LAS NUEVAS TENDENCIAS DE**  
**MODERNIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL**  
**DERECHO DE OBLIGACIONES Y**  
**CONTRATOS**



## Capítulo III. La puesta en cuestión de la mora del deudor

**Sumario:** I. LA ELIMINACIÓN DE LA MORA EN LA MAYOR PARTE DE LOS PRINCIPALES TEXTOS DE MODERNIZACIÓN: 1. Los textos internacionales: 1.1. El reconocimiento del retraso como incumplimiento autónomo y sus efectos. El desplazamiento de la mora como categoría jurídica; 1.2. La crisis de la mora como origen de la nueva concepción del retraso como incumplimiento autónomo; 1.3. El tratamiento del retraso en el cumplimiento en el Derecho anglosajón; 1.4. La caracterización del retraso en los textos de modernización: 1.4.1. Las *nuevas bases de la mora mercantil* introducidas por la CISG; 1.4.2. El modelo resolutorio de los textos de referencia; 1.4.3. Los requisitos del nuevo retraso. 2. La PMCC: 2.1. El retraso como incumplimiento en la PMCC: un espejo de las Propuestas supranacionales; 2.2. La resolución en la PMCC: nuevas tendencias en la regulación del remedio; 2.3. ¿Menciones a la mora del deudor?. II. LA POSIBLE INCIDENCIA DE ASPECTOS TERMINOLÓGICOS EN LAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA MORA: 1. Retraso y mora en la terminología de los textos supranacionales: 1.1. La redacción de los textos de modernización: la elección de la lengua inglesa como *lingua franca* y los problemas que conlleva: 1.1.1. Un idioma y una terminología neutros para los textos de modernización; 1.1.2. Regular el *Civil Law* con la terminología del *Common Law*. El *facilitated english*. 1.2. La influencia del Derecho anglosajón y de su terminología sobre la configuración del retraso en los textos de modernización. 2. La confusión terminológica entre “mora” y “retraso” en el ámbito nacional y su relación con la regulación del retraso en los textos de modernización: 2.1. La identificación entre retraso y mora como punto de partida; 2.2. La postura que defiende la eliminación del requisito de la interpelación y la equiparación entre mora y retraso en los textos de modernización; 2.3. El mantenimiento de la distinción entre retraso y mora en la interpretación en los textos de modernización

# I. La eliminación de la mora en la mayor parte de los principales textos de modernización

## 1. Los textos internacionales

### ***1.1. El reconocimiento del retraso como incumplimiento autónomo y sus efectos. El desplazamiento de la mora como categoría jurídica***

El retraso simple, sin previa constitución en mora, se reconoce como una manifestación autónoma del incumplimiento en la práctica totalidad de los textos de modernización publicados en los últimos años. Recordemos, así, que textos como los PECL (artículo 1:301(4)), el DCFR (artículo III.1:102 (3)), los Principios Unidroit (artículo 7.1.1) o el CESL (artículo 87.1) eran muy claros al mencionar expresamente al retraso como incumplimiento en sus definiciones de éste<sup>1</sup>.

Como es evidente, configurar el retraso como un tipo más de incumplimiento tiene una serie de consecuencias en relación con sus efectos. Y es que, si el incumplimiento es el presupuesto básico para el acceso a los remedios, y a él no se añade, además, ninguna limitación general al mismo en función del tipo de incumplimiento ante el que nos hallemos (retrasado, parcial, defectuoso, etc.), entonces la conceptualización del retraso como incumplimiento permitirá que ante dicho retraso pueda el acreedor acudir —al menos, en abstracto, y sin perjuicio de otros posibles requisitos particulares de cada remedio— a la totalidad de los remedios frente al incumplimiento.

A la misma conclusión se llega a propósito del estudio de los textos que, a pesar de no incluir definiciones expresas de incumplimiento, como ya se ha adelantado, también tratan al retraso como incumplimiento autónomo, por lo que las consecuencias serán las mismas. Es, por ejemplo, el caso de la CISG o, en el ámbito de las iniciativas españolas, la PMCC.

El reconocimiento expreso del retraso como supuesto de incumplimiento autónomo y su consiguiente potencialidad para desplegar, en principio, cualquiera de los remedios frente al incumplimiento viene a despejar también la incógnita relativa a la relevancia del mero retraso que tradicionalmente se ha planteado en nuestra doctrina. En efecto, a partir de esta configuración del retraso se reconoce expresamente el derecho

---

1 *Vid.* Cap. I, apartado I.2.1.2.

del acreedor a reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el mismo, sin necesidad de constituir previamente al deudor en mora.

Evidentemente, el hecho de que el retraso pueda facultar al acreedor para pedir, entre otros remedios, el de indemnización de daños y perjuicios, implica que el derecho al resarcimiento por retraso no proviene única y exclusivamente de la situación de mora. Sin embargo, ello no tendría necesariamente que impedir, en principio, el mantenimiento de una eficacia (más limitada) para la mora, que podría sujetarse a condiciones distintas a las del mero retraso<sup>2</sup>.

Sin embargo, lo que sucede en los textos de modernización que configuran al retraso como incumplimiento autónomo no es que simplemente se reconozca formalmente eficacia al mero retraso a efectos indemnizatorios, sino que la mora viene a desaparecer, propiamente, como categoría jurídica. Como ha dicho la doctrina, la mora queda desplazada como institución jurídica específica para pasar a delimitarse esos remedios frente al incumplimiento<sup>3</sup>, o, diríase, más bien, para pasar a adoptarse un nuevo sistema de incumplimiento y remedios en el que la mora no juega ya ningún papel.

En efecto, puede apreciarse que la mora no llega a nombrarse en ninguno de los textos reseñados<sup>4</sup>, haciéndose referencia, única y exclusivamente, al retraso. Tampoco se regula específicamente, lo cual se corresponde con la influencia que el Derecho anglosajón tiene sobre los textos de modernización, como veremos. Y, por último, los dos efectos típicamente asociados a ella se disocian y se tratan de manera separada.

En relación con los efectos, en primer lugar, ya se ha dicho que el derecho a la indemnización de los daños sufridos por el retraso se asocia al simple retraso, lo cual se traduce en una consecuencia tan dura para el deudor como es la de que responde por los daños o se devengan intereses, según la obligación, desde el mismo momento en el que, debiendo cumplir, no lo hace.

---

2 Por ejemplo, a efectos del reconocimiento de una norma como la del art. 1108 CC en materia de intereses, vinculando una presunción de culpabilidad a la interpelación, si aquella fuera precisa, o disponiéndola, en general, como una situación más gravosa para el deudor.

3 Así lo expresa Vaquero López, relacionándolo con el modelo marcado por la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (2016, p. 821); texto sobre el que más adelante hablaremos. En el mismo sentido sobre la desaparición de la mora como especialidad, Díez-Picazo/Roca Trías/Morales Moreno, 2002, p. 302.

4 Con la excepción, como veremos, de la PMCC.

En cuanto al efecto del traspaso de los riesgos por la mora, la llamada *perpetuatio obligationis*, deja de tener sentido, no tanto por la desaparición de la mora como institución, como por la instauración de un concepto objetivo de incumplimiento en el que no tiene cabida la culpabilidad del deudor. Y es que, al margen del posible juego de la creciente autonomía de los contratantes en materia de reparto de riesgos<sup>5</sup>, hemos visto que todos estos textos incorporan una serie de normas relativas a las diferentes circunstancias que permiten al deudor excusar su falta de cumplimiento por el acaecimiento de alguna circunstancia ajena a su esfera de control que, en todo caso, no excluyen el incumplimiento, sino sólo algunas de sus consecuencias<sup>6</sup>. La regla general pasa a ser que el deudor responderá por los casos fortuitos en tanto en cuanto no cumpla, siendo relevantes los posibles impedimentos únicamente a efectos de la indemnización, en general. Si, en comparación con la regulación del Código Civil, en la que el deudor, salvo culpa (art. 1182 CC) o salvo que otra cosa se pactara, sólo responde por los casos fortuitos si se encuentra en situación de mora (o, también, según el artículo 1096.3 CC, cuando se halle comprometido a entregar la cosa a dos o más personas<sup>7</sup>)<sup>8</sup>, ahora éste no puede verse liberado de la obligación por caso fortuito en ningún supuesto, entonces la regla que indica que el traspaso de riesgos se produce a propósito de la mora se vacía de contenido y resulta innecesaria, por cuanto se corresponde con el régimen que se aplica a todo deudor incumplidor<sup>9</sup>.

Por último, otros efectos secundarios que se han asociado también a la situación de mora, como es el de hacer cargar al deudor con el riesgo de una posible excesiva

---

5 En relación con la CISG y su sistema, *vid.* Salvador Coderch, 1998, pp. 638, 639; Vidal Olivares y Oviedo Albán, 2016, p. 169. Esta idea puede defenderse también, no obstante, en relación con nuestro Derecho vigente (*vid.* Cavanillas Múgica, 2013, pp. 1696, 1697). Y, en materia comercial, destaca la importancia de los INCOTERMS como normas específicas de reparto de riesgos.

6 Nos referimos al riesgo desde el punto de vista de la exoneración del deudor por pérdida de la cosa; y no al riesgo *contractual o de la obligación*, cuestión destinada a saber si, extinguida la obligación por pérdida, sin culpa del deudor, de la cosa, se mantendrá la obligación de pago del precio del acreedor (*vid.* Ataz López, 2013a, pp. 10.235, 10.236). Esta concreta cuestión también adquiere perfiles distintos en los nuevos textos (*vid.* Morales Moreno, 2006, p. 116; Fenoy Picón, 2010, pp. 76 y ss.; Gómez Calle, 2012, p. 34), destacando la regulación de los artículos 66 a 70 CISG (con fuerte influencia sobre las Propuestas españolas, en particular, en la Propuesta sobre compraventa y la PMCC, *vid.* Jerez Delgado y Pérez García, 2009, p. 176; Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 78-80), o la de los artículos 140 a 146 CESL, más detallada y con algunas especialidades.

7 O en otros supuestos concretos que marque la ley (Díez-Picazo Giménez, 2002, p. 1737).

8 *Vid.* Ataz López, 2013a, pp. 10.241, 10.242.

9 En sentido contrario, parece que Díez-Picazo Giménez entiende que en la nueva configuración del retraso, la mora seguiría manteniendo la función relativa al traspaso de riesgos (2002, p. 1747).



onerosidad de la prestación sobrevenida tras la constitución en mora<sup>10</sup>, parece que podrían ahora imputarse al propio retraso, aun sin mora.

Ante esta situación, está claro que la mora pierde toda su utilidad, dado que sus dos efectos típicos toman caminos separados y vienen a ser regulados a través de otros cauces, siendo vaciada así de cualquier tipo de contenido. La constitución en mora del deudor ya no es precisa para hacer a éste responsable de las consecuencias del retraso.

## **1.2. La crisis de la mora como origen de la nueva concepción del retraso como incumplimiento autónomo**

Aunque las nuevas tendencias eliminen de cuajo la institución de la mora del deudor, algunos autores habían advertido ya esta tendencia en nuestro Derecho vigente.

Es el caso de Díez-Picazo, para quien “los dos pilares sobre los cuales la mora se asienta, esto es, la exigencia de intimación y la traslación del riesgo del caso fortuito, han experimentado, en los tiempos modernos una cierta crisis”<sup>11</sup>, en una idea que ahora se vería confirmada con la aceptación del nuevo modelo del que venimos hablando.

Díez-Picazo se refería, de un lado, a la admisión de la regla *dies interpellat pro homine*, que implicaría la mora automática en las obligaciones a término pero que, como sabemos, no fue acogida por nuestro Código Civil. Y, de otro lado, al hecho de que, para el autor, se hubiera “tratado de paliar el rigor que el Derecho romano impuso con la traslación de riesgos”, algo que puede relacionarse con la corriente doctrinal que defiende que la responsabilidad del deudor moroso por los casos fortuitos se vería excluida cuando pudiera probarse que las cosas habrían perecido de igual modo, por las mismas causas, de encontrarse en poder del acreedor<sup>12</sup>, y, que, en opinión de Díez-Picazo, restringe la eficacia de este efecto de la mora.

Al margen de que la posible admisibilidad de esta concepción no está clara<sup>13</sup> (es discutida por un importante sector doctrinal<sup>14</sup>, aunque para otros autores puede suponer

---

10 Díez-Picazo, 2008, pp. 679, 680.

11 Díez-Picazo, 2008, p. 656.

12 Por todos, Albaladejo, sobre la base de los artículos 1896 y 1105 CC (2011, pp. 196, 197; también en 1989, pp. 371, 372). No obstante, el propio Díez-Picazo expone que esta previsión se introdujo ya en el Derecho romano, en época de Justiniano, precisamente para paliar la dureza de la *perpetuatio obligationis* romana (2008, p. 679). Por otra parte, también parece significativo, el hecho de que el Proyecto de 1851 sí contuviera una norma expresa en este sentido en su artículo 1160, dedicado específicamente al deudor moroso. Además, esta regla sí se prevé en algunos Códigos de nuestro entorno; entre otros, el alemán (§ 287 BGB) o el italiano (art. 1221 *Codice Civile*).

13 Por una parte, puede entenderse la lógica de que no haya razón para tratar peor al deudor moroso

un reparto de los riesgos más razonable<sup>15</sup>), la aceptación de este planteamiento, en sí mismo considerado, tampoco implicaría que el traspaso de riesgos perdiera virtualidad general en nuestro ordenamiento, puesto que se trataría de un único supuesto que exoneraría al deudor de responder por los casos fortuitos, siempre que éste lo probara. De igual modo, tampoco se recoge en nuestro Código la máxima *dies interpellat pro homine*, por lo que la posible admisión de esta norma no se corresponde con nuestro Derecho vigente.

Con independencia de estos argumentos concretos, la conclusión que Díez-Picazo extrae es que de esta crisis de los pilares de la mora se derivan tanto una regulación que presenta características borrosas, como el hecho de que la función real de la mora en el tratamiento de las obligaciones no sea clara<sup>16</sup>. Ciertamente, esto, sumado a la evolución social y económica que ha dado lugar a planteamientos en torno a la relevancia del mero retraso, plantea un escenario en nuestra doctrina que se corresponde y, a la vez, se retroalimenta con el *nuevo* sistema de incumplimiento modernizado.

Parece, en definitiva, que puede propiamente hablarse de una crisis de la función de la mora, o, más bien, de la propia figura de la mora, en los nuevos modelos del Derecho de obligaciones y contratos, que responden clara y directamente a la influencia de las nuevas tendencias económicas, en las que se demandan transacciones más rápidas —más sencillas de formalizar y, también, fáciles de disolver—, y una mayor protección de la figura del acreedor y sus intereses.

Verdaderamente, la crisis de la figura de la mora tiene su origen en la propia crisis del principio *favor debitoris*, mucho menos propio de las transacciones y del espíritu comercial que se ve en textos como la CISG, como pionera en esta nueva concepción del retraso, y que responde, en gran medida, y como ya se ha dicho, a la influencia del Derecho anglosajón.

---

que a quien recibe un pago de mala fe, supuesto al que se refiere el art. 1896 CC (Albaladejo, 2011, pp. 196, 197), pero tampoco está claro que este precepto pueda aplicarse analógicamente cuando nada se ha previsto, siendo otros posibles argumentos (por ejemplo, el hecho de que se recoja en otros ordenamientos o en el Proyecto de 1851) ambivalentes a efectos interpretativos.

14 Entre otros, Cano Martínez de Velasco (1978, pp. 102, 103); Díez-Picazo Giménez (1996, pp. 476-496); Díez-Picazo (2008, p. 678-680).

15 Vaquero López, 2016, p. 838.

16 Díez-Picazo, 2008, pp. 656, 657.

### **1.3. El tratamiento del retraso en el cumplimiento en el Derecho anglosajón**

Como quiera que el esquema básico de incumplimiento que los textos de modernización incorporan —como concepto unitario en torno al cual se estructuran una serie de remedios, en un enfoque más mercantilizado y neutro— proviene directamente del Derecho anglosajón<sup>17</sup>, resulta de interés conocer cuál es la regulación que en este sistema legal se hace del retraso, antes de estudiar el tratamiento concreto del retraso en los textos de nuestro interés.

En primer lugar, como es evidente, el retraso tiene también virtualidad suficiente en el sistema legal anglosajón como para dar lugar a consecuencias particulares. Así, específicamente se habla de “late payment”, “delayed payment” (“pago retrasado”, en ambos casos), del más general “delay” (“retraso”), o de los “arrear”, que vendrían a ser los atrasos o las cantidades debidas y no pagadas a tiempo. Sin embargo, en ningún caso se habla específicamente de mora del deudor. No sólo no existe el término, sino que la mora tampoco existe en cuanto a concepto o institución<sup>18</sup> es el propio concepto el que no existe (“there is no word because there is no equivalent concept”).

En este sentido, se ha llegado a decir que es “una institución que causa verdadero estupor”, un “concepto extraño” para los juristas del *common law*, y se considera que es, precisamente, una de las materias en las que se hace patente el abismo existente, respecto de algunas cuestiones, entre el *civil law* y el *common law*<sup>19</sup>. Esta consideración no es desacertada si se tiene en cuenta que la constitución en mora es una figura habitual en el Derecho civil. Respecto del Derecho anglosajón, por el contrario, puede afirmarse sin titubeos que la regla general es que el retraso en el cumplimiento supone un incumplimiento indemnizable sin necesidad de comunicación alguna por parte del acreedor<sup>20</sup>, que además de llevar consigo el derecho al resarcimiento del daño causado, implica la asunción de los riesgos por parte del contratante incumplidor<sup>21</sup>, por lo que

---

17 *Vid.* Zimmermann, 1996, p. 814; Whittaker, 2002, pp. 978-980.

18 En palabras de Sefton-Green, “there is no word because there is no equivalent concept” (2012, p. 42).

19 Palazón Garrido, 2016b, pp. 978-980. Weir considera que “el Derecho inglés no conoce institución semejante: la idea de que el acreedor, por una demanda formal, pueda hacer correr los intereses o transferir los riesgos no existe en absoluto. En el caso de las obligaciones pecuniarias, tal requerimiento es insuficiente; en otros casos, es inútil” (la traducción es nuestra). Por ello, entiende que la ausencia de tal institución es determinante de su incomprensión por los estudiosos del sistema anglosajón, incluyendo una cita de Reitz ciertamente expresiva, que dice que “there is no more mistifying rule than the requirement of *mise en demeure*” (2001, p. 966; también, pp. siguientes).

20 Treitel, 1991, p. 130, 136.

21 Palazón Garrido, 2016b, p. 980.

ninguno de los dos efectos típicamente asociados a la mora se hacen depender de requerimiento alguno<sup>22</sup>.

El retraso es simplemente un tipo de *breach of contract*, y, como tal, puede dar lugar al resarcimiento de los daños sufridos, de manera que no se distingue entre daños por retraso y por incumplimiento definitivo, como tampoco entre daños por retraso, imposibilidad de cumplimiento y cumplimiento defectuoso: el Derecho anglosajón (como, también, el sistema CISG) tiene una visión unitaria del incumplimiento, que hace que a todos los tipos de incumplimiento se apliquen, en principio, las mismas previsiones<sup>23</sup>.

Ha destacado la doctrina que tampoco se requiere, de manera general, ningún tipo de comunicación para entender que el deudor debe cumplir<sup>24</sup>. Ello es especialmente claro cuando se ha fijado, explícita o implícitamente, un momento al deudor para el cumplimiento de la obligación: el deudor deberá cumplir en ese momento, o de lo contrario se entenderá que el acreedor tiene derecho a los daños irrogados como consecuencia del retraso. En este punto, el sistema podría asemejarse al de la mora automática<sup>25</sup>. Sin embargo, incluso cuando ello no es así y no se estipula, ni siquiera implícitamente, un momento concreto para el cumplimiento, en este sistema se entiende que el deudor deberá cumplir en un “plazo razonable”<sup>26</sup>, transcurrido el cual deberá el deudor hacer frente a las consecuencias de su incumplimiento, que en general incluirán el resarcimiento de los daños sufridos a resultas del retraso.

De esta forma, no se precisa comunicación alguna por parte del acreedor ni para que la obligación se entienda vencida y exigible, ni para que tengan lugar los efectos que se derivan del incumplimiento, incluido el resarcimiento de los daños por retraso. En este sentido, puede concluirse que el sistema prescinde de cualquier institución similar a la constitución en mora del deudor<sup>27</sup>.

---

22 Weir, 2001, p. 966.

23 Whittaker, 2002, p. 274; también, 2007, p. 1099. Comentando la misma cuestión, Treitel destaca cómo en ciertos territorios y para ciertos tipos de contratos existen normas concretas en relación con los daños por retraso, pero estas normas se limitarían a especificar ciertas consecuencias prácticas de los mismos, sin implicar en ningún caso una distinción con respecto al resto de incumplimientos (1991, pp. 130, 131).

24 McKendrick, 2008, p. 1404; Whittaker, 2002, p. 274.

25 En este sentido, también Treitel, 1991, p. 136.

26 Treitel, 1991, pp. 136, 137. Además, remarca la doctrina que la razonabilidad del plazo deberá ser estimada en cada caso por los Tribunales, atendiendo a un número de factores (McKendrick, 2008, p. 1413).

27 Esto no obsta para que, en la práctica, sea habitual que el cumplimiento se solicite por escrito a

Ahora bien, estudiando el sistema con una profundidad algo mayor, podremos comprobar cómo en algunas situaciones se dan comunicaciones del acreedor, de común identificadas a través de las expresiones “notice of default” y “notice to perform”, cuyo posible paralelismo con la constitución en mora es preciso estudiar<sup>28</sup>, con el fin de cerciorarnos de su completa ausencia en el sistema.

En primer lugar, el principio general de que el deudor debe cumplir la obligación sin necesidad de requerimiento alguno por parte del acreedor a tal efecto observa alguna excepción en la que el acreedor debe pedir el cumplimiento al deudor. En concreto, esto será así cuando tal circunstancia se hubiera pactado en el contrato, o bien cuando la naturaleza del propio contrato muestre que la comunicación es una condición implícita e indispensable para poder cumplir<sup>29</sup>. Por ejemplo, cuando la cantidad a pagar sea desconocida por el deudor y deba serle notificada por el acreedor<sup>30</sup>, o en los supuestos de reparaciones en el inmueble arrendado que deban ser efectuadas por el arrendador, cuando de ellas sólo tenga conocimiento el arrendatario<sup>31</sup>.

Este primer caso de “notice to perform”<sup>32</sup> parece sencillo de distinguir de una constitución en mora, puesto que está más relacionado con el propio vencimiento de la obligación: antes de que esta comunicación se dé, no puede siquiera haber lugar al cumplimiento por parte del deudor (o bien éste será anticipado, en el caso de que esta circunstancia se hubiera introducido en el contrato).

En segundo lugar, se ha de tener en cuenta la importante distinción que en el Derecho anglosajón se hace entre aquellas obligaciones en las que “time is of the

---

través de una “letter before action” (Whittaker, 2002, p. 274). Sin embargo, de ese acto en concreto no se desprende efecto alguno.

28 No en vano, precisamente como “notice to perform” aparece la *mise en demeure* francesa en las traducciones al inglés de la reforma del *Code civil* de 2016. Así puede verse en el documento preparado por Cartwright, Fauvarque-Cosson y Whittaker conteniendo el texto de la reforma traducido al inglés, con notas suplementarias de los traductores, comisionado por el Ministerio de Justicia francés (publicada también en Cartwright/Fauvarque-Cosson/Whittaker, 2017, pp. 442, 470, y otras). El uso de una expresión por otra no merece mayor comentario por parte de los traductores, si bien al inicio de la traducción indican que han intentado traducir la terminología francesa “in a way in which is both accurate and faithful to French legal thought and yet comprehensible to readers of English, whether or not they are familiar with the concepts of the civilian tradition” (p. 410), anticipándose a las diferencias conceptuales y terminológicas existentes entre las tradiciones anglosajona y civil de las que después hablaremos.

29 McKendrick, 2008, p. 1404.

30 McKendrick, 2008, p. 1404.

31 Whittaker, 2002, p. 274.

32 También se habla en alguna ocasión de “request to perform”, con idéntico significado (McKendrick, 2008, p. 1404).

essence” y aquéllas en las que “time is not of the essence”, según la importancia que el momento fijado para el cumplimiento tenga. En relación con esta distinción, existe una comunicación cuyo paralelismo con los requerimientos del *civil law* —entre ellos, la mora— ha señalado doctrina<sup>33</sup>.

La cuestión sobre cuándo en Derecho anglosajón el tiempo de cumplimiento es “of the essence” y cuándo no lo es resulta peliaguda. Es difícil establecer generalizaciones sobre esta cuestión, y parece que, en muchos casos, la solución va a depender del caso concreto. Con todo, sí se aprecia una evolución desde una posición más férrea, en la que el tiempo siempre era considerado *of the essence*, a la actual concepción, más flexible, en la que los Tribunales han suavizado el rigor inicial a partir de consideraciones de equidad<sup>34</sup>. En todo caso, algunas pautas dadas por la doctrina indican que, al margen de que las partes puedan fijarlo expresamente, el tiempo será esencial (además de cuando así se haya fijado por las partes, normalmente), siempre que se haya especificado un momento para el cumplimiento<sup>35</sup>, así como en el caso de obligaciones de carácter comercial<sup>36</sup>.

Frente a esta cuestión hay tres posibilidades, cuyas consecuencias son de importancia a los efectos de nuestro estudio.

Si el tiempo fijado para el cumplimiento es *of the essence*, el retraso supondrá un incumplimiento que, al igual que sucede en nuestro ordenamiento en los casos de término esencial, determinará que el acreedor pueda resolver la obligación (“right to terminate”) y solicitar *damages for fundamental breach of contract*<sup>37</sup>.

Si el momento de cumplimiento no es *of the essence*, se prevé que el acreedor pueda efectuar un requerimiento a través del cual le otorgue esta condición (“a notice making time of the essence”), en el que el acreedor concederá al deudor un plazo adicional de cumplimiento. Transcurrido sin éxito, se entiende que el acreedor sólo podrá resolver la obligación cuando la falta de cumplimiento prive al acreedor de una parte sustancial del beneficio al que tenga derecho. Por tanto, y a diferencia de otros mecanismos continentales, como el *nachfrist*, el hecho de no cumplir en el plazo concedido no es un “repudiatory breach”: no conduce indefectiblemente a la

---

33 Treitel, 1991, p. 137.

34 *Ibid.* También, McKendrick, 2008, pp. 1405-1407.

35 McKendrick, 2008, pp. 1405, 1406.

36 En este sentido, Whittaker, que se muestra en contra del planteamiento según el cual el momento de cumplimiento sería *of the essence* por norma general (2002, p. 277; 2007, p. 1100).

37 McKendrick, 2008, p. 1410.

terminación del contrato, sino que puede ser usado como evidencia de ello<sup>38</sup>, y deberán tenerse en cuenta otras cuestiones para estimar la procedencia de la disolución del vínculo contractual. En todo caso, generalmente tendrá derecho a recibir una indemnización por los daños sufridos a propósito del retraso.

En cuanto a la tercera posibilidad, si el momento del cumplimiento no es *of the essence*, y la parte implicada no emite comunicación alguna a este efecto, ésta seguirá teniendo derecho a una indemnización por el retraso<sup>39</sup>, si bien no se entenderá que concurre un *repudiatory breach* que dé derecho a resolver el contrato<sup>40</sup>. Es decir, la falta de cumplimiento puntual no será suficiente, en principio, para disolver la relación obligatoria.

Esto demuestra tres cosas: en primer lugar, que no es precisa comunicación alguna por parte del acreedor para entender que el deudor retrasado ha incumplido ya la obligación. En segundo lugar, que los daños causados por el retraso se deben con independencia de requerimiento alguno, toda vez que el retraso con respecto al momento fijado para el incumplimiento —o el “plazo razonable”, no existiendo un momento prefijado— supone un incumplimiento completo, indemnizable<sup>41</sup>. Y, por último, que el *notice of default* nada tiene que ver con el retraso y sus consecuencias.

Por esto último, precisamente, se diferencia con la constitución en mora: la comunicación de la que aquí se habla es relevante únicamente a efectos de la resolución (que es, claramente, un acto unilateral), e incluso de cara a la acción de cumplimiento, habiéndose entendido que podría funcionar, incluso, como prerequisite de estos

---

38 McKendrick, 2008, pp. 1409-1412; también Whittaker, quien dice que la notificación efectuada tras el retraso no necesariamente justifica la resolución (2002, p. 278).

39 Este incumplimiento “is still a breach leading to liability to pay any damages for any loss caused by the delay in completion” (McKendrick, 2008, p. 1412).

40 *Ibid.*

41 A estos dos primeros puntos se refiere Treitel: “A notice of default is normally not necessary either to establish the delay or to give rise to a right to damages for the loss resulting from such a breach” (1991, p. 130). En cuanto al uso del adverbio “normally”, y sin perjuicio de que pueda haber algún supuesto especial en el *case law*, se ha de recordar que hay algunos supuestos en los que el propio conocimiento de la necesidad de cumplir por parte del deudor sólo llegará a través de una comunicación del acreedor (por ejemplo, en el caso de reparaciones en el inmueble arrendado sólo conocidas por el arrendatario), por lo que tanto la propia posibilidad de cumplimiento, como, finalmente, la posibilidad de que haya un retraso y se indemnicen los daños causados por el mismo dependerán de que inicialmente el acreedor tome conocimiento de la obligación. No obstante, es evidente que tampoco en este tipo de casos es el requerimiento condición del derecho al resarcimiento, sino de la propia exigibilidad de la obligación.

remedios; aspecto en el que también se diferenciaría de la mora<sup>42</sup>. Sin embargo, no es relevante a efectos resarcitorios.

También ha destacado la doctrina otras diferencias, como lo son el hecho de que estas se aplican cuando el contrato fija el momento de cumplimiento, que es precisamente la situación en la que muchos sistemas de Derecho continental la comunicación del acreedor *no* es requerida<sup>43</sup>. No es el caso español, como se sabe, en el que, por influencia francesa, no permanece vigente el brocardo *dies interpellat pro homine*, pero ello no significa que la idea de que la interpelación puede no ser necesaria en los casos en que las partes fijan un momento determinado para el cumplimiento no lata en el Derecho continental.

Tampoco puede pasarse por alto que, como se ha dicho antes, en la comunicación en la que el momento de cumplimiento pasa a ser *of the essence*, el acreedor también otorga un plazo adicional de cumplimiento, que podría entenderse similar al *nachfrist*. Sin embargo, además de la distinción apuntada con respecto a éste (esto es, que no faculta al acreedor a resolver sin necesidad de otros requisitos), también se diferencia, a su vez, del requerimiento que constituye al deudor en mora, por cuanto este último toma efectos de manera inmediata, y no al término del “plazo razonable de tiempo” concedido al deudor<sup>44</sup>.

Todavía puede haber otros ejemplos en la práctica del *common law* que causen dudas sobre su similitud con la comunicación que supone la constitución en mora del deudor en el Derecho continental<sup>45</sup>. Es el caso de los contratos que dan lugar al cumplimiento “on demand” o los contratos para la compraventa de bienes “on request”,

---

42 Treitel, 1991, p. 137.

43 *Ibíd.*

44 Dice Treitel que “Notices which have this effect —la concesión de un plazo adicional de cumplimiento— do exist as part of the machinery of the remedy of termination in some civil law systems; but the notice of default which we are concerned in the present chapter —se refiere a una notificación como la que constituye la interpelación de mora— takes effect in civil law systems at once (...)”, y que, independientemente de que estos efectos se puedan sujetar a ciertas condiciones (por ejemplo, que el deudor tome conocimiento de la existencia de la deuda), en el caso, por ejemplo, de las deudas pecuniarias, los intereses comienzan a correr desde que se efectúa el requerimiento, y no una vez que transcurre el plazo adicional otorgado al deudor (*ibíd.*).

45 En esta enumeración se dejan de lado algunos sistemas híbridos tratados por el autor que estamos citando, como los de Sri Lanka o ciertas normas de Sudáfrica en los que, como el autor bien resalta, es posible que nos encontremos ante configuraciones que son fruto de una confusión entre ambos mecanismos (*ibíd.*, p. 142); así como disposiciones estatutarias muy particulares (*ibíd.*, p. 139) cuyos principios tampoco nos parecen equiparables a los de la mora del deudor.



que reciben interpretaciones distintas, entre las cuales las hay que los sitúan cerca de nuestra mora del deudor; pero que, al parecer, se diferenciarían de la misma en cuanto a que, en realidad, van destinados a ser una protección para el deudor que trata de conseguir la contraprestación que se le debe<sup>46</sup>, siendo el momento determinante para marcar el retraso distinto a aquel en que se recibe la comunicación<sup>47</sup>. O, en un supuesto que es de importancia para nuestra materia, en materia de intereses en las dinerarias, respecto de los cuales es común entender que sólo podrán cobrarse a partir de la judicialización de la controversia<sup>48</sup>, lo cual podría interpretarse como una interpelación formal, como la que se produce a través de la interposición de demanda en nuestro sistema. Sin embargo, aunque los intereses puedan no concederse, en muchos casos, si no se requieren en un procedimiento judicial, en realidad se entienden debidos desde el vencimiento de la deuda, y no desde el propio requerimiento<sup>49</sup>, por lo que, de nuevo, se distinguirían de la constitución en mora.

En suma, parece posible afirmar que, si bien hay algunos puntos de conexión con la constitución en mora, en todos los casos existen marcadas diferencias tanto desde el punto de vista conceptual como desde el funcional. Y respecto del retraso, está claro que sus consecuencias (en particular, las resarcitorias) no se sujetan a ningún requisito similar a la mora. El deudor que no cumple llegado el momento está sujeto a la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

Esta concepción es una manifestación clara de un sistema más cercano al espíritu comercial, que se diferencia claramente de los sistemas continentales que exigen la mora —salvo, si acaso, el alemán, que se considera situado a medio camino<sup>50</sup> y del que, no en vano, también se transfieren distintos elementos a la generalidad de los textos modernizadores—, y que late en los textos de modernización, que, como veremos, reproducen en muchos aspectos la regulación anglosajona.

---

46 *Vid. ibíd.*, p. 138.

47 Weir, 2001, pp. 965, 966.

48 En Derecho anglosajón existen todavía reservas con respecto a la obligación de pagar intereses por el retraso en las pecuniarias. En su lugar, se entiende que lo que el deudor debe es, en sí, la propia deuda, en lugar de los intereses, aunque se va aceptando que principal e intereses puedan acumularse. Particularmente, suele admitirse en los casos de pago tardío de cantidades después de juicio, y en el de las deudas de carácter comercial (Whittaker, 2002, p. 274). Esto último resulta significativo. *Vid.*, también, Weir, 2001, pp. 966-968.

49 Treitel, 1991, p. 142; Weir, 2001, p. 967.

50 Malauire/Aynès/Stoffel-Munck, 2018, p. 561.

## **1.4. La caracterización del retraso en los textos de modernización**

### **1.4.1. Las nuevas bases de la mora mercantil introducidas por la CISG**

Concebida como un texto en el que se unificaran soluciones del Derecho civil continental y el Derecho anglosajón, y con una notable influencia de este último, la CISG es el primer instrumento en incorporar una noción del retraso como incumplimiento autónomo, estableciendo las premisas en torno a las cuales se habría de regular este nuevo retraso en los sucesivos textos de modernización, herederos directos del espíritu y las disposiciones de la CISG.

En relación con esta nueva concepción del retraso, se ha señalado que la CISG ha introducido lo que ha venido a considerarse por parte de la doctrina como las “nuevas bases dogmáticas de la mora mercantil”<sup>51</sup>, las cuales, a pesar de su nombre, tendrían, en principio, vocación de aplicación general.

En concreto, estas nuevas *bases dogmáticas de la mora mercantil*, según la doctrina que las ha expuesto, se concentrarían en las siguientes: en primer lugar, la equiparación de la mora al retraso; en segundo lugar, la mora sin interpelación y el devengo automático de intereses; en tercer término, el encuadramiento sistemático de la mora en el régimen del incumplimiento contractual; en cuarto lugar, la objetivización de la mora; y, por último, la especificación legal de los efectos de la mora en el pago de intereses y en la indemnización por costes de cobro<sup>52</sup>.

En resumen, de estas bases confeccionadas por la doctrina se desprenden las características generales —o las claves, si se quiere— del tratamiento del retraso en los textos modernizadores: a saber, que se trata de un retraso objetivado, como no podía ser de otra forma en un sistema en el que el propio incumplimiento no requiere ya de criterios subjetivos para su apreciación; que se prescinde de los requisitos típicos de la mora en un retraso que se encuadra en el régimen del incumplimiento contractual, como ya se ha explicado; o, por otra parte, que los efectos del retraso, desviado el traspaso de riesgos a otra sede, se centran en el pago de los intereses y, dice esta doctrina, también en la indemnización por costes de cobro (dejando de lado, como veremos, otros posibles conceptos).

---

51 Vaquero López emplea esta expresión al analizar la CISG y su tratamiento del retraso (2016, pp. 849, 850), tomándola de Perales Viscasillas, que la utiliza a propósito del examen de la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (2007a, pp. 8-13; *vid.* también Perales Viscasillas, 2006, pp. 120-128).

52 Vaquero López, 2016, pp. 849, 850; Perales Viscasillas, 2007a, pp. 8-13.

De estas “nuevas bases dogmáticas de la mora mercantil” surgen, como mínimo, dos dudas, consignables ya incluso a partir de la mera lectura de su título, al margen de las que luego se comentarán.

En primer lugar, puede causar sorpresa el hecho de que su denominación parezca referirse únicamente a la contratación mercantil.

Otorgar ese título a unos principios que debieran regir única y exclusivamente en nuestro ordenamiento interno no tendría ningún tipo de sentido, por cuanto las disciplinas mercantil y civil están, a día de hoy, separadas a todos los efectos, y no parece que la referencia sea hecha a lo que aquí se entiende como contratación mercantil, visto el ámbito de aplicación de los textos que incorporarían esta “mora mercantil”. Sin embargo, esto mismo no es predicable de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos que nos circundan, por lo que no es extraño que los propios textos de modernización, así como los análisis que de ellos se hacen en otros países, partan del mismo modelo unificado.

En todo caso, y teniendo en cuenta que el análisis reseñado es obra de nuestra doctrina, no parece que el uso del término “mercantil” a estos efectos, si se quiere dar a entender que sería aplicable a todo tipo de contratación —también la que se da entre particulares—, sea lo idóneo. Y, aun así, de lo que no hay duda es de que éstos son los rasgos que el retraso tiene en todas las Propuestas de modernización, que son deudores directos, en un buen número de aspectos, del espíritu más puramente comercial de sistemas como el anglosajón. Siendo ésta la tendencia, y viendo que estos textos tienen, en principio, cierta vocación de aplicación general, no es extraño que podamos apuntar a una posible *mercantilización* de las instituciones propias del Derecho de obligaciones y contratos, de la que más adelante hablaremos.

En cuanto a la segunda duda de las dos que, a partir de un análisis inicial, se desprenden de estas *bases*, no deja de llamar la atención la reiteración en el uso de la palabra “mora”, tanto en la denominación como en el desarrollo de lo que serían estas “bases de la mora mercantil” cuando, de otro lado, se ha insistido por la doctrina en que las nuevas tendencias abogan por la supresión de dicha categoría jurídica<sup>53</sup>. Esto parece conducirnos a la idea de que algún tipo de confusión debe de haber entre estos dos términos, si no es que, simple y puramente, la doctrina que recoge en sus obras estas “bases dogmáticas de la mora mercantil” ha usado el término por mera inercia de la costumbre o, tal vez, por darle a la palabra “mora” un uso más general y laxo.

Por el momento, parece posible dejar sentado que, como hemos visto, la mora desaparece por completo en los textos de modernización del Derecho de obligaciones y

---

53 Entre otros, por la misma autora (Vaquero López, 2016, p. 821).

contratos analizados hasta el momento, quedando el retraso huérfano de ese mecanismo que le daba virtualidad jurídica sólo a partir de un determinado momento y bajo ciertas condiciones.

#### 1.4.2. El modelo resolutorio de los textos de referencia

Junto con esta nueva concepción del retraso, estos textos introducen otros mecanismos que, en general, abogan por un mayor dinamismo y por la promoción de la unilateralidad en las relaciones contractuales.

Entre ellos, resultan particularmente relevantes dos mecanismos diferenciados que se encuentran en la totalidad de los textos que estamos comentando. Nos referimos al nuevo modelo resolutorio, basado en la concesión de un plazo adicional para el cumplimiento cuando el incumplimiento no es definitivo y permite el cumplimiento posterior (que puede presentarse combinadamente con la resolución por incumplimiento esencial o no, siendo ambas, en la generalidad de los textos, remedios de carácter unilateral<sup>54</sup>), y al propio mecanismo de plazo esencial o *nachfrist*, tomado directamente, como sabemos, del Derecho alemán.

Este mecanismo (que puede asociarse sólo al remedio resolutorio, o también a otros; y al incumplimiento retrasado, o también a otros tipos de incumplimiento) permite otorgar una última oportunidad de cumplimiento al deudor, y, a la vez, una importante dosis de seguridad al acreedor, que ya no necesita probar la esencialidad del incumplimiento para resolver. Por ello se ha dicho que tiene una importante función *transformadora* del incumplimiento, ya que es capaz de convertir un incumplimiento que inicialmente no es esencial en otro que sí lo es<sup>55</sup>.

Cabe añadir que en los textos de modernización se establecen algunas precisiones de cierta entidad respecto a lo que se ha dicho en relación con la regulación de la figura en el ordenamiento alemán. En ellos, aunque haya de destacarse que se dan algunas diferencias en función del texto concreto que se examine<sup>56</sup>, este mecanismo se establece como requisito *sine qua non* para el ejercicio del remedio resolutorio cuando el

---

54 Quedan a salvo las particularidades que, según veremos, presentan algunos textos, como el nuevo *Code Civil* francés.

55 Arroyo i Amayuelas (2018, p. 10).

56 En relación con la influencia del modelo alemán sobre los distintos textos y el tratamiento por cada uno de ellos, ver, por todos, a San Miguel Pradera, 2004, pp. 458 y ss.; Yovel, 2007, pp. 15 y ss.; Fenoy Picón, 2015, pp. 81-824, 866-872, y 928 y ss.; Arroyo i Amayuelas, 2019, pp. 198-202; también, aunque no estamos de acuerdo con algunas de sus premisas de mayor relevancia, Vaquero López, 2016, pp. 848 y ss. (con alguna referencia a la relación de los textos con las Directivas sobre consumo).

incumplimiento no tenga carácter esencial<sup>57</sup> (pues teniéndolo, el recurso a este mecanismo no sería preciso para poder resolver); razón por la que se ha venido a denominar también, por nuestra doctrina, como *mecanismo de notificación-resolución*. Aunque podría decirse que es en este supuesto en el que adquiere plena funcionalidad, ello no impide que los textos de referencia lo configuren de modo tal que se permita su ejercicio de manera previa a otros remedios (o, incluso, ante un incumplimiento que ya de por sí es esencial), en cuyo caso atenderá primordialmente a finalidades distintas, como, por ejemplo, la de otorgar un plazo adicional de cumplimiento, o conferir al incumplimiento de una gravedad particular.

En atención a esta característica, se precisan también distintos aspectos a propósito de su coordinación con los remedios frente al incumplimiento, como es el que el derecho del acreedor a ejercitarlos se suspenda hasta la expiración del plazo, salvo excepciones (normalmente referidas al remedio de suspensión del propio cumplimiento y al indemnizatorio).

Puede añadirse también que, en función del texto concreto, el mecanismo *nachfrist* puede disponerse tanto para el caso del retraso en el cumplimiento —que es el supuesto común en los textos que tratamos— como, en ocasiones, también para los casos de cumplimiento defectuoso o falta de conformidad. En relación con estos casos puede indicarse que la figura será útil para el deudor tanto a los efectos de cumplir, cuando se trate de un retraso y no se hubiese llevado a cabo actuación alguna dirigida a ejecutar la prestación, como también a los de corregir la prestación ejecutada defectuosamente<sup>58</sup>.

Habiendo indicado ya algunos de los principales rasgos tanto de este modelo resolutorio, como del mecanismo *nachfrist*, que resultan comunes a los distintos textos, puede entenderse que el modelo típico de este sistema es el que se aprecia, primordialmente, en las Propuestas que eliminan la mora del deudor, por atender al modelo puro modernizador en el que el retraso se corresponde con las coordenadas que en este Capítulo estamos estudiando.

La PMCC, aun siguiendo en lo básico este modelo típico de resolución y *nachfrist*, merece un análisis individualizado por las particularidades que presenta y, además, como es evidente, por el interés que suscita el hecho de que sea una Propuesta

---

57 En este sentido, *vid.* López López, 1998b, p. 426 (sin perjuicio de que el acreedor pueda perseguir también el cumplimiento, matiza el autor); y Díez-Picazo, 1998, p. 500 (“La función del plazo suplementario del artículo 63 es la facilitación de la resolución del contrato, que sin él sólo puede ser pretendida por incumplimientos que posean un carácter esencial o fundamental (...”).

58 Tratamos esta cuestión con más detalle *infra* Cap. VII, apartado I.

española, también porque, a pesar de seguir este sistema, presenta algunas alteraciones con respecto al mismo.

Por otra parte, otros textos se estudiarán separadamente por su particular tratamiento del retraso y de los mecanismos asociados, señalándose las variaciones allí donde se den, y teniendo en cuenta que, en todo caso, se trata también de textos adscritos a las nuevas tendencias y que, como tales, mantienen sus principales premisas (sobre todo, el concepto unitario y neutro de incumplimiento y el sistema de remedios; y, dentro de estos últimos, también el modelo resolutorio reseñado y el mecanismo de plazo adicional asociado a este modelo).

### **1.4.3. Los requisitos del nuevo retraso**

Muchos son los estudios que, respecto a los requisitos de la mora, se han hecho por parte de la doctrina, y muchas las cuestiones que tanto por la doctrina como por la jurisprudencia se han planteado en torno a algunos de esos requisitos.

Situándonos en el panorama que plantean las nuevas tendencias, deberíamos también cuestionarnos sobre los requisitos precisos para que el retraso simple, independiente de la mora, tenga virtualidad como incumplimiento y pueda, por tanto, dar lugar a los efectos jurídicos que le son propios.

Analizando la cuestión desde el prisma de los distintos requisitos que se aparejan a la figura de la mora, parece que hay algunos que continuarán siendo vigentes con respecto al retraso simple como incumplimiento, y otros que desaparecerán.

En primer lugar, la interpelación del acreedor, que tan estrechamente se vincula a la propia institución, es precisamente el elemento que con las nuevas tendencias se elimina de manera más clara. Con la interpelación pierden toda relevancia también, como es lógico, los requisitos relativos a la misma (capacidad de las partes para emitir y recibir la interpelación, posibles requisitos de forma, lugar o tiempo, contenido, etc.).

En segundo lugar, es bastante clara la no concurrencia como requisito de la culpabilidad en el retraso; consideración que se desprende del carácter objetivo y neutro del incumplimiento, del que el retraso es ahora únicamente una tipología, sin mayores especialidades a este respecto, y que no merece mayores comentarios en este punto.

Además de estos dos elementos, otro de los requisitos cuya desestimación puede examinarse es el de la posibilidad de cumplimiento posterior de la obligación. Aunque desde alguna posición doctrinal se haya discutido —véase, como muestra, la corriente que exige la constitución en mora para resolver—, la doctrina mayoritaria entiende que la mora procederá únicamente cuando la obligación sea susceptible de posterior

cumplimiento<sup>59</sup>, precisamente porque la constitución en mora consiste en una comunicación en la que el acreedor exige el cumplimiento al deudor; cosa que no tendría sentido si ese cumplimiento no fuera ya posible.

En el marco que ahora estudiamos, parece que igualmente sería posible distinguir la situación de incumplimiento en el que se da un retraso pero dicho incumplimiento no es irreformable, de aquella en la que ya nos encontramos ante un incumplimiento definitivo. En este caso, parece que no tendría sentido entender que se siguen produciendo daños por el retraso, tal y como sucede en nuestro Derecho con respecto a la mora. Si esto es así, la diferencia fundamental con respecto a los sistemas que mantienen la mora será que el deudor no habrá de esperar a que el acreedor le intime para tomar conocimiento de que el retraso le está causando daños. Pero, al margen de esta diferencia, relativa más bien al remedio indemnizatorio, podría considerarse que el requisito se mantiene.

Puede añadirse también, en este sentido, que la mayor parte de los textos de modernización prevén que el acreedor dispondrá un lapso de tiempo limitado (“razonable”) en el que deberá ejercitar los remedios frente al incumplimiento; de lo contrario, perderá el derecho a hacerlos valer<sup>60</sup>. Por tanto, el acreedor no podrá prolongar indefinidamente la situación de retraso con el fin, acaso, de obtener una indemnización mayor del deudor por los daños causados por el mismo<sup>61</sup>. Y, en todo caso, el deudor que sabe que no cumplirá tiene la opción —quizá una obligación, leída en términos de buena fe— de efectuar una declaración en este sentido, que además tiene el valor, en la generalidad de los textos de referencia, de fundamentar la resolución sin necesidad de atender a criterios de gravedad del incumplimiento ni de conceder un

---

59 Entre otros, Albaladejo, 1989, p. 355; Díez-Picazo, 2008, p. 656; Andreu Martínez, 2003, pp. 138, 139, 141. También Gramunt Fombuena, quien matiza que, en su opinión, la posibilidad de cumplimiento posterior no sería un requisito de la mora, sino más bien un presupuesto (1993, pp. 13 y ss.).

60 Es muy habitual que los textos de modernización regulen específicamente la pérdida del derecho del acreedor al remedio resolutorio por ejercicio extemporáneo del mismo, fijando para ello un marco temporal que se identifica con el flexible concepto del “plazo razonable” (art. 7.3.2 (2) Principios Unidroit; art. III.-3:508 DCFR; arts. 119 CESL para el comprador y 139.2 CESL para el vendedor; art. 9:303 PECL; arts. 59.2 CISG para el comprador y 64.2 CISG para el vendedor). También se prevé para otros remedios: por ejemplo, el remedio de cumplimiento en el artículo 9:102 (3) PECL, o el de suspensión del propio cumplimiento en el artículo III.-3:401 (3) DCFR. En este último caso, empero, no se dispone la pérdida del remedio sino el deber del acreedor de indemnizar los daños causados por la tardanza en notificar el remedio al deudor.

61 Sin perjuicio de lo cual no hay que perder de vista que, en esta situación, el deudor todavía puede cumplir, por lo que todavía sería cuestionable una posible mala fe del acreedor en esta situación en la que el deudor tampoco cumple.

plazo adicional de cumplimiento<sup>62</sup>, por lo que también terminaría con la situación de retraso, al despejar la posibilidad de un cumplimiento posterior.

En relación con el carácter positivo de la obligación —requisito muy discutido por la doctrina<sup>63</sup>—, no hay artículo en ninguno de los textos analizados que se fije en esta cuestión, ni tampoco que, a modo de reflejo de lo que se dispone en el Código actual, especifique los posibles efectos del retraso sobre las obligaciones según su tipología<sup>64</sup>. Y, si bien es cierto que existe una diferencia cualitativa de importancia entre la mora y el retraso de estos textos, parece que la argumentación utilizada para negar la posibilidad de que se produzca mora del deudor en las obligaciones negativas puede reproducirse con respecto al mero retraso, puesto que bascula sobre la idea de que en dicho tipo de obligaciones un retraso no es posible, sino sólo el incumplimiento definitivo, del mismo modo que se mantendrían las tesis de la postura contraria. Por tanto, parece que en esta materia no cabe establecer diferencias entre el retraso-incumplimiento o retraso relevante y la mora.

Por último, en cuanto a los requisitos de exigibilidad de la obligación y liquidez, en cambio, nos parece claro que seguirían manteniéndose, siendo en realidad ambos (aunque la liquidez puede entenderse como presupuesto de la propia exigibilidad de la obligación<sup>65</sup>) requisitos del propio retraso, así como, en fin, del incumplimiento<sup>66</sup>. Esto es, si la obligación no es exigible, no habrá retraso ni incumplimiento alguno. Y no lo será, en principio, si no es líquida, aunque en este caso ha de tenerse en cuenta que el

---

62 Es curioso que en el contexto del sistema que todavía mantiene la mora pueda estimarse, para Díez-Picazo, que esta declaración del deudor provoque la propia constitución en mora (2008, p. 675), lo cual entraría en contradicción con la posibilidad de cumplimiento posterior como requisito de la mora.

63 Destacan, como autores a favor de la mora en las obligaciones negativas, y entre otros, Moisset de Espanés (1975, sobre todo, pp. 353 y ss.), Díez-Picazo, con una posición matizada (2008, pp. 665, 666), o Díez-Picazo Giménez, con una visión intermedia según la cual muchos de los supuestos que tradicionalmente se plantean como de infracción de obligaciones negativas son, en realidad, obligaciones positivas (1996, pp. 522 y ss.), y que ha obtenido algunas críticas, por entenderla poco respetuosa con la verdadera naturaleza de las obligaciones negativas, en las que lo que es debido realmente es la conducta omisiva (Andreu Martínez, 2003, pp. 142, 141).

64 El artículo 1100 CC no excluye la mora respecto de las obligaciones negativas, pero sí hace una llamada expresa a las obligaciones de dar y hacer cuando dice que “incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa...”.

65 También se ha conectado con la imputabilidad (*vid.* Vaquero López, 2016, p. 826; en general, Díez-Picazo, 2008, p. 670).

66 En este mismo sentido, Díez-Picazo Giménez (1996, pp. 524 y ss.), quien además cree que la mayor parte de los requisitos tradicionalmente asociados a la mora lo son, en realidad, del incumplimiento (p. 521; 2002, p. 1737).



principio *in illiquidis non fit mora*, además de muy cuestionado por la doctrina, ha sido objeto de importantes matizaciones por la jurisprudencia más reciente<sup>67</sup>.

En suma, parece que el simple retraso como incumplimiento autónomo estará sujeto, a la postre, a los presupuestos a los que se sujeta el incumplimiento en general, en relación con la exigibilidad, con la única matización que puede establecerse con respecto a la limitación a propósito de las obligaciones negativas y la posibilidad de cumplimiento posterior.

A la postre, y dado que el retraso es una cuestión fáctica que se corresponde con la situación en la que se encuentra el deudor cuando no cumple llegado el momento establecido para ello, y no un mecanismo específico a manos del acreedor capaz de provocar una agravación específica de la situación del deudor, es lógico que no se haya estudiado desde la misma perspectiva desde la que se estudian los requisitos de la mora.

No obstante, el retraso no deja de producir una agravación de la posición del deudor. Vigente la mora, esta agravación no se produce, en general, sin un acto previo del acreedor que determine el fin de su tolerancia; mientras que para el retraso como incumplimiento autónomo se hace caer idéntica responsabilidad sobre el deudor a partir del no-cumplimiento en la fecha designada. Comparativamente, la posición del deudor es incluso más desventajosa, tanto porque debe daños por el retraso desde el mismo momento en que no cumple, y generalmente, por tanto, desde un momento cronológicamente anterior (pudiendo ser, así, mayores los daños por los que deba

---

67 La doctrina lleva un tiempo reclamando, primero (*vid.* Ruiz-Rico Ruiz, 1990, pp. 1903-1911), y reseñando, después (Sánchez de León Guardiola, 1996, pp. 507 y ss. (en particular, pp. 516-518); Ordás Alonso, 2004b, pp. 2191-2208; Díez-Picazo, 2008, pp. 668-672), la atenuación de este principio en la jurisprudencia. A la vista de la última jurisprudencia en la materia, empero, más que sobre suavización del principio puede hablarse de una eliminación y sustitución por otro: el del llamado *canon de razonabilidad en la oposición*. En este sentido, cabe señalar el Acuerdo de 20 de diciembre de 2005, a partir del cual se consolida lo que se ha entendido como una *nueva orientación* (STS de 3 de junio de 2016), que implica prescindir “del alcance dado a la regla *in illiquidis non fit mora* (...), atendiendo al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del *dies a quo* del devengo” (ATS 6 de febrero de 2019), “siendo determinante la certeza de la obligación, aunque se desconozca su cuantía” (STS 17 de abril de 2015, con cita de otras muchas). Se indica también que este nuevo criterio, “que sustituyó al *principio in illiquidis non fit mora*, no solo atiende a la diferencia entre lo reclamado o a la necesidad o no de prueba para su determinación, sino a un conjunto de circunstancias (...)”, respondiendo más adecuadamente “a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva de la tutela judicial”, y desarrollándose a través de pautas como la razonabilidad en el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes (STS de 3 de junio de 2016, ATS 6 de febrero de 2019). En este mismo sentido se pronuncian muchas otras, como las STSS de 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007, 19 de mayo de 2008, 7 de abril de 2011, 12 y 5 de mayo de 2015.

responder), como porque el hecho de que de él puedan derivarse todos los remedios frente al incumplimiento sustrae el posible juego de la mora como elemento indicativo de la gravedad del incumplimiento respecto a la resolución<sup>68</sup>.

De nuevo, la crisis del principio *favor debitoris* se hace patente en esta materia.

## 2. La PMCC

### 2.1. El retraso como incumplimiento en la PMCC: un espejo de las Propuestas supranacionales

Si antes decíamos que la PMCC, como Propuesta redactada en España para la reforma del Derecho de obligaciones y contratos, adopta los esquemas del resto de Propuestas en lo relativo al incumplimiento, con su concepto amplio, neutro y objetivo del mismo y su sistema de remedios, y, asimismo, el retraso como incumplimiento autónomo, no causará sorpresa que la mora sufra idéntico destino y sea, por tanto, desterrada del sistema. Se ha dicho, así, que “la Propuesta opta por no hacer ninguna regulación especial de la mora y remitir la mayor parte de los problemas al incumplimiento contractual”<sup>69</sup>.

El sistema de la PMCC es práctica transposición, con ciertos ajustes mínimos, del resto de Propuestas en esta materia; aunque, como se ha dicho, no hace referencia expresa al retraso en su definición de incumplimiento, con lo que se desmarca de la tendencia general a este respecto. La regulación del retraso como incumplimiento en la PMCC se desprende de la concepción global del sistema propuesto por la misma<sup>70</sup>, que ha de entenderse coherente, tanto internamente, como con los textos de los que toma inspiración directa y que a estos efectos funcionan como referencia. Así, se extrae, desde luego, del propio concepto de incumplimiento y del modo de regular los distintos remedios; pero también del hecho de que evita dedicar artículo alguno a la mora del deudor, en contra de una larga tradición jurídica; o, en último lugar, de la inclusión del método de notificación-resolución, que algunos han dicho que sustituiría a la mora<sup>71</sup>.

---

68 *Vid. supra* Cap. I, apartado III.3.2.

69 Díez-Picazo, 2011, p. 7.

70 En realidad, el resto de textos a los que aquí hacemos referencia se distinguen de la PMCC al introducir al retraso como incumplimiento de manera expresa en las definiciones de incumplimiento que incluyen; sin embargo, no se incorpora una regulación expresa relativa al funcionamiento del mismo en ninguno de ellos, por lo que ésta debe deducirse, también, a partir de la coherencia del propio sistema.

71 Roca Trías, 2011, p. 18.

Precisamente, la introducción de un nuevo modelo resolutorio que incorpora la posibilidad de resolver tras la concesión de un plazo adicional de cumplimiento (el denominado mecanismo de notificación resolución) merece, por su especial relación con el retraso, así como por la novedad que introduce en el panorama jurídico español, un estudio algo más detallado.

## **2.2. La resolución en la PMCC: nuevas tendencias en la regulación del remedio**

Como puede fácilmente imaginarse, la inclusión de un nuevo mecanismo resolutorio ha sido una de las novedades más ampliamente comentadas por la doctrina española, y ello por varias razones.

En primer lugar, la regulación que la PMCC presenta en sus artículos 1199 a 1204 supone la transición de un sistema en el que, según nuestro Derecho positivo, sólo se contempla la resolución judicial, a otro en el que se prescinde, en principio, de toda participación del juez. La diferencia con respecto a la regulación del Código Civil es evidente, aunque el hecho de que el artículo 1202.2 PMCC haga referencia a la “acción resolutoria” ha hecho que alguna doctrina se plantee el posible mantenimiento de la resolución como remedio de carácter judicial, tal vez de manera conjunta a la resolución extrajudicial<sup>72</sup>. Y, dado que nuestra jurisprudencia ha venido admitiendo la eficacia de la resolución efectuada unilateralmente en vía extrajudicial<sup>73</sup>, entonces la diferencia práctica no sería apreciable.

La posibilidad de que la PMCC albergue la vía judicial para la resolución se mantiene como un elemento de incerteza, que se suma a otros que también afectan a algunas de las bases de nuestra resolución, como es el hecho de que omita cualquier referencia a las obligaciones sinalagmáticas como ámbito sobre el que se aplicaría el remedio resolutorio, lo que provoca la duda de si ahora podría aplicarse sobre relaciones de vínculo simple<sup>74</sup>.

Otro de los cambios sustanciales de la regulación de la PMCC con respecto a la contenida por el Código Civil viene traído por las modalidades de resolución que incluye la PMCC. En ésta, como sucede también con la generalidad de textos

---

72 *Vid.* Durán Rivacoba, 2010, p. 235; San Miguel Pradera, 2011, p. 1716. Parece que entiende lo contrario, aunque sin entrar en el análisis de este precepto, Palazón Garrido (2011, p. 447).

73 Gómez Pomar, 2007, p. 30; Salas Carceller, 2014, pp. 397 y ss.; Fenoy Picón, 2011, p. 1598; Clemente Meoro, 2011, p. 7; Gómez Calle, 2012, p. 71; Roca Trías, 2011, p. 18; Palazón Garrido, 2011, p. 438; Arroyo i Amayuelas, 2018, pp. 5, 9.

74 *Vid.* Gómez Calle, 2012, p. 64; Clemente Meoro, 2011, p. 3.

supranacionales<sup>75</sup>, el remedio resolutorio se articula, dentro de los distintos modelos posibles<sup>76</sup>, sobre dos premisas diferenciadas, que se combinan: por un lado, el incumplimiento esencial, y, por otro, el procedimiento de notificación-resolución. Esto implica, por una parte, positivizar el criterio del incumplimiento esencial, hasta ahora requerido por la jurisprudencia pero no por el Código<sup>77</sup>, y, por otra, introducir una nueva vía para el acreedor que desea resolver, a través del procedimiento de notificación-resolución.

Aunque ambos procedimientos se inspirarían en el principio de que el deudor puede merecer una segunda oportunidad para cumplir (bien a través del plazo concedido por el acreedor, bien a través del que el juez puede conceder en la resolución judicial)<sup>78</sup>, su funcionamiento es bien distinto.

Pasando a analizar la regulación concreta que se observa en la PMCC, en primer lugar, el artículo 1199 acoge el supuesto de resolución por incumplimiento esencial, que se identifica con el supuesto clásico ampliamente acogido por la jurisprudencia en el que el acreedor resuelve la obligación con motivo de un incumplimiento que se considera esencial, dice el texto, “atendida su finalidad” (la del contrato). La regulación concreta de este criterio (además del propio criterio) ha sido acogida de manera desigual por la doctrina, existiendo un buen número de autores que entienden que habría sido necesario determinar qué se entiende por incumplimiento esencial a estos efectos<sup>79</sup>, como, de hecho, sí hacen los textos que la PMCC toma como modelo<sup>80</sup>.

---

75 Nos encontraríamos con la figuración que Palazón Garrido denomina como de “doble régimen”, por la combinación entre las nociones de incumplimiento esencial (*fundamental breach*) y *nachfrist* (2016a, pp. 884-886, 896). Roca Trías incide en que el mantenimiento del criterio de la esencialidad en estos textos supone una constatación de la vigencia del principio de conservación del contrato (2011, p. 16).

76 Cabe la existencia de sistemas en los que se prescinda del criterio de la esencialidad del incumplimiento, como entiende Arroyo i Amayuelas que sucede en el ordenamiento alemán (2018, pp. 6, 7), así como otros en los que los dos criterios se den de manera conjunta en un mismo mecanismo resolutorio, como veremos que sucede en el actual *Code Civil* francés.

77 San Miguel Pradera, 2011, p. 1705.

78 *Vid.* Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 8.

79 *Vid.* San Miguel Pradera, 2011, p. 1708 o Palazón Garrido, 2016a, p. 887. En contra, Gómez Calle entiende que la formulación de la PMCC es más clara que la de otros textos modernizadores (2012, pp. 65-67). Otros autores entienden que el concepto podría integrarse con el contenido que al respecto disponen textos como la CISG y los PECL, así como de la doctrina emanada de éstos (Díez-Picazo, 2011, p. 8; Clemente Meoro, 2011, p. 5).

80 Cfr. arts. 7.3.1 (2) Principios Unidroit, III.-3:502 DCFR, 8:102 PECL, y también el art. 25 CISG, que destaca por incluir una definición de incumplimiento esencial a pesar de no relacionar tipos de incumplimiento, lo cual es un signo de la importancia de delimitar correctamente esta cuestión.

Por lo demás, el artículo precisa que la parte que desee resolver la obligación habrá de notificar a la otra su decisión (“La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte”), lo cual, desde luego, encaja con el modelo de resolución unilateral propio de las nuevas tendencias y lo introduce en el sistema (sin perjuicio de la valoración que puede merecer la mención de la “acción resolutoria” por el art. 1202.2 PMCC).

Como se aprecia, en este tipo de supuestos la resolución puede darse de manera directa ante el incumplimiento esencial, sin necesidad de recurrir previamente a dádiva de plazo alguno. La esencialidad del incumplimiento es, por tanto, base suficiente para resolver la obligación.

En segundo lugar, el artículo 1200 PMCC se dedica a regular la resolución por concesión de plazo adicional, que por la propia mecánica del procedimiento ha de entenderse, aunque el precepto no lo diga, como mecanismo de carácter extrajudicial<sup>81</sup>. El precepto dispone en su apartado primero, para los casos de retraso y falta de conformidad, que el acreedor podrá también resolver cuando el deudor no cumpla o subsane la falta de conformidad en el plazo razonable que el acreedor le fije a tales efectos. El apartado segundo del precepto, a su vez, indica que también procederá la resolución a través de este mecanismo para los casos en los que exista riesgo de incumplimiento esencial del deudor, en los que procederá la resolución cuando éste no cumpla o no preste garantía en el plazo razonable fijado a tal efecto<sup>82</sup>. En estos dos grupos de supuestos, por tanto, el acreedor podrá conceder plazo para el cumplimiento cuando —cabe presumir— el incumplimiento no es esencial y no es posible, por tanto, acudir a una resolución directa como la del artículo anterior; lo que no quita que existan casos de retraso o falta de conformidad que, en sí mismo considerados, ya supongan

---

81 Gómez Calle señala que la previsión sobre la extrajudicialidad de la resolución se contiene en el artículo 1199 y no en el 1220, no obstante lo cual la considera extensible al resto de supuestos resolutorios (2012, p. 71). Esto se explica porque, ciertamente, respecto al incumplimiento esencial podría haber mayor duda.

82 Respecto a esta posibilidad, parece posible establecer la comparación con los supuestos de resolución por incumplimiento previsible y de resolución por inadecuada garantía del cumplimiento previstos, por poner un ejemplo de entre los textos de armonización, en los artículos III.-3:504 y III.-3:505 DCFR, respectivamente. Clemente Meoro relaciona esta posibilidad con lo que en Derecho anglosajón se conoce como incumplimiento anticipado o *anticipatory breach* (2011, p. 6), mientras que Gómez Calle habla de “incumplimiento esencial anticipado” (2012, p. 70).

No está muy claro si se entiende que la duración del plazo razonable del que habla el artículo podría influir sobre la naturaleza anticipada de la resolución en este caso, si dicho plazo razonable podría finalizar, en algún supuesto, con posterioridad al propio plazo de cumplimiento de la obligación inicialmente fijado, en cuyo caso la fecha de resolución “efectiva” no tendría ya el carácter de anticipada.

incumplimiento esencial, sin necesidad de plazo previo<sup>83</sup>. En último lugar, en el tercer apartado del artículo se exime al acreedor de la necesidad de conceder plazo cuando, encontrándose en uno de estos supuestos, el deudor declare que no cumplirá<sup>84</sup>.

En suma, y como decíamos antes, la concesión de plazo en estos supuestos transforma un incumplimiento que no es esencial en uno que sí lo es<sup>85</sup>. También se ha dicho en nuestra doctrina, acertadamente, que es el doble incumplimiento lo que justifica la resolución: el primero con respecto al momento de cumplimiento inicial, y el segundo con respecto al plazo adicional<sup>86</sup>.

No dice el artículo, por otra parte, que el acreedor deba efectuar la resolución mediante notificación en este caso; no está claro si deberá el acreedor ponerse en contacto con el deudor para comunicarle que considera la obligación resuelta, una vez finalizado el plazo, o si puede considerarse ésta producida automáticamente a la fecha que se indique en la comunicación en la que se otorga plazo<sup>87</sup>. Parece que no debería haber problema en admitir esta última idea si ya se ha avisado al deudor de que, de no cumplir, tendrá lugar la resolución (aunque el texto no especifica que esto deba aclararse, al contrario de lo que sucede en otros textos que incorporan el mecanismo<sup>88</sup>),

---

83 Llama la atención la identificación entre el incumplimiento no esencial y los supuestos de retraso o falta de conformidad, como si ninguno de estos supuestos pudieran suponer un incumplimiento suficiente como para motivar una resolución directa como la del artículo 1199 PMCC. En este tipo de supuestos (particularmente, en el del retraso), no hay duda de que habrá casos en los que pueda dar lugar a una resolución sin plazo previo por suponer un incumplimiento que pueda caracterizarse de esencial, como avala la jurisprudencia que concede la resolución ante meros retrasos no constitutivos de mora (*vid.* Cap. I, apartados II.1 y III.3.2). En este sentido, Clemente Meoro señala que “obviamente, el retraso es incumplimiento esencial si, como ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia, frustra el fin práctico perseguido por el negocio” (2011, p. 6). Y en relación con estos casos, Díez-Picazo indica que esta segunda posibilidad de resolución viene referida a “aquellos incumplimientos que, lógicamente, no fueron esenciales” (2011, p. 8), mientras que Roca Trías asimila este tipo de supuestos al incumplimiento esencial —una vez se ha dado plazo, entendemos— (2011, p. 17).

84 Estas previsiones concretas han llevado a algunos autores a entender que pueden distinguirse más de dos supuestos básicos distintos de resolución. En este sentido, para Verdura existirían los supuestos de incumplimiento esencial; retraso o falta de conformidad tras concesión de plazo; riesgo patente de incumplimiento esencial y deudor que no cumple o presta garantía en el plazo otorgado; y deudor que declara que no cumplirá sus obligaciones (2014a, p. 84).

85 Arroyo i Amayuelas (2018, p. 10).

86 Clemente Meoro, 2011, p. 7.

87 Para Gómez Calle, la previsión del artículo 1201 PMCC sobre la pérdida de la facultad resolutoria por ejercicio tardío de la misma respaldaría la necesidad de notificación en estos casos, si bien admite que el acreedor podría advertir al deudor de esta circunstancia al fijar el plazo adicional (2012, pp. 71 y ss.). *Vid.* también Clemente Meoro (2011, p. 8).

88 Es, por ejemplo, el caso de los artículos 8:106 (3) PECL y 7.1.5 (3) Principios Unidroit. En otros

además de ir en clara consonancia con el espíritu de la nueva resolución unilateral. Por otra parte, en el caso de que el deudor hubiera declarado que no cumplirá sus obligaciones, parece que algún tipo de comunicación deberá haber entre los contratantes en la que el deudor declare que no cumplirá y el acreedor, a su vez, se pronuncie a favor de la resolución<sup>89</sup>.

En último lugar, el texto no prevé expresamente ningún tipo de derecho del deudor a acudir al juez para tratar de revertir la resolución efectuada unilateralmente por el acreedor. No obstante, de modo análogo a como sucede ante la falta de previsión en otros textos, se considera que el deudor podrá contestar la resolución tanto por la falta de concesión de plazo razonable (por no haberse concedido plazo en absoluto, o por haberse concedido un plazo insuficiente) como por ejercitar tardíamente el remedio resolutorio, en concordancia con el artículo 1201 PMCC<sup>90</sup>, así como la esencialidad del incumplimiento, cuando ello hubiera sido la base de la resolución<sup>91</sup>; posibilidad que no implicaría, para la doctrina, una reintroducción de la resolución judicial<sup>92</sup>. Sobre todas estas cuestiones véase, más adelante, el Capítulo VII.

También ha destacado la doctrina que siempre que se optara por conceder un plazo (y no así en el supuesto del artículo 1199<sup>93</sup>), no podría discutirse la falta del carácter esencial del incumplimiento, lo cual ha sido considerado como una de las principales virtudes del sistema<sup>94</sup>, que podría incluso impulsar que algunos acreedores, aun encontrándose frente a un incumplimiento esencial, prefirieran optar por la vía de la resolución mediante concesión de plazo previo<sup>95</sup> (bien para obtener mayor seguridad al

---

textos (CISG, DCFR...) no se contiene esta previsión.

89 No está muy claro, en este caso y en cualesquiera otros donde el remedio se efectúe de manera unilateral y se acompañe de una indemnización, que el acreedor no tenga que terminar acudiendo al juez siempre que el deudor no esté de acuerdo con la indemnización pedida por el acreedor en concepto de daños. Si bien, eso sí, la sentencia sería meramente declarativa. En este sentido, Gómez Calle, 2012, p. 71. Por otra parte, otro sector doctrinal aprecia que existen dos líneas jurisprudenciales al respecto (Clemente Meoro, 1998, pp. 121 y ss.; Palazón Garrido, 2016a, p. 890).

90 Cabe apuntar, por su interés, que se ha interpretado que este artículo permite al deudor un cumplimiento tardío capaz de enervar la facultad de resolver del acreedor (véase Roca Trías, 2011, p. 18).

91 Clemente Meoro, 2011, p. 8.

92 Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 10.

93 En este sentido, Palazón Garrido, quien cree que el sistema de la PMCC es enteramente extrajudicial, a pesar de esta opción (2011, p. 447).

94 Así lo estima Arroyo i Amayuelas (2018, p. 10).

95 San Miguel Pradera, 2011, p. 1710; Fenoy Picón, 2011, p. 1585; Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 11.

evitar el juicio sobre la esencialidad del incumplimiento, bien porque deseen dar una última oportunidad al deudor). En cambio, la posibilidad de revisión de la esencialidad del incumplimiento que se dará en los supuestos en los que la revisión dependa de esta circunstancia ha sido señalada por parte de la doctrina como una de las principales flaquezas del sistema<sup>96</sup>.

Más allá de las cuestiones concretas que el texto de la PMCC deja sin resolver, por ahora puede concluirse que hasta este punto, y aun con sus especialidades, la PMCC es perfectamente concordante con sus homólogos europeos: incumplimiento como concepto unitario, neutro y objetivo; configuración de los remedios (en particular, del resolutorio) en línea con las nuevas tendencias; retraso como incumplimiento; y, por último, eliminación de la mora, que ya no se recoge en ninguno de los artículos de la Propuesta como mecanismo capaz de canalizar el retraso relevante.

### **2.3. ¿Menciones a la mora del deudor?**

Resulta llamativo que la PMCC que, como acabamos de ver, no contempla la mora como algo distinto del mero retraso, llegue a citarla en dos preceptos. Así, podemos encontrarla en el artículo 1501 PMCC, modificativo del 1501.3 del Código vigente, que mantiene la referencia a la mora hecha en el precepto original; o el artículo 1183 PMCC, que, en sede de obligaciones solidarias, indica expresamente que “cualquier acreedor podrá *poner en mora* al deudor con efectos para todos los acreedores” (la cursiva es nuestra), y a continuación se refiere a los efectos de la *mora creditoris* para ese tipo de obligaciones.

Parece claro que se trata de un *despiste*, que, aun siendo de cierta entidad, no sería motivo suficiente para entender que se trata de una velada inclusión de la mora, si se comprueba que de la lógica del sistema lo que se extrae es, al contrario, la voluntad de prescindir de ella y seguir, así, punto por punto la tendencia marcada por los textos supranacionales<sup>97</sup>. A esta conclusión llega también la doctrina que ha estudiado el tema<sup>98</sup>.

---

96 Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 11. De estas cuestiones nos ocupamos con mayor atención en el Cap. VII, apartado IV.

97 Ya lo decíamos en Casanova Asencio, 2019, pp. 265, 266.

98 Es el caso de Fenoy Picón, que concluye que, aunque se utilice el término “mora”, del texto puede desprenderse se hace en el sentido de “retraso”. En nota al pie, no obstante, y aunque esto no afecta a la conclusión a la que llega en el cuerpo del texto (que se elimina la mora y que el retraso es incumplimiento), admite que en algunos artículos parece hacerse referencia a la mora “desde una perspectiva tradicional”, como es el caso de los artículos 1138 ó 1501.3 (2010, pp. 72-73). En el mismo sentido, y a propósito de la indemnización de daños en las obligaciones pecuniarias, destaca como la gran diferencia existente entre los artículos 1108 CC y 1207.3 PMCC el hecho de que no mencione la mora, “lo que se justifica en que la mora, con el requisito



## II. La posible incidencia de aspectos terminológicos en las consideraciones sobre la eliminación de la mora

Examinando las relaciones entre la mora y el retraso, es posible constatar que el uso de estos dos términos puede dar lugar a alguna confusión de tipo conceptual, que sin duda se deriva del hecho de que, desde el punto de vista lingüístico, ambos pueden ser considerados como sinónimos. Esto mismo es lo que reflejaba Díez-Picazo cuando decía que “de acuerdo con su significado usual, mora o demora es —se dice— lo mismo que retraso o retardo”<sup>99</sup>.

Aunque la cuestión lingüística no ha recibido —inmerecidamente— excesiva atención por parte de la doctrina, ni internacional<sup>100</sup> ni tampoco nacional, a pesar de que es una de las cuestiones clave en el estudio del Derecho comparado<sup>101</sup>, se verá cómo puede ocultar tras de sí una fuente importante de conflictos a la hora de interpretar las normas que se nos ofrezcan. En particular cuando, como en el caso que tratamos, los textos de referencia provienen de instancias ajenas a nuestro propio ordenamiento, con las complicaciones que el uso de un idioma distinto puede suponer, y deben además ser aplicados sobre una realidad que ya en nuestro propio sistema reviste cierta complejidad terminológica y conceptual.

### 1. Retraso y mora en la terminología de los textos supranacionales

Examinando en primer lugar la relevancia que una posible confusión entre mora y retraso pueda tener sobre los textos de origen supranacional que optan por suprimir la mora, se ha de analizar el modo en que los distintos términos relativos al retraso se utilizan, atendiendo al contexto multilingüe del que provienen y al que van, a su vez, dirigidos.

---

de la intimación (art. 1100 CC), no se acoge en la *Propuesta Civil* (cfr. art. 1188 PC)” (2011, p. 1626).

99 Díez-Picazo, 2008, p. 656. En este sentido, el Tribunal Supremo ha indicado en alguna ocasión que, vulgarmente, la mora es cualquier retraso (STS de 7 de diciembre de 1989).

100 En este sentido, Ajani/Rossi (2006, p. 90). Cabe apuntar que, aunque las relaciones entre Derecho y Lenguaje comenzaron a estudiarse a partir del siglo XIX (Memmo, 2015, p. 1253), han recibido más atención a propósito de la armonización de los distintos ordenamientos que confluyen en el seno de la Unión Europea (Pozzo, 2012a, p. 88); si bien los estudios han sido, hasta ahora, superficiales, denotando una falta de preocupación cuyo impacto en los distintos sistemas nacionales todavía está por verse (Pozzo, 2003, pp. 763, 765).

101 Pozzo, 2012a, p. 88.

En este sentido, se ha de partir de que el análisis del tratamiento de cualquier institución en un ordenamiento distinto al propio debe reparar en la terminología usada, tomando en consideración la carga informativa que en el propio lenguaje se encuentra imbuida, en cuanto a que éste es expresión de la cultura y valores propios del territorio de que se trate, así como de la mentalidad del legislador o del contexto en el que han de aplicarse<sup>102</sup>.

Los textos de modernización, en concreto, no parten para su elaboración de un solo Derecho nacional o un solo sistema de normas, sino que, incluso aunque se trate en la mayor parte de casos de crear cuerpos normativos novedosos<sup>103</sup>, terminan bebiendo de varios de los ordenamientos europeos, de los que los redactores se sirven a la hora de tomar inspiración. Cosa que es natural, si se trata de condensar las mejores soluciones encontradas en los distintos Derechos europeos y ponerlas en relación en un sistema nuevo, capaz de otorgar soluciones a problemas comunes que antes, en los Derechos internos, tal vez podían ser resueltas sólo parcialmente.

En esta labor, la cuestión idiomática adquiere una importancia capital, tanto para los redactores de los textos, que toman conceptos provenientes de distintos sistemas y en distintos idiomas, y respecto a los cuales tienen que escoger los términos adecuados, normalmente, en un único idioma común, como para los destinatarios, que deberán interpretar el texto, tal vez traducirlo a su propio idioma, y adaptarlo a su propio sistema, en la medida en que el texto deba entrar en coordinación con otras partes del sistema jurídico propio.

## **1.1. La redacción de los textos de modernización: la elección de la lengua inglesa como *lingua franca* y los problemas que conlleva**

### **1.1.1. Un idioma y una terminología neutros para los textos de modernización**

A la hora de dar comienzo a la labor de redacción del texto, una de las primeras cuestiones a solventarse por los redactores es la relativa a cuál habrá de ser el idioma escogido para plasmar el sistema de normas que quiere reflejarse o construirse. Como puede apreciarse revisando los textos a los que hemos ido haciendo referencia, la mayoría vienen redactados en inglés, con la excepción del Proyecto de Pavía, en el que

---

102 Pozzo, 2012a, pp. 88, 97; Ajani/Rossi, 2006, p. 88.

103 Una excepción son los *Acquis Principles*, en los que se trata de reflejar, precisamente, las normas existentes en el acervo comunitario. No obstante, su redacción ha precisado también de esfuerzos por la homogeneización terminológica (*vid.* Arroyo i Amayuelas, 2008, p. 217).

se utiliza la lengua francesa (y, si acaso, la CISG, que tiene versiones auténticas en otros idiomas distintos al inglés, entre ellos, el español; pero incluso esta práctica presenta problemas<sup>104</sup>).

Así, puede apreciarse cómo la lengua inglesa, rivalizada durante mucho tiempo en instancias europeas —cada vez con menor éxito<sup>105</sup>— por el francés (sobre todo) y el alemán, se elige como lengua común para la redacción de estos textos; erigiéndose, así, como *lingua franca* en este ámbito. Esta elección vendría motivada por la consideración de que el inglés, además de ser la lengua más comúnmente hablada en el ámbito geográfico europeo, es un idioma que puede presentarse de una forma más sencilla y menos técnica que otras lenguas<sup>106</sup> (como, precisamente, el francés o el alemán).

También se ha hecho hincapié, a propósito, precisamente, del proceso de redacción del DCFR, en que, además de un lenguaje consistente y claro, se buscaba una terminología que no llevara aparejada lo que se ha denominado como *unwanted baggage*; esto es, la carga en el propio concepto de una influencia trazable e identificable de un ordenamiento jurídico concreto previo. De este modo, los esfuerzos se centraban en elegir las mejores normas —a juicio de los redactores—, a las que se les asignaría un término —en inglés— lo más neutro posible<sup>107</sup>. No obstante, la doctrina ha constatado que no parece que los esfuerzos de los autores del DCFR por elaborar una terminología nueva hayan tenido mucho éxito, lo cual se explica teniendo en cuenta que la terminología propia de la materia que nos ocupa se ha venido desarrollando durante siglos, por lo que encontrar términos totalmente vacíos de significado y privados de toda connotación es prácticamente imposible<sup>108</sup>.

---

104 Ferreri denuncia variaciones con respecto a la versión inglesa, y señala, en particular, al documento en español (Ferreri, 2006, pp. 43, 44). En idéntico sentido, y en materia, precisamente, de incumplimiento (también en la CISG), *vid.* Salvador Coderch, 1998, p. 636.

105 *Vid.* Pozzo, 2012a, p. 108.

106 Aunque no se trata de un documento dirigido a la redacción de los textos de *soft law*, pues está pensado para servir como guía en la redacción de *drafts* en los órganos comunitarios, éstas son las premisas de las que se parte en la “Joint Practical Guide of the European Council and the Commission, for Persons Involved in the Drafting of Legislation within the Community Institutions” que bien pudieran haber inspirado también a los redactores de los mismos a utilizar el idioma inglés de manera mayoritaria. Arroyo i Amayuelas defiende, al hablar de *los Acquis Principles*, que el uso de este idioma para la redacción del texto habría de dotar al resultado final de un “un notable grado de homogeneización y depuración estilística” (2008, pp. 216, 217).

107 Pozzo señala que uno de los objetivos de los redactores del DCFR era, precisamente, superar las confusiones existentes y clarificar el significado que cada sistema legal otorga a términos y expresiones generales usadas en el Derecho de contratos (2012b, p. 1193)

108 En este sentido, Marchetti, 2012, pp. 1265 y ss. (en particular, pp. 1275, 1276). *Vid.* también a Vaquer Aloy, que además realiza un interesante análisis sobre la pervivencia de conceptos propios de la doctrina alemana en el DCFR (2009, pp. 488 y ss.).

Independientemente del éxito obtenido, este destacado intento sirve para demostrar que, a la postre, será imposible abstraerse por completo del significado y las connotaciones previas, tanto técnicas como culturales, de los términos —por no hablar del propio estilo, del *genius of language*, particular de cada lengua<sup>109</sup>—, y que en su puesta en coordinación con otros términos y conceptos extraídos de otros sistemas deberá identificarse claramente su contenido, teniendo en cuenta que incluso dentro de una misma lengua un término puede tomar distintos significados. El objetivo será encontrar las categorías legales y los conceptos que resulten adecuados para lo que se trata de regular<sup>110</sup>.

Por otra parte, puede argüirse también que un intento por establecer una terminología hasta cierto punto vaga, neutra o incluso intencionadamente no muy técnica necesariamente habrá de chocar con la naturaleza intrínsecamente técnica del lenguaje legal<sup>111</sup> (sobre todo, precisamente, en materias como obligaciones y contratos). Además, puede producir resultados indeseados, como se ha advertido que sucede en el ámbito de las Directivas comunitarias, en el que una terminología poco precisa ha dado lugar a que el legislador nacional, al implementarla, trate de corregir dicha terminología, produciendo una multiplicación en el número de términos usados para hacer referencia a unos mismos conceptos<sup>112</sup>, a la asimilación errónea de términos que no son iguales (como algún autor estima que sucede, también, en el CESL<sup>113</sup>), o, incluso, a la alteración de los conceptos tradicionales de los ordenamientos internos<sup>114</sup>. Es evidente que estos resultados son contrarios a la homogeneidad que a través de la implantación del inglés como *lingua franca* se pretende conseguir.

---

109 Pozzo asocia el *genius of language* —difícil de replicar en traducciones—, con la “mentalidad legal particular” de cada sistema (2012a, pp. 95, 101, 102). Un estudio interesante dedicado a los distintos estilos legislativos a los que dan lugar distintas lenguas es el de Robertson, que compara normas inglesas y francesas, apuntando sus diferencias estilísticas, con el fin último de conocer si el inglés empleado en las normas europeas se encuentra redactado en alguno de los dos estilos, destacando cómo este inglés resulta “extraño” al oído de hablantes nativos (Robertson, 2012, pp. 1215-1239).

110 *Vid.* Marchetti, 2012, p. 1269.

111 Pozzo, 2012a, p. 109.

112 Pozzo, 2003, pp. 765, 766.

113 Así lo estima Sefton-Green, en materia de terminación unilateral del contrato (2012, p. 43).

114 En relación con la incidencia de las Directivas sobre términos tradicionales franceses, *vid.* Pozzo, 2012c, p. 1181. En relación con la incidencia que la terminología usada en el Derecho comunitario ha tenido sobre el Derecho de consumo español, *vid.* Álvarez Lata, 2012, pp. 1305 y ss.

De esta forma, si ya en un mismo idioma puede haber tensión y confusiones entre conceptos<sup>115</sup>, mayores serán las complicaciones cuanto más alejados se encuentren los propios sistemas entre sí<sup>116</sup>. Teniendo en cuenta que ni siquiera entre los sistemas de Derecho civil continental podemos hablar de una homogeneidad de conceptos y categorías completa (hay, de hecho, muchos ejemplos de lo contrario<sup>117</sup>), es fácil entender que las discrepancias entre los sistemas continental y de *common law*<sup>118</sup>, a pesar de compartir algunas raíces comunes<sup>119</sup>, serán todavía más profundas.

Cabe imaginar, de este modo, que el uso de términos como el inglés *termination* de los textos de modernización, por poner sólo un ejemplo relevante a los efectos de nuestro estudio, pueda plantear dudas interpretativas a juristas españoles, italianos, franceses o alemanes, habida cuenta de que en cada uno de estos ordenamientos hay términos que pudieran coincidir total o parcialmente con el concepto (por poner el caso español, podríamos hablar de desistimiento, resolución, revocación o rescisión; términos que también se utilizan por las otras doctrinas citadas, con algunas diferencias)<sup>120</sup>.

---

115 En nuestro Código Civil hay múltiples ejemplos (véanse, las confusiones entre nulidad y anulabilidad, resolución o rescisión, o prescripción y caducidad). En general, *vid.* Pozzo, 2012a, p. 95.

116 Gémar, 2006, p. 75.

117 Pozzo (2012a, pp. 95-102) se detiene en examinar algunos ejemplos concretos de términos que no pueden ser directamente traducibles de un idioma continental a otro, por falta de equivalencia total o parcial (por ejemplo, entre la “decadenza” italiana y la “déchéance” francesa; el término italiano “rescissione”, sin traducción directa en alemán; o el término “Eigentum” en alemán, relativo al derecho de propiedad, que varía de significado incluso en el propio Derecho alemán y toma contenido distinto según los casos), lo que lleva a la autora a concluir que, en muchas ocasiones, existen importantes diferencias que no son únicamente atribuibles a la antítesis entre *common law* y *civil law*. En este sentido, también se ha apuntado que ni siquiera el uso de expresiones latinas es garantía, por cuanto su uso y significado cambia, en ocasiones, de un sistema y otro (Mattila, 2012, pp. 27-29).

118 Así, respecto a cuestiones tan básicas como la propia concepción de lo que es un contrato (Pozzo, 2003, pp. 756-758), o el modo de estructurar la protección de las partes de una relación obligatoria (Whittaker, 2006, pp. 47-50)

119 *Vid.* Zimmermann, 1996, pp. 816, 817; Pozzo, 2012b, p. 1195.

120 A propósito de los *Acquis Principles*, Arroyo i Amayuelas habla precisamente sobre los términos “rescisión”, “resolución”, “revocación” o “desistimiento”, respecto de los cuales dice que, al menos en principio, se podían haber identificado con el concepto de “termination” de estos textos, que finalmente se traduce por “resolución”; o, por otra parte, la traducción de “business” en “profesional”, en detrimento de otros términos utilizados en nuestra legislación como “proveedor”, “profesional”, “empresario”, “vendedor” o “comerciante” (2008, p. 217). También resulta de interés el análisis de Whittaker sobre la implementación de Directivas sobre consumo y el término “rescission”, con diferencias entre las distintas versiones (2006, pp. 59, 60). *Vid.* también Pozzo, 2003, pp. 760-763.

En sentido contrario, otros términos neutrales tomados de la lengua inglesa son susceptibles de recibir una valoración positiva por la doctrina, como es el caso del término *remedy*<sup>121</sup>. En el caso de su traslación al sistema legal español, este término tiene la virtud de no presentar un equivalente claro en nuestro ordenamiento, y aún ejercer una función de coordinación de los efectos del incumplimiento que no está asignada a ningún otro término. Con todo, su neutralidad podría jugar en contra de su aceptación en los sistemas en los que el incumplimiento y sus consecuencias se ligan todavía a la idea de culpabilidad y se prefiere la utilización de otros términos que permitan incorporar este matiz, como sucede en el caso francés.

En fin, como puede comprobarse, el fenómeno del multilingüismo asociado a este tipo de textos supone una complejidad añadida a la hora de elaborar textos comunes a aplicar en una multitud de territorios, diversos cultural y jurídicamente<sup>122</sup>.

### **1.1.2. Regular el *civil law* con la terminología del *common law*. El *facilitated English***

Después de lo que se ha apuntado, la elección del inglés como *lingua franca* resulta llamativa. Principalmente, y entre las otras razones expuestas, porque se trata de hacer algo tan intrincado como regular instituciones del *civil law* (o Derecho civil continental)<sup>123</sup> en el idioma creado para regular el *common law*. Una contradicción que se ha subrayado por la doctrina, al considerarse que el inglés “es al mismo tiempo el idioma más ampliamente hablado y el menos adecuado para la traducción de conceptos del Derecho civil”<sup>124</sup>, pudiendo hacer que la tarea de trasladar conceptos y términos de un sistema a otros resulte, en algunos casos, imposible<sup>125</sup>.

Esto puede dar lugar, por un lado, a que exista una laguna terminológica que impida designar instituciones provenientes del Derecho continental. Y, por otro, no puede tampoco olvidárenos que la adopción de un idioma conllevará también la de sus términos; de suerte que, al adoptar el inglés como *lingua franca* en materia de

---

121 *Vid.* Sefton-Green, pp. 38, 39.

122 *Vid.*, en general, Sánchez Lorenzo, 2009, pp. 85 y ss.

123 Que no son “English-language systems”, con la excepción de Malta (jurisdicción muy pequeña en la que también se habla inglés, entre otras lenguas), y, en sentido opuesto, Escocia, que no obstante presenta un sistema híbrido, y con influencia cultural absoluta del *common law* (Robertson, 2012, p. 1225).

124 “English is a forced choice, and we should not forget the contradiction behind it: English is at the same time the most widely spoken language and the least suitable for translating concepts of civil law” (Pozzo, 2012a, p. 110).

125 En este sentido, muy expresivamente, *vid.* Pozzo, 2012b, p. 1190.

modernización del Derecho de obligaciones y contratos, fácil será que con la lengua vengan también muchas de las instituciones propias del Derecho anglosajón<sup>126</sup>.

No obstante, hay que tener en cuenta que la doctrina que ha estudiado, en particular, el inglés que se utiliza en los textos legislativos emitidos por los organismos de la Unión Europea, ha señalado que este inglés no es necesariamente el mismo que se utiliza al regularse el *common law* (esto es, el que podría conocerse como *British legal English*), sino que se trataría de un inglés neutro y descriptivo, simplificado con respecto al inglés legal británico (se ha hablado de un “facilitated English”<sup>127</sup>), que —y esto es lo llamativo— no se asocia ya a los conceptos técnicos del Derecho anglosajón, sino que en su lugar se asocia a las categorías y conceptos del Derecho civil continental<sup>128</sup>. Se trataría de una suerte de idioma híbrido, en el que se introducen neologismos ajenos al Derecho anglosajón procedentes de distintos sistemas, y que podría llegar a conformar una nueva variante o dialecto del propio idioma inglés<sup>129</sup>. Así, se ha llegado a hablar de una distinción entre lo que sería el “English for the common law” y el “English for the civil law”, aunque esta diferenciación todavía se considera artificiosa<sup>130</sup>.

En todo caso, lo que se ha de discernir es si es cierto que esta manifestación de la lengua inglesa se ha distanciado del Derecho anglosajón hasta desprenderse de sus instituciones, conceptos y categorías, de manera que sus términos puedan llegar a relacionarse con el *civil law*<sup>131</sup>. En este sentido, hay que admitir que si se usa la lengua inglesa en este tipo de textos, no es, verdaderamente, porque con ello se quieran incorporar las instituciones legales conectadas a este lenguaje; sino que se recurre a este idioma por pura conveniencia<sup>132</sup>.

---

126 Pozzo ha señalado esta cuestión diciendo que “it is clear that the English language traditionally incorporates typical common law institutions. (...) we are dealing with a language that refers to a legal order that has its own idiosyncrasies that can be extremely diverse from those of all other European legal systems” (2012b, p. 1196).

127 Pozzo, 2012a, p. 108.

128 Pozzo, 2012b, p. 1197.

129 *Vid.* Pozzo, 2012b, pp. 1195, 1197; Robertson, 2012, p. 1237; o Whittaker (2006, p. 56), hablando, en particular, del término “remedio”, que entiende que, en su utilización por los textos europeos, difiere del sentido que se le da comúnmente en el inglés legal, precisamente porque deja de lado una “importante dimensión” del “English law of remedies”.

130 Sefton-Green, 2012, pp. 34 y ss.

131 Pozzo, 2012b, p. 1998, y 2012a p. 109.

132 *Ibid.*, p. 1196.

Independientemente del grado de impregnación entre el sistema anglosajón y el idioma inglés, quizá el límite más claro que la elección de un idioma concreto puede conllevar es el relativo a las figuras que no se contemplan en dicho idioma, como, precisamente, hemos dicho ya que ocurre con la mora del deudor en el Derecho anglosajón.

## **1.2. La influencia del Derecho anglosajón y de su terminología sobre la configuración del retraso en los textos de modernización**

Si examinamos la terminología empleada en los textos de modernización que eliminan la mora —que, como ya hemos dicho, se encuentran escritos en su mayoría en lengua inglesa—, podremos comprobar cómo se habla de “delay” (“retraso”), de “delayed performance” (“ejecución retrasada”)<sup>133</sup>, o también de “late payment”<sup>134</sup> (“pago tardío” o “pago retrasado”) en las versiones originales en inglés. Éstas, a su vez, han sido traducidas en los diversos casos por “retraso”<sup>135</sup>, “cumplimiento tardío”<sup>136</sup>, o “demora”<sup>137</sup>. La palabra “mora”, en cambio, no se ha utilizado en las traducciones de los textos, de lo cual el ejemplo más significativo es el representado por la CISG, por ser la versión en castellano auténtica, y además suponer el texto pionero en materia de modernización, con todo lo que a ello se asocia.

Hay alguna excepción en la que pueden encontrarse términos asociados a la mora que pudieran causar duda. Así ocurre en la traducción de los Principios *Acquis*, que, en su definición de incumplimiento se refieren no al cumplimiento —o incumplimiento— retrasado o tardío, sino propiamente al cumplimiento *moroso*, cuando dicen que “Es incumplimiento cualquier cumplimiento insuficiente de una obligación, incluido el cumplimiento moroso, el cumplimiento defectuoso y la infracción del deber de cooperar con el fin de procurar la plena eficacia de una obligación” (art. 8:101).

---

133 Podría traducirse también como “cumplimiento tardío”, pero traducido de esta forma trasladaría la idea de que se refiere sólo al momento en el que ya se ha dado el cumplimiento (tardío), mientras que con la traducción apuntada en el texto se incluye el momento en el que dicha ejecución todavía no se ha dado, lo que permite mayor amplitud.

134 Es el caso del CESL, que, como decíamos, es mucho más específico y minucioso a la hora de detallar los casos que considera incumplimiento, y entre los cuales se incluyen varios supuestos que pueden reconducirse a la categoría más general del retraso, como la entrega tardía de los bienes (“delayed delivery of the goods”, en el artículo 87.1.(a)) o el pago tardío del precio (“late payment of the price”, en el apartado (e) del mismo artículo), entre otros.

135 En la versión traducida de los Principios Unidroit y en la del DCFR.

136 En la versión traducida de los Principios Unidroit, en la del DCFR, y en la versión auténtica en castellano de la CISG.

137 En la versión auténtica en castellano de la CISG y en la traducción al castellano del DCFR.



Estudiando la globalidad del texto no parece que se esté refiriendo, realmente, a la institución de la mora, sino que, más bien, estaría aludiendo a la vieja equivalencia entre mora y retraso, en virtud de la cual por “moroso” se entiende, simplemente, “retrasado”.

Puede encontrarse otro ejemplo, aunque esta vez no en el propio texto, en la traducción de los Principios Unidroit editados en 2004, en concreto, en el comentario al artículo 7.1.5 de los mismos<sup>138</sup>, que indica que este artículo “trata del supuesto en que una de las partes incurre en mora”. También en este caso, empero, y atendiendo a la globalidad del sistema, que no parece pedir ningún tipo de requerimiento para que el retraso tenga efectos, parece que se utiliza la palabra de manera vaga, queriendo referirse en su lugar al mero retraso.

En todo caso, estos ejemplos, por su entidad, no resultan particularmente significativos<sup>139</sup>, y tampoco se puede olvidar que se trata de traducciones, en las que la concepción propia del traductor en torno al binomio mora/retraso y al uso de estos términos también puede influir. Un ejemplo más significativo, por la relevancia del texto, podría encontrarse en la Directiva 2011/7/EU, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que habla de “morosidad” y “demora” en su versión en español, si bien la inglesa habla de “late payments”, y la francesa, de “retard”, en una configuración que, no obstante, veremos que dista de la que se observa en la mayor parte de los textos de modernización. A la postre, con las matizaciones indicadas, y dado el carácter absolutamente excepcional de los casos expuestos<sup>140</sup>, puede afirmarse que el término *mora* no se recoge en la generalidad de las traducciones al castellano de los textos modernizadores así como tampoco, desde luego, en sus versiones originales.

---

138 International Institute for the Unification of Private Law, 2004, p. 209. En algún otro sitio de los mismos Comentarios se hace también referencia a esta palabra, pero este ejemplo nos parece el más significativo por hablar, precisamente, de los efectos del retraso respecto de la terminación de la obligación.

139 Por cuanto el primero de los textos citados, no propone un nuevo sistema, sino que recoge los principios del *acquis communautaire*; mientras que la segunda referencia, y sin despreciar la importancia interpretativa de estos comentarios, pertenece al comentario al texto y no al propio instrumento.

140 Hay algún otro ejemplo también residual y explicable, en todo caso, del mismo modo que los casos ya expuestos; y que, en todo caso, generalmente responde a una visión de los traductores, esto es, una visión doctrinal sobre el asunto (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el texto auténtico en castellano de la CISG). Es el caso de la mención de los “intereses de mora” (que en otros artículos del mismo texto son llamados “de demora”) en el artículo IV.G.-2:104: DCFR, sobre cobertura de la garantía, en la traducción al español del texto publicada como “Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)”, Jerez Delgado, C. (coord.), Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

Llegados a este punto, puede decirse que no se trata meramente de una laguna terminológica. Aunque en la lengua inglesa no exista ninguna palabra específica para “mora”, o “constitución en mora”, existen otros mecanismos lingüísticos que podrían haberse empleado para introducirla en los textos modernizadores. Podrían haberse empleado neologismos, o términos importados de otras lenguas —por ejemplo, la expresión francesa *mise en demeure*, o la española constitución en mora<sup>141</sup>—, que son métodos que desde el punto de vista lingüístico se sugieren, precisamente, para evitar las limitaciones que puede suponer el emplear un idioma como el inglés para hacer referencia a instituciones que provienen de otros sistemas<sup>142</sup>. O, incluso, teniendo términos asimilables en inglés como las manidas expresiones “notice to perform” o “notice of default” (o alguna fórmula similar), podrían haberse empleado a estos fines (como se emplean, por ejemplo, para designar la comunicación del acreedor que da inicio al *nachfrist*).

Nada de esto se ha hecho. La razón se ha de localizar en el análisis que antes se ha hecho sobre el Derecho anglosajón y los diferentes tipos de requerimientos, similares a la mora, que en él pueden encontrarse, y la conclusión que del mismo hemos extraído: que en el sistema anglosajón la mora no existe como tal. Y este mismo sistema es el que se importa directamente a los textos modernizadores, como demuestra la doctrina que remarca la importancia de la influencia anglosajona en la CISG<sup>143</sup> y, en particular, en el modelo de retraso incorporado en ella y en los textos que la siguen<sup>144</sup>.

De esta forma, e importado este aspecto del Derecho anglosajón al modelo implementado por las nuevas tendencias, la mora no existe. No existe lingüísticamente ni conceptualmente. El deudor se retrasa y lo que sucede es el incumplimiento, y no quedan trazas de la mora en el sistema.

Siendo esto así, puede llamar nuestra atención el hecho de que algunos autores sigan hablando de “mora” aun sosteniendo esta visión del mero retraso como institución

---

141 Es evidente que esta opción parece poco plausible si en todo caso se quería adoptar, en la generalidad de los textos, un sistema con visos de novedad y desprovisto de excesivos lastres provenientes de los sistemas nacionales. Superada esta visión, habría sido también polémica la elección de la lengua y sistema concretos de los que se hubiera debido importar el término.

142 Sefton-Green, 2012, pp. 33, 38 y ss.

143 Treitel, 1991, p. 137; Grundmann, 2008, p. 101; Morales Moreno, 2014, pp. 32, 33; Palazón Garrido, 2016b, p. 980; Vaquero López, 2016, p. 821. Haciendo hincapié en su influencia, esta vez, sobre los PECL, Vattier Fuenzalida, 2005, p. 64.

144 Muy claramente lo dice Vaquero López, cuando indica que “el interés codificador se ha desplazado de la configuración de la mora como una institución jurídica específica (...), propia de los sistemas continentales, a la delimitación de los remedios (consecuencias) frente al incumplimiento del deudor, característica del sistema anglosajón” (2016, p. 821).

que desplaza por completo a la mora<sup>145</sup>. Este fenómeno requiere y da pie a una ulterior clarificación sobre el uso de los términos “mora” y “retraso” en nuestro ordenamiento, desde el punto de vista que ofrece la implementación de los textos de modernización.

## **2. La confusión terminológica entre “mora” y “retraso” en el ámbito nacional y su relación con la regulación del retraso en los textos de modernización**

### ***2.1. La identificación entre retraso y mora como punto de partida***

El hecho de que a propósito de las nuevas tendencias se hable, en ocasiones, de mora, a pesar de que se pueda entender, según hemos dicho, que la mora queda eliminada, puede llevar a plantearnos si no se habrá producido algún cambio en los conceptos, o si, más bien, nuestra conclusión —la eliminación de la mora— es errónea.

La relación entre ambos términos es reflejo de una cuestión conceptual, y así ha variado desde la equiparación entre los dos términos, por su identificación conceptual, a la posterior adquisición por el término “retraso” de un significado distinto, y una relevancia autónoma, hasta el punto de que su reconocimiento ha supuesto la exclusión de la mora, en principio, en cuanto a término y concepto.

Bien analizado, lo que da la posibilidad de hablar de un retraso relevante de forma diferenciada a lo que es la institución de mora del deudor, no es sólo la circunstancia de que ambos términos puedan ser utilizados en principio como sinónimos<sup>146</sup>, sino también y sobre todo el hecho de que la regulación de nuestro Código no termina de dejar claro que ese mero retraso con relevancia jurídica, distinto de la mora, no exista. Y esto es, precisamente, lo que trae el problema de la necesaria diferenciación, y a veces confusión, entre esos dos términos.

Cabe suponer que, si el mero retraso no fuera relevante en ningún caso, ciertamente podríamos elegir hablar tanto de mora como de retraso, sirviendo ambos términos para hacer referencia exactamente a la misma realidad. Así sucede, por

---

145 Esto podemos verlo, por ejemplo, cuando Vaquero López (2016) y Perales Viscasillas (2007a) nos hablan de las ya mentadas “nuevas bases dogmáticas de la mora mercantil”, o en Vaquer Aloy, al hablar del remedio indemnizatorio en los PECL, cuando dice que “si la modalidad de incumplimiento es la mora, nace la obligación de pagar intereses moratorios” (2003, p. 545). También habla de mora, en general, Pantaleón Prieto, al comentar el artículo 74 CISG (1998a, pp. 597 y ss.).

146 “La expresión romana mora (debitoris) designa, a veces, la mora en sentido técnico, y a veces, el mero retraso de hecho (no imputable)” (Pérez/Alguer, 1933, p. 257).

ejemplo, en el ordenamiento jurídico francés, en el que expresamente se excluye la relevancia del retraso no constitutivo de mora<sup>147</sup>. Como también podría suceder —aunque sólo en el ámbito de las obligaciones sujetas a término de cumplimiento— si, en lugar de precisarse la intimación al deudor para constituirlo en mora en las obligaciones a término, se mantuviera vigente la máxima *dies interpellat pro homine*, como sucede, por ejemplo, en el Derecho alemán<sup>148</sup>.

Así, sólo si el retraso no fuera en absoluto relevante (como sucede en el *Code* francés), o sólo en los casos en los que no lo fuera (como es el caso de Alemania para las obligaciones a término), sería posible utilizar los términos “mora” y “retraso” de manera enteramente sinonímica.

Sin embargo, sabemos que en nuestro ordenamiento, fruto de la evolución doctrinal acaecida durante las últimas décadas, uno y otro término hacen referencia a realidades distintas. Ahora, el vocablo “retraso”, antes referido sólo a la mora, se refiere a un retraso anterior y distinto a la mora que puede tomar parte de sus efectos. Se da, así, una separación conceptual en virtud de la cual “retraso” y “mora”, que en principio son términos sinonímicos, se refieren a realidades distintas.

Y, más recientemente, por obra de las Propuestas de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, ese mero retraso toma el lugar de la mora, que queda eliminada de la ecuación y ni siquiera es nombrada —salvo lo que viene considerado como algún desliz puntual— ni, desde luego, regulada en ninguno de estos textos.

Ante este panorama, es preciso analizar si verdaderamente podemos considerar que se ha eliminado la mora, o si estamos a un fenómeno distinto, en el que mora y retraso pudieran, de nuevo, equipararse, aunque desde una perspectiva distinta.

## **2.2. La postura que defiende la eliminación del requisito de la interpelación y la equiparación entre mora y retraso en los textos de modernización**

Por una parte, podría considerarse que la mora no se ha eliminado verdaderamente, sino que, más que eliminarla, lo que ha sucedido es que se ha equiparado al retraso —a lo que hasta ahora se ha conocido como “mero retraso”—. De esta forma, ahora existiría un sólo retraso, en el que convergerían la mora y el retraso simple (cosa que el aspecto meramente lingüístico permite perfectamente).

---

147 Ésta es la interpretación que se hace del artículo 1231-1 *Code Civil* (correspondiente con el antiguo artículo 1147) cuando menciona al “retraso” (*vid. infra* Cap. IV, apartados I.2, I.3.1).

148 § 286 (2) BGB.

Desde este punto de vista, lo que se habría eliminado no sería la mora, sino la interpelación. Podría considerarse que estaríamos siempre ante una mora (general) de tipo automático, de manera que no sería preciso acto alguno del acreedor para constituir en mora al deudor, y el interés por el posible mero retraso relevante decaería ante la mora sin interpelación, dado que todo retraso sería moroso<sup>149</sup>.

Esto justificaría que se hablara de “mora” y “retraso” indistintamente, así como que algunos autores hayan considerado (en contra del planteamiento general) que también en el *common law* existiría una mora automática<sup>150</sup>, o menciones a la mora como la que se hacía a propósito del comentario sobre las “nuevas bases dogmáticas de la mora mercantil”, que bajo esta luz pueden interpretarse más adecuadamente, y que nos parece conveniente desmenuzar.

Si se recuerda lo dicho antes, la primera de estas *bases* era, precisamente, la equiparación de la mora al retraso. Se comprueba, así, cómo la doctrina que compone esta serie de bases<sup>151</sup> estaría apuntando a esta solución: que la mora no se eliminaría, sino que vendría a equipararse al retraso. No obstante, esta doctrina no se detiene en explicar de manera algo más concienzuda la cuestión, lo que parece aconsejable en un escenario en el que la sensación general que se tiene es la de que la mora ha desaparecido o, a decir de esta doctrina, ha quedado desplazada por el nuevo sistema creado en torno al incumplimiento<sup>152</sup>.

Siguiendo con el análisis, la segunda de las bases, que hace referencia a “la mora sin interpelación y el devengo automático de intereses”, se corresponde también con la argumentación explicada. Efectivamente, lo que verdaderamente se eliminaría no es la propia mora, sino el requisito de la interpelación, lo que, a su vez, conduce al devengo automático de intereses. Una vez hay un retraso, éste supone ya mora, sin necesidad de interpelación, lo que resulta en dichos intereses de devengo automático (en las pecuniarias).

En cuanto al encuadramiento sistemático de la mora en el régimen del incumplimiento contractual como tercera base, se ha de contextualizar en el nuevo

---

149 En este sentido, y con anterioridad a la redacción de la generalidad de los textos de modernización, se pronunciaba Cardenal Fernández, al efectuar una comparación entre el ordenamiento español y otros en los que sí existe la máxima *dies interpellat pro homine* y en los que, por tanto, retraso y mora no pueden distinguirse en las obligaciones a término (1979, p. 196).

150 Puig Brutau, 2006, p. 421.

151 Perales Viscasillas (2007a), Vaquero López (2016).

152 *Vid.* Vaquero López, 2016, p. 821.

modelo de incumplimiento, en el que cualquier acción u omisión que se desvíe del perfecto cumplimiento supone un incumplimiento capaz de dar acceso al acreedor al sistema de remedios. En este sentido, el retraso —que se entendería como mora sin interpelación— se calificaría como incumplimiento, lo que es lo mismo que decir, partiendo de las premisas expuestas, que la mora es un incumplimiento más conducible al sistema de remedios.

En cuarto lugar, tiene total sentido hablar de la objetivización de la mora si se piensa en ese nuevo concepto de incumplimiento —en el cual se incluye como modalidad el retraso— como concepto amplio, neutro y objetivo, que prescinde para su calificación de cualquier valoración de la conducta del deudor. Como es evidente, asumir este principio implicaría abandonar el tradicional requisito de la mora del retraso culpable, admitido desde el propio nacimiento de la obligación bajo el imperio del Derecho Romano.

Como última base, se habla de la especificación legal de los efectos de la mora en el pago de intereses y en la indemnización por costes de cobro. Resultando que se dota al nuevo sistema de una serie de previsiones concretas para el tratamiento de la cuestión relativa al reparto de los riesgos entre las dos partes de la relación obligatoria, no parece incorrecto omitir este efecto.

Sin embargo, decir que los efectos de la mora se concentran en el pago de intereses y en la indemnización de los costes de cobro supone, en primer lugar, omitir cualquier referencia a las obligaciones no pecuniarias, que no resulta aceptable si se dice que estas bases regirían el tratamiento del retraso en el modelo CISG<sup>153</sup>. Además, si nos centramos en las pecuniarias, implica también dejar fuera otros posibles daños que el incumplimiento por retraso supone pudiera producir<sup>154</sup>. Defender lo mencionado es, así, tanto como ignorar la posibilidad —admitida en la mayor parte de los textos de modernización<sup>155</sup>— de indemnizar los daños producidos más allá de la cantidad fijada

---

153 Así lo hace, sin introducir ninguna matización al respecto, Vaquero López (2016, p. 850). Por el contrario, este punto se explica perfectamente en la obra de Perales Viscasillas, por cuanto ella se centra, principalmente, en la Ley 3/2004 (que, como veremos, se circunscribe a las deudas dinerarias).

154 Sobre los posibles daños producidos por la situación de mora, *vid.* Cano Martínez de Velasco, 1978, pp. 40-42, 100 y ss.

155 *Vid.* arts. 78 CISG, 9:508 (2) PECL, 7.4.9 (3) Principios Unidroit, III.-3:708(2) DCFR, 166.3 y 168.6 CESL (no se prevé en el artículo 167 dedicado a los supuestos en los que el deudor es un consumidor, con dudas sobre si sería aplicable lo dispuesto en el art. 166.3, al encontrarse ambos artículos en la misma Sección, aunque no parece que sea el caso), 7.4.6 (3) Principios OHADAC, y también las principales Propuestas españolas (arts. 1207 PMCC y 518-22 PCC). No reconoce expresamente el derecho a la indemnización del mayor daño el Proyecto Gandolfi (*vid.* art. 169), aunque veremos que existen argumentos que lo avalarían; mientras que el

en concepto de intereses o de la debida en concepto de costes de cobro de la deuda<sup>156</sup>; entre otros, los producidos a propósito de posibles devaluaciones monetarias<sup>157</sup>.

En segundo término, es también posible dudar de que la norma se dedique a —o tenga intención de— especificar la indemnización de los daños producidos por el retraso como efecto concreto de esta nueva y atípica (tanto por no regulada como por poco usual en sus características) mora automática, según se desprende de la afirmación a examen. En este sentido, esta corriente doctrinal parece haber analizado esta *nueva mora* manteniendo mentalmente los esquemas de la antigua mora, pasando por alto la nueva configuración de esta *mora automática*, si se quiere defender que esto es lo que es, que se inscribe ahora en un sistema en el que sólo es una modalidad más de incumplimiento.

No está muy claro que haya en las Propuestas una especificación concreta de sus efectos (o, en este caso, su *único efecto*, el indemnizatorio), no pareciendo que la cuestión de los efectos de la mora tenga un tratamiento diferenciado con respecto al del resto de supuestos de incumplimiento (desde luego, al menos no en la CISG y los textos que implementan el mismo modelo)<sup>158</sup>. Y, en todo caso, el análisis de los textos permite alumbrar una duda razonable en torno a que el mentado efecto indemnizatorio sea el único efecto de la mora, tal y como ésta se configura en el nuevo sistema.

Si la mora es ahora un tipo de incumplimiento más, parece que podremos entender que de la misma en cuanto a tal incumplimiento se derivan otros efectos que no son los típicos de la mora clásica. En cuanto a incumplimiento, sus efectos se concentrarán en los que el sistema de remedios determine, con el único límite de los requisitos propios que cada uno de los remedios pudieran presentar. Por tanto, podrían aplicarse y figurar como efectos de la mora (al menos, conceptualmente), todos los remedios a los que, partiendo de una situación de retraso, pudiera acudir el acreedor.

---

Comentario al DCFR introduce el importante matiz de que, normalmente, no podrá haber indemnización por daños en el caso de las obligaciones pecuniarias, salvo que se trate de daños que, por circunstancias excepcionales, no queden cubiertos por los intereses (2009, p. 934), fijando así que la indemnización del mayor daño no está prevista como regla general.

156 No precisa estos aspectos Vaquero López (2016, p. 850). Sin embargo, Perales Viscasillas, al desgranar esta base, sí explica que ésta permitiría cobrar el *mayor daño* del que hablamos (2007a, p. 11).

157 *Vid.* De Cupis, 1975, pp. 400-409; Díez-Picazo Giménez, 1996, pp. 592, 593; Pantaleón Prieto, 1998a, pp. 597-600.

158 Cosa distinta es, de nuevo, la Ley 3/2004, a la que se refiere inicialmente Perales Viscasillas (*vid.* notas al pie anteriores).

Entonces, en virtud de las nuevas tendencias, tenemos una mora automática, que no precisa de interpelación, ni de culpabilidad en el retraso; que tampoco se vincula a ningún tipo de consideración sobre la tolerancia del retraso por parte del acreedor, una vez que ya es automática en todos los casos, a pesar de ser éste un elemento en estrecha relación con la función de la mora en nuestro Código; que, además, tampoco ostenta ya el efecto de traspaso de riesgos; y que, aún más, podría incluso entenderse que tiene como propios otros muchos efectos distintos a los típicos y tradicionales del traspaso de riesgos y la indemnización de daños y perjuicios, siendo ya sólo una modalidad más de incumplimiento.

La cuestión va, por tanto, mucho más allá del hecho de que se prescindiera de la interpelación, cuestión que ya tiene su importancia. En sí, y desde el plano teórico, sería posible desgajar la mora de la interpelación, de manera general, si, como aquí, elegimos instaurar una “mora”, equivalente a retraso, que no dependiera de la interpelación. O bien en algunos casos, a través de un sistema de excepciones que dé lugar a entender, como algunos autores extraen de la regulación de nuestro Código Civil, que el régimen general de la interpelación tiene, verdaderamente, un carácter residual<sup>159</sup>. Pero ni en el primer caso es irrefutable que pudiéramos hablar de mora ni en el segundo, por el contrario, puede dejarse de hablar de ella como régimen general, independientemente de cuán numerosas pudieran ser las excepciones<sup>160</sup>. A la postre, la interpelación se encuentra tan estrechamente unida a la mora y a su función que resulta inverosímil hablar de mora si ésta no va ligada a aquélla en ningún caso.

Sin embargo, como decimos, ya no sólo es que ocurra esto, sino que, además, concurre toda una suerte de circunstancias que resultan ciertamente ajenas a lo que hasta ahora se ha identificado con la institución de la mora del deudor. Acudimos a una desnaturalización de la figura.

Ante este panorama, ¿es *realmente* posible hablar de mora en sentido propio al analizar los nuevos textos? Ésta es la precisa cuestión que ha de hacerse para completar este análisis.

### **2.3. El mantenimiento de la distinción entre retraso y mora en la interpretación en los textos de modernización**

Ante un retraso que no precisa de actividad alguna por parte del acreedor para que surta efectos, puede parecer complicado señalar el criterio útil para discriminar entre una

---

159 Para Carrasco Perera, el régimen general de la interpelación en realidad sería el residual (2017, p. 850).

160 En este sentido, Andreu Martínez, 2003, p. 159; Viciano Pastor, 2012a, p. 389.



mora automática en todo caso —una mora automática general—, y un simple retraso relevante que no precisara de la existencia de la mora para dar lugar a efectos indemnizatorios (y a aquellos otros que, según el sistema, se dispusieran).

Pero, si se tiene presente cuál es la función de la mora y su regulación en la actualidad, es muy difícil no detectar que el cambio sufrido es, tal vez, demasiado grande como para seguir hablando de una mora del deudor. Y es que, realmente, no tiene mucho sentido hablar de una mora automática general, a menos que terminemos por equiparar totalmente el vocablo “mora” al término “retraso”, y, en fin, despojar a dicha mora de su regulación típica a todos los efectos.

En este sentido, el mismo resultado se obtiene manteniendo una mora despojada de todas sus características propias (es decir, mantener sólo su nombre; el término) que eliminándola y hablando directamente de retraso<sup>161</sup>. Especialmente, si se considera que dicha mora, de sus dos efectos tradicionales, ha perdido el que se consideraba indubitadamente exclusivo de la misma por la unanimidad de los autores (el traspaso de riesgos) y que se mantiene únicamente el indemnizatorio, que por parte de un importante sector de la doctrina se ha relacionado de manera insistente con el mero retraso relevante.

No obstante, atendidas estas consideraciones, nos parece que si todavía es posible mantener en el sistema —o si hay algunos sistemas que la mantienen— una mora entendida en el sentido tradicional, resulta preferible mantener la distinción y hablar de un mero retraso relevante, más que de una mora automática general, y entender que asumir las características propias del retraso en las nuevas Propuestas es tanto como decir que se ha eliminado la mora tal y como la conocemos actualmente.

No podemos olvidar, además, que el término mora no se utiliza en los textos y que la mora, en sí, tampoco se regula en los mismos. Y, si bien en los textos escritos en inglés la cuestión puede resultar algo más difusa, por la carencia de un término exacto que sirva para identificar dicha institución, nada habría impedido a los redactores de la PMCC hablar de una mora automática o incluso regularla (cosa que no hace, más allá de los “deslices” a los que se ha hecho referencia anteriormente).

Finalmente, e independientemente de lo que realmente *sean* las cosas, y de que teóricamente podríamos elegir hablar de una mora a la que se diera un alcance distinto, o hablar sólo de retraso, también nos parece más conveniente hacer esto último por

---

161 Como apoyo de nuestra postura podemos citar a Roca Trías, cuando dice que “Tanto los PECL como el texto del DCFR, eliminan la mora en el sentido en el que se ha venido entendiendo en el derecho español de acuerdo con el art. 1100 CC y que tantos problemas teóricos y prácticos ha venido produciendo”; eliminación que a renglón seguido relaciona con el hecho de que no se precise una intimación (2011, p. 17).

practicidad y para evitar confusiones, sobre todo si se tiene en cuenta que estos nuevos textos deben todavía convivir con otros en los que las llamadas a la mora todavía revisten su sentido tradicional, para de esta forma distinguir entre la mora y el retraso tal y como se han venido entendiendo durante más de un siglo.

No es tan grande el problema cuando simplemente se intercambia un término por el otro, sin que haya equívoco con los significados; pero sí lo hay cuando, como puede suceder aquí, el baile de los términos hace que se mezclen realidades que, en sí, se anulan, contradicen, o no tienen nada que ver entre sí.

Finalmente, y aunque éste sea, en realidad, un modo de entenderlo de los dos posibles, nos parece que las consideraciones expresadas aconsejan concluir que la mora, al menos del modo en que se entiende en la actualidad, ha dejado de existir en las nuevas Propuestas, y que los términos “mora” y “retraso” deben seguir manteniéndose en el uso que se les ha dado mayoritariamente en nuestro ordenamiento y que los distingue. Incluso aunque quepa imaginar que la utilización del vocablo “mora” en referencia a los nuevos textos se debe, en un buen número de ocasiones, a la fuerza de la costumbre.

En este preciso sentido utilizaremos ambos términos a lo largo del trabajo.

## Capítulo IV. La regulación del retraso en los textos que mantienen explícitamente la mora del deudor

**Sumario:** I. LA REFORMA FRANCESA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE 2016: 1. Contenido e impacto de la reforma; 2. El tratamiento del retraso en el *Code* antes de la reforma; 3. La regulación del retraso tras la reforma: 3.1. La nueva configuración de la mora francesa; 3.2. La puesta del deudor en mora como requisito previo al acceso a los remedios: 3.2.1. Planteamiento general de la cuestión. La batería de remedios frente al incumplimiento y el requisito de la puesta en mora previa y sus excepciones; 3.2.2. Especial consideración de los mecanismos para la resolución del contrato; 3.3.3. Algunas cuestiones que plantea la mora entendida como requisito previo a los remedios. 4. Valoración general: la reforma francesa como sistema mixto o de equilibrio entre la tradición y las nuevas tendencias. II. LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL DE LA APDC: 1. La trascendencia del mantenimiento de la mora en la PCC; 2. La regulación del retraso en la PCC: 2.1. Mora del deudor y mora del acreedor. Su ubicación sistemática y su calificación como incumplimiento; 2.2. La concreta regulación de la *mora debitoris* en la PCC (y, también, sus silencios); 2.3. Efectos del retraso no constitutivo de mora; 2.4. Otras menciones a la mora y al retraso. Posibles dudas sobre la eficacia de la mora. 3. La resolución en la PCC: Plazo adicional y ejercicio extrajudicial; 4. La coordinación de la mora con los remedios frente al incumplimiento: 4.1. Los remedios que no presentan conflictos con la mora del deudor; 4.2. Los remedios que presentan especialidades en su relación con la mora del deudor; 4.3. Los remedios cuyo acceso podría estar condicionado a la constitución en mora del deudor. 5. Conclusiones sobre la PCC y su tratamiento del retraso. III. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS DE LA ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS DE PAVÍA: 1. Planteamiento del texto y elementos diferenciadores con respecto a otros instrumentos de modernización; 2. La mora del deudor en el Código de la Academia de Pavía: 2.1. Los requisitos de la mora; 2.2. Los efectos de la mora: 2.2.1. El efecto de traspaso de riesgos; 2.2.2. El efecto indemnizatorio. 3. Valoración general del texto y del tratamiento del retraso.

Aunque, como se ha podido apreciar, un buen número de los textos que se insertan en las nuevas tendencias de modernización del Derecho de obligaciones y contratos presentan una configuración del retraso en la que, difícilmente se puede apreciar la existencia de la mora, observamos que ésta no es la determinación tomada por todos

ellos. Algunos instrumentos de no poca trascendencia han optado por mantener la mora en su sistema aun implementando, al mismo tiempo, todas o una buena parte de las novedades adoptadas por las distintas Propuestas, en particular, en materia de incumplimiento y remedios.

En primer lugar, por su importancia actual, pueden señalarse la reforma francesa del Derecho de obligaciones y contratos aprobada en 2016 y la Propuesta de Código Civil de la española Asociación de Profesores de Derecho Civil.

Se trata de dos textos que resultan de un interés particular a los efectos de nuestro estudio, y ello por razones diversas. Destaca el hecho, ya anunciado, de que en ambos textos se conserva explícitamente la mora del deudor como institución y a la vez su presencia se conjuga con los esquemas típicos de las nuevas tendencias, que se adoptan y se adaptan a la tradición jurídica propia de cada país con mayor o menor implantación en función del texto concreto.

Pero, además, son dos iniciativas (en el caso de la primera, Derecho vigente) que, la una por proceder de un país cuyo sistema ha tenido gran influencia sobre nuestro propio Derecho<sup>1</sup>, y la otra por ser la última Propuesta producida en nuestro propio país, resultan sumamente cercanas a nuestro propio Derecho, por lo que la comparación es más sencilla, además de poder ser potencialmente muy trascendentales de cara a una eventual reforma de nuestras normas.

En tercer lugar, y más allá de estos dos ejemplos fundamentales, también el Anteproyecto de Código de Contratos de la Academia de Iusprivatistas de Pavía regula de manera específica la mora, por lo que merece que se analice en este punto; siendo también de interés su examen por cuanto, dentro de los textos de modernización, ofrece un buen número de soluciones que podrían catalogarse de particulares.

Desgranaremos en este Capítulo estos tres textos, comenzando con los que, por las razones antedichas, pueden ostentar una mayor relevancia.

---

1 E incluso sobre nuestras Propuestas: además de por lo que hace a la PCC, como veremos, se la ha señalado como modelo desde el punto de vista estilístico para las distintas Propuestas Mercantiles, además de la influencia, también notable, del *Code de Commerce* francés (vid. Fenoy Picón, 2015, pp. 868, 939, 940, y otras).

# I. La reforma francesa del Derecho de obligaciones y contratos de 2016

## 1. Contexto e impacto de la reforma

La trascendencia de la reforma del Derecho francés de obligaciones y contratos de 2016 es indudable. Primeramente, por la relevancia histórica y jurídica que el *Code civil* francés, conocido también como Código Napoleón, ha tenido desde su promulgación en 1804. Como se sabe, se trata de un cuerpo legal de grandísima influencia para un gran número de Códigos civiles posteriores, entre los que se incluyen Ordenamientos de lo más diverso en Europa (entre ellos el nuestro propio, siendo su influencia, probablemente, la más palpable en nuestro Código Civil), Asia, África, Latinoamérica e incluso Norteamérica, y que sirve incluso para categorizar una de las grandes familias de sistemas jurídicos existentes en la actualidad, frente a la de los Ordenamientos jurídicos que siguieron el sistema germánico para la redacción de sus Códigos Civiles.

En segundo lugar, esta reforma es de obligado estudio porque no hablamos de un texto que componga una mera propuesta o, incluso, de un texto de carácter prelegislativo, sino que supone Derecho vigente, con lo que es posible establecer un importante punto de diferenciación con respecto a otros de los que en este trabajo se analizan.

Y, en último término, porque, conjugadas las dos circunstancias recién expresadas, y a efectos de nuestro particular estudio, se podrá tener una idea de la importancia que puede suponer el que un texto de las características mencionadas realice una clara apuesta a favor de la mora como única representación, en general, del retraso jurídicamente relevante, manteniéndola así en su sistema jurídico y realizando un tratamiento del retraso que se resiste a seguir la totalidad de los postulados de las nuevas tendencias, al tiempo que sí adopta algunas de sus más populares características. Es, por tanto, buena muestra de la implementación de criterios novedosos en cuerpos legales con gran tradición.

Precisamente con el fin de entender el contenido de la reforma puede ser conveniente dar una pequeña retrospectiva de la misma. Para ello, se ha de partir del hecho de que el *Code* llevaba prácticamente inalterado desde su entrada en vigor en 1804; al menos, en la parte concerniente a las obligaciones y contratos. Sin embargo, en los últimos años previos a la adopción de la reforma era posible detectar un sentir general entre la doctrina francesa que apuntaba a la pérdida de vigencia y de influencia de las soluciones del *Code* tanto en el ámbito internacional como en el interno.

Y es que era fácilmente apreciable cómo, en primer lugar, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de los propios preceptos del *Code* tomaba casi vida propia con respecto a la literalidad de la norma, hasta el punto de que algunos de los preceptos venían a experimentar una interpretación, incluso, *contra legem*<sup>2</sup>, llegando a considerarse que la lectura de ciertas partes del *Code* no permitía siquiera obtener un conocimiento remoto del Derecho Civil vigente en Francia, habida cuenta del desarrollo producido a través de la legislación especial o de las sentencias de la Corte de Casación francesa<sup>3</sup>.

La poca comunicación que, por otro lado, ha existido entre el Derecho francés y las nuevas tendencias en materia de obligaciones y contratos ha provocado no sólo que el primero, al confrontarse con dichas tendencias, se haya revelado como desactualizado en muchos aspectos, sino que tampoco las Propuestas de modernización hayan podido nutrirse en exceso de la normativa interna francesa<sup>4</sup>. Y este *aislamiento* con respecto a las nuevas tendencias ha resultado determinante, a su vez, para que otros ordenamientos que se habían inspirado tradicionalmente en el *Code* hayan adoptado otras fuentes de inspiración para sus reformas (así, otros Códigos Civiles europeos, o incluso distintas Propuestas de modernización), perdiendo el *Code* gran parte de su influencia<sup>5</sup>.

En estas circunstancias, la celebración del bicentenario del *Code* se presentó como una *encrucijada* para el Derecho Civil francés, entre el apego y el orgullo por su indudable influencia histórica<sup>6</sup>, por una parte, y la certeza de su pérdida de actualidad<sup>7</sup>, por otra. Y precisamente con motivo de este bicentenario, y con los antecedentes comentados, decide la doctrina francesa comenzar a preparar una serie de documentos en forma de Proyectos que culminarían finalmente, doce años después del bicentenario<sup>8</sup>,

---

2 Bercovitz, 2016, p. 1.

3 Picod, 2009, p. 3; Alpa, 2018, pp. 18, 19; Momberg Uribe, 2015, p. 122.

4 Menciona Alpa la “adversidad de la prevalente doctrina francesa a las iniciativas de armonización y de uniformidad del Derecho privado europeo” (Alpa, 2018, p. 15). En sentido similar, Momberg Uribe, 2015, p. 123; o, en relación con la reforma de las normas sobre la resolución, Dellacasa (2018, p. 203).

5 Así, en las reformas llevadas a cabo en diversos países de Latinoamérica, donde se ha preferido tomar como modelo los Códigos italiano o alemán, o en los países pertenecientes a la OHADA, a pesar de ser, muchos de esos países, antiguas colonias francesas (*vid.* Momberg Uribe, 2015, pp. 122, 123).

6 Se habla de un valor central, e incluso constitucional, del *Code* para los franceses (Perlingieri, 2018, p. 236).

7 Momberg Uribe, 2015, p. 122; Grundmann/Schäfer, 2017, p. 466.

8 Puede leerse sobre este proceso, con comentarios sobre las diferentes etapas conducentes a la aprobación de la reforma, en Fauvarque-Cosson/Gest/Ancel, 2017, pp. 17-26; también en Fauvarque-Cosson, 2017, pp. 337-354 (sobre todo, las pp. 337 a 346).

en la ya tangible reforma de 2016, y en los que se aprecia perfectamente esa tensión entre el apego por las tradiciones francesas y, finalmente, la aceptación de su necesidad de actualización.

Entre ellos se cuentan algunos de carácter más conservador, como l'Avant-projet Catala<sup>9</sup> (2006), de gran repercusión en el ámbito académico europeo, y otros de carácter más rupturista y ya más inspirados en las propuestas europeas de modernización, como el Proyecto Terré (2008)<sup>10</sup>, de iniciativa académica, o el Proyecto de *la Chancellerie* (2008)<sup>11</sup>, promovido por el propio Ministerio de Justicia (aunque motivado por los Proyectos académicos<sup>12</sup>).

Todos estos Proyectos conducen, finalmente, a la Ordenanza de 10 de febrero de 2016, aprobada directamente por el Gobierno y sin discusión parlamentaria en virtud de la *Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit e des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* (conocida como “Ley de Habilitación”), que en su artículo 8 otorga un mandato concreto al Gobierno para la reforma del *Code* al disponer que el mismo “está autorizado a tomar por vía de ordenanza las medidas relevantes en el ámbito de la ley necesarias para modificar la estructura y el contenido del Libro III del código civil, con el fin de modernizar, de simplificar, de mejorar la legibilidad, de reforzar la accesibilidad del derecho común de los contratos, el régimen de las obligaciones y el de la prueba, de garantizar la seguridad jurídica y la eficacia de la norma” (la traducción es nuestra).

De la propia lectura del párrafo transcrito puede colegirse que no se trata, en ningún caso, de una ruptura con el sistema que se reforma, sino simplemente de un

---

9 El propio Catala indica que el Proyecto “no propone un Código de ruptura, sino de adecuación”, que recoge, a la vez, aportaciones realizadas por la doctrina y la jurisprudencia, y normas contrarias a ésta última (2005, pp. 4, 5). La doctrina no ha sido siempre benevolente con el conservadurismo del *Projet Catala*, como se observa, por ejemplo, en Cabanillas Sánchez, que critica, especialmente, el olvido de la CISG (2007, pp. 624-626); sin perjuicio de lo cual se considera que la reforma definitiva tiene más de este proyecto que del más transgresor *Projet Terré*, que se asemeja mucho más a las Propuestas internacionales (Dellacasa, 2018, p. 221).

10 El carácter ciertamente más permeable con respecto a las innovaciones extranjeras se hace patente al comprobar cómo se introducen elementos, tales como la inclusión del término “remède” —típico de los textos de modernización pero ajeno a la tradición jurídica francesa, y que no había sido adoptado en el Proyecto Catala— o, también, la resolución anticipada —artículo 111 del Proyecto— que posteriormente se desecharían en la reforma definitiva.

11 Que tiene como objetivo, entre otros, la armonización del Derecho francés con el contenido de textos como los PECL o el DCFR, de los cuales toma inspiración (Picod, 2009, p. 4); lo cual es apreciable, por ejemplo, en la inclusión de la resolución unilateral anticipada en su artículo 169.

12 Meunier, 2015, p. 623.

ajuste del mismo<sup>13</sup>. Ciertamente, bajo esta reforma no subyace una voluntad de modificar el Derecho francés de manera notable o en sus aspectos esenciales, lo cual se corresponde con el valor que todavía mantiene el *Code* de 1804 a ojos de los juristas franceses<sup>14</sup>. Pero sí atiende a las críticas doctrinales que apuntaban a muchas de las soluciones ofrecidas por el *Code* de 1804 como incompletas, mejorables o incluso crípticas<sup>15</sup>, y al detrimento de la seguridad jurídica que su desactualización producía. Todo ello, sumado al desfase con respecto a las nuevas tendencias y a la falta de proyección internacional del Derecho francés, es motivo de una reforma que trata de tornar el Derecho francés de obligaciones y contratos en un cuerpo más claro, accesible, y, también, más exportable y atractivo para los operadores económicos internacionales<sup>16</sup>.

Sea como fuere, y a pesar de las finalidades anunciadas, un análisis del contenido del texto revela que no son muchas las diferencias con respecto al régimen anterior (sobre todo, el desarrollado por la jurisprudencia)<sup>17</sup>, y que habitualmente se cae en la contradicción cuando parece querer legislarse para atraer la contratación internacional, pero se termina por adoptar una reforma que, sí, incorpora algunos mecanismos extraídos de las nuevas tendencias (entre ellos, los remedios frente al incumplimiento, que se configuran como una de las novedades principales de la reforma<sup>18</sup>, aunque con

---

13 Alpa se refiere a “rétaurer, réformer et résister” como palabras que habrían servido de inspiración al legislador francés (2018, p. 16).

14 *Vid.* Cabanillas Sánchez, 2007, p. 623 (en relación con el *Projet Catala*, pero es enteramente aplicable a la reforma de 2016); Bercovitz, 2016, p. 1; también, Perlingieri, que añade que en algunos casos (como el de la resolución) habría sido posible llegar a idéntico fin a través de una reinterpretación del Derecho ya existente en el *Code* primitivo (2018, pp. 241, 243).

15 En relación con el Derecho francés anterior a la reforma, en general, Savaux, 2016, p. 718; Julienne, 2017, p. 16. En materia de obligaciones y contratos, Mainguy, 2018, p. 34. En materia, en concreto, de resolución, y señalando sus lagunas en el *Code* de 1804, Rochfeld, 2005, p. 41; Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2019, p. 854.

16 Se ha dicho que la reforma francesa supone una entrada explícita en una “competition of legislatures” (Grundmann/Schäfer, 2017, p. 469), siendo un motivo para la reforma censurado como tal por algunos autores, que, no obstante, creen que su carácter es más bien aparente y propagandístico (Savaux, 2016, pp. 719, 720). *Vid.* también Mainguy, 2018, pp. 35-38.

17 Para Savaux, la reforma tiene mucho de consolidación del Derecho ya existente en el ordenamiento francés, y sólo un poco de modernización. Según su interesante análisis, de los 151 artículos que constituyen el nuevo Derecho de obligaciones, menos de una veintena introducen reglas inéditas en el Derecho francés, y sólo cinco establecen soluciones contrarias a las consagradas por vía jurisprudencial, mientras que su estilo se asemeja más al del *Code* de 1804 que al de los proyectos de reforma (2016, pp. 721, 729, 723). En sentido similar, se ha dicho que la reforma supone una codificación de la mayor parte de los principios establecidos jurisprudencialmente (Helleringer, 2017, p. 357), o que muchas de las cuestiones que se presentan como novedades realmente no lo son (Julienne, 2017, pp. 16-18).

18 Bénabent, 2018b, p. 195; Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 534; Mainguy, 2018, pp. 40-42.



cortapisas<sup>19</sup>), pero que salvo pocas excepciones de verdadera entidad, determina la obtención de un resultado final que podría calificarse de moderado<sup>20</sup>.

Y, como ya se puede adivinar, esta tendencia moderada también se deja ver en el tratamiento del retraso en el nuevo Código civil francés, que mantiene mucho de su regulación anterior. Por esta precisa razón, es importante tener presente también su configuración en el texto original, con el fin de otorgar un contexto y cierta perspectiva a las decisiones de política legislativa que, a la hora de estructurar el retraso, o el incumplimiento y sus remedios, se toman en la reforma de 2016, y que en gran medida se explican por la particular idiosincrasia del sistema legal francés.

## 2. El tratamiento del retraso en el *Code* antes de la reforma

El punto de partida es el siguiente: nos encontramos con un Ordenamiento que consagra la mora como única manifestación jurídicamente relevante del retraso tanto en el ámbito del traspaso de riesgos como en el indemnizatorio<sup>21</sup>. Partimos, de hecho, de una concepción de mora todavía más sólida que la que se aprecia de la misma figura en su regulación española, puesto que, como veremos, no se deja resquicio a duda sobre el carácter omnicompreensivo de la misma a la hora de reunir ambos efectos típicos de la mora<sup>22</sup>.

El régimen general de la mora en la versión original del *Code* (y sin perjuicio de aplicaciones particulares de la figura a propósito de obligaciones alternativas, solidarias, o en contratos concretos) se caracterizaba, en primer lugar, por especificar sus efectos en función del tipo de obligación sobre el que se aplicara, distinguiendo entre obligaciones de dar, por una parte, y obligaciones de hacer y no hacer, por otra.

En relación con la mora en las obligaciones de dar, el artículo 1138 disponía la no responsabilidad del deudor por casos fortuitos salvo que se encontrara en situación de

---

19 Por ejemplo, se prescinde de la resolución por incumplimiento anticipado (que sí se preveía en el *Projet Terré*) o del *right to cure*, o derecho del deudor a subsanar su cumplimiento defectuoso, al tiempo que, como veremos, algunos otros se incorporan con palpables particularidades.

20 En este sentido, Savaux, 2016, pp. 739, 741; Alpa, 2018, pp. 17, 18.

21 Domat y Pothier ya hablaban de los efectos de la mora al tratar el tema del retraso: Domat de un modo más general, mencionando la *mise en demeure* a propósito de los intereses (1829, p. 119); y Pothier, mucho más clara y directamente, al vincular la *mise en demeure* a los dos efectos típicos de indemnización de daños y traspaso de riesgos (1831, pp. 69 y 362).

22 El reconocimiento de estos dos efectos como principales no obsta a la consideración de que la mora del deudor puede tener también otros, distintos de los legales. En este sentido, Bénabent se refiere a posibles penas por el retardo, el juego de una cláusula resolutoria, o la interrupción de la prescripción (2018a, p. 606).

mora<sup>23</sup>, mientras que el 1139 se ocupaba de determinar el modo en que el deudor podía ser constituido en mora en este tipo de obligaciones<sup>24</sup>.

En cuanto a las obligaciones de hacer y no hacer, que se relacionaban directamente con el efecto indemnizatorio de la mora, el artículo 1146 disponía que “las indemnizaciones por daños y perjuicios tan sólo se adeudarán cuando el deudor se hubiese constituido en mora”<sup>25</sup>, previendo los supuestos en los que la mora tenía el carácter de automática<sup>26</sup>, e indicando igualmente el modo de constituirse en mora por interpelación.

Este artículo 1146 del *Code* era, por lo demás, muy característico de la regulación francesa de la mora, al aclarar expresamente que dicha situación de mora suponía el único tipo de retraso relevante a efectos indemnizatorios. No causaba duda, interpretado en su contexto, el hecho de que el artículo 1147 dispusiera que se condenaría al deudor a la indemnización por los daños causados por el incumplimiento o el *retraso* (salvo justificación de causa a él no imputable —en los términos del art. 1148— del incumplimiento), existiendo unanimidad entre la doctrina en cuanto a que dicha llamada al retraso sólo podía referirse al retraso constitutivo de mora<sup>27</sup>; en efecto, parece que no cabe interpretarlo de ningún otro modo a la vista del artículo 1146.

Por otra parte, el artículo 1146, que —como se ha visto— disponía la mora obligatoria para la indemnización por daños y perjuicios sin realizar posibles distinciones entre los daños derivados del retraso y los causados a resultas del incumplimiento definitivo<sup>28</sup>, ha provocado durante mucho tiempo importantes debates entre la doctrina francesa sobre si la mora sería precisa también para la indemnización de los daños que se siguen del incumplimiento definitivo. En general, se ha tendido a considerar que el principal error del *Code* en este punto era no haber discriminado entre

---

23 En el mismo sentido, arts. 1245, 1302 (el cual, además, permite la prueba sobre la pérdida de la cosa de haber estado en poder del acreedor, para la liberación del deudor moroso —no recogida por nuestro Código y discutida por la doctrina—).

24 Por requerimiento del acreedor o acto análogo, o bien “por el efecto del acuerdo, cuando éste implique que el deudor se constituya en mora sin necesidad de ningún acto, por el simple vencimiento del plazo” (trad. Valdés/Feldman, 2013).

25 Trad. Valdés/Feldman, 2013.

26 Recuérdese que en el sistema francés, como en el nuestro, por influencia francesa, tampoco rige la máxima *dies interpellat pro homine*.

27 Cardenal Fernández, 1979, p. 156.

28 En nuestra doctrina, Andreu Martínez explica con claridad los términos del debate, repasando las distintas interpretaciones sugeridas por el precepto, leído tanto como caso de mora automática como, en la interpretación mayoritaria, de término esencial y, por tanto, de inexecución definitiva (2003, pp. 170-177).

lo que son daños moratorios —los ligados al retraso— y aquéllos que, con el nombre de correspectivos, se refieren a los daños sufridos por la propia inexecución del contrato, y que, en opinión de la doctrina mayoritaria, no habrían de requerir una puesta en mora previa del deudor; residiendo la dificultad en distinguir, en último término, entre el incumplimiento definitivo y el retraso con posibilidad posterior de cumplimiento<sup>29</sup>.

Por último, regía el artículo 1153 para las obligaciones pecuniarias (los intereses corren sólo desde la interpelación, “salvo en el supuesto de que la ley los haga correr de pleno derecho”<sup>30</sup>; y se permite prueba del mayor daño sufrido), y, en materia de cláusula penal, el artículo 1230 disponía que sólo se incurrirá en la pena desde que el deudor incurriera en mora; completando así la visión de la misma como único retraso relevante para sus dos efectos típicos, incluso en presencia de este tipo de cláusulas.

De esta forma, es claro que la mora era precisa para el devengo de intereses y el traspaso de los riesgos como norma general, salvo excepciones muy marcadas y derivadas, en general, de la propia letra de la ley<sup>31</sup>, dando lugar a un sistema con pocas fisuras y poco espacio para la duda a este respecto<sup>32</sup>.

---

29 En este sentido, Cardenal Fernández considera que no tiene sentido requerir la mora cuando el incumplimiento definitivo se presenta como “inmediatamente cierto y seguro” (1979, p. 158). Por su parte, Andreu Martínez reseña que la respuesta negativa sobre la necesidad de constituir en mora se vincula, para la doctrina francesa mayoritaria, y más allá incluso de la distinción entre distintos tipos de daños, con aquellos casos en los que ya no es posible el cumplimiento posterior (2003, pp. 174-177). En definitiva, parece posible que en algún supuesto puedan acumularse daños por retraso y daños por la inexecución definitiva, de forma que unos debieran ir precedidos por la constitución en mora del deudor, y otros, no, si se consigue establecer una diferenciación entre tipos de daños, en una cuestión que, como veremos, queda mucho más clara con la nueva redacción del *Code*.

30 Trad. Valdés/Feldman, 2013.

31 *Vid.* Cardenal (1979, pp. 159, 160), quien añade, acertadamente, que no se trata de excepciones a la norma de que sólo de la mora se devengan intereses, sino de a la norma de la constitución en mora.

32 Por todos, Fontaine dice expresivamente que “mora” no se identifica con “retardo”, puesto que sólo el primero tiene efectos, de tal forma que, para que el simple “retraso” se convierta en “mora”, el acreedor deberá reclamar el cumplimiento al deudor (añade, además, “en términos imperativos”) (2001, pp. 1030, 1031). Esto no obsta para que existan todavía cuestiones irresueltas relativas a su funcionamiento; no obstante lo cual se entiende que la figura tiene una cohesión que va más allá de las cuestiones funcionales, como indica Libhaber (2001, pp. 113-115, 134).

### 3. La regulación del retraso tras la reforma

#### 3.1. La nueva configuración de la mora francesa

Después de lo dicho, no causa excesiva sorpresa comprobar que la mora, tan marcada como es la tradición en torno a la misma en el Derecho francés, se mantiene en el nuevo sistema. Más bien, al contrario: parece natural que, en un Ordenamiento que con tanto celo cuida sus propias soluciones e instituciones jurídicas<sup>33</sup>, se haya decidido mantener una figura como la mora, cuya eficacia no ha sido discutida por la doctrina, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos, como el español.

No obstante, el legislador francés sí ha aprovechado la ocasión para incorporar algunas modificaciones en su configuración, sin duda siguiendo el propósito anunciado de clarificar y hacer más accesible su Derecho de obligaciones y contratos.

Con esta intención, la regulación de la mora se estructura de forma distinta a como se observaba en el antiguo *Code*, reuniéndose en un solo párrafo dedicado a la mora del deudor (“Paragraphe 1: La mise en demeure du débiteur”), que a su vez se compone de tres artículos —los artículos 1344, 1344-1 y 1344-2— que regulan sus consecuencias sin tener presente la distinción entre los varios tipos de obligaciones (dar, hacer y no hacer) que sí contemplaba la redacción antigua del *Code*. Se trata de una configuración novedosa<sup>34</sup> que simplifica y agrupa en tres únicos artículos consecutivos las disposiciones sobre la mora del deudor, hasta el momento dispersas por todo el texto del *Code*<sup>35</sup>, y que además se hace seguir por el artículo que se ocupa de la mora del acreedor (art. 1345), por primera vez regulada en este cuerpo legal<sup>36</sup>. Conjuntamente, los artículos 1233, 1233-1, 1244-2 y 1345 conforman una Subsección propia (la Subsección 3) dentro de la Sección 1, dedicada al pago, del Capítulo IV sobre extinción de las obligaciones, en sede de régimen general de las obligaciones (Título IV).

---

33 Para Catala, algunas soluciones venidas de Europa (el autor se refiere a “principios europeos”) son “potencialmente peligrosas en materia civil” e inspiran “reservas a los civilistas franceses” (2005, p. 6).

34 Bercovitz, 2016, p. 2.

35 Así se indica en el *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, en adelante, *Rapport au Président* (2016, p. 88). Julienne destaca esta nueva estructuración como el principal interés de la reforma en materia de mora del deudor (2017, p. 286).

36 Se destaca como “une des innovations les plus remarquables de l’ordonnance du 10 février en matière de paiement”, tras haber recibido una atención de la doctrina que hasta el momento no se había plasmado en el *Code* (Julienne, 2017, p. 289; también p. 16), aunque ya se recogiera en el *Avant-projet Catala*, y se manejara por la doctrina anterior a la reforma.

Por lo que hace a la regulación concreta de la mora del deudor, el artículo 1344 *Code* se dedica a enumerar las formas de puesta en mora del deudor, haciéndose referencia a la *interpelación suficiente*, así como a los casos en que el contrato estipule que la mera exigibilidad de la obligación supone la incursión del deudor en el estado de mora<sup>37</sup>; esto es, los supuestos de mora automática legalmente dispuestos.

En segundo lugar, el artículo 1344-1 hace referencia a la mora en las obligaciones pecuniarias, disponiendo el devengo de intereses moratorios según el tipo legal, sin necesidad de prueba por parte del acreedor<sup>38</sup>. Según se comenta en el *Rapport au Président*<sup>39</sup>, este artículo extiende a todos los tipos de obligación lo que para el contrato se prevé en el artículo 1231-6<sup>40</sup>, esto es, que de la reclamación de cumplimiento que constituye puesta en mora del acreedor se derivan, en las obligaciones dinerarias, los intereses moratorios.

Por otra parte, y en concordancia con el antiguo artículo 1153 (aunque con una redacción mucho más escueta), el artículo 1344-1 se refiere únicamente a los intereses al tipo legal, tal y como lo hace el 1231-6, que también prevé la posible mayor indemnización de otros daños sufridos por el acreedor —siempre que sean, eso sí, independientes del propio retraso, respecto del que sólo se prevé la indemnización de los intereses devengados<sup>41</sup>—, mediando prueba al respecto y siempre que concurra la mala fe del deudor. Entendiéndose que el artículo 1344-1 (así como el 1231-6) tiene carácter suplementario (aunque la literalidad del *Code* no se pronuncia al respecto, lo que tal vez habría resultado aconsejable), se ha estimado innecesaria cualquier llamada a la posibilidad de las partes de establecer un régimen distinto para los intereses mediante pacto<sup>42</sup>.

---

37 “Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par le seule exigibilité de l’obligation”. En opinión de Julienne, este artículo se presenta como una reformulación del antiguo artículo 1139 en sede de obligaciones de dar (también en relación con el antiguo art. 1153 *Code*) (p. 286).

38 “La mise en demeure de payer une obligation de somme d’argent fait courir l’intérêt moratoire, au taux legal, sans que le créancier soit tenu de justifier d’un préjudice”.

39 2016, p. 88.

40 Indica el *Rapport au Président* que este artículo sustituye al anterior 1153, obviando los detalles sobre la forma y el contenido de la interpelación que se contenían en el mismo, y que en la actualidad se recogen en el artículo 1143 (2016, p. 58).

41 Sobre las obligaciones que no tengan origen contractual no dispone nada el artículo 1344-1. Para Deshayes/Genicon/Laithier, nada debería impedir que también en estos casos pudieran probarse e indemnizarse daños distintos a los provocados por el retraso (2018, p. 848).

42 *Rapport au Président*, 2016, pp. 58, 88.

Con el fin de conocer la completa ordenación del efecto indemnizatorio de la mora, hemos de remitirnos a una sección distinta del *Code*, en concreto, a los artículos 1231 y siguientes, dedicados a la *reparación del perjuicio resultante de la inexecución del contrato* (en sede de contratos, lo cual probablemente merece algún comentario); algo que, tal vez, no es del todo deseable ni congruente con la defendida idea de que las consecuencias de la mora se encuentran ahora “simplificadas y unificadas” en tres artículos<sup>43</sup>.

Así, el artículo 1231 es el encargado de disponer que, a menos que el incumplimiento sea definitivo, los daños e intereses se deberán únicamente si el deudor ha sido previamente constituido en mora<sup>44</sup> (se refiere el artículo, en concreto, a una reclamación por parte del acreedor para que el deudor cumpla en un plazo razonable); una previsión que parece que habría encajado mucho mejor en el artículo 1344-1 (que, como mínimo, podría haber incluido una llamada al 1231). Por otra parte, si algo positivo tiene el artículo es que despeja cualquier duda que pudiera haber en torno al antiguo artículo 1146 y a la posible necesidad de constituir en mora al deudor para la indemnización de los daños por inexecución definitiva.

El artículo 1231-1, por su parte, es el análogo al 1147 de la anterior redacción del *Code*<sup>45</sup> (los daños se deberán, ya sea por *retraso* como por incumplimiento, salvo fuerza mayor), y puede recibir idéntica interpretación en torno a la irrelevancia del retraso que

---

43 En contraposición, con la redacción anterior había un único artículo dedicado a la mora en las obligaciones pecuniarias; bien es verdad que la dispersión normativa podía considerarse incluso mayor, ya que todos los efectos de la mora se encontraban recogidos bajo diferentes preceptos (incluida, por ejemplo, la mención a la mora como único supuesto de retraso indemnizable, que ahora se recoge también en los artículos 1231 y ss.). Por otra parte, puede también estimarse que, si todos los efectos del incumplimiento se instrumentan ahora a través de remedios, es lógico que también la cuestión de los daños por mora, en cuanto a que se reconduce al remedio indemnizatorio, se ordene en el lugar destinado a ordenar tal *remedio*.

44 Según el *Rapport au Président*, este artículo reescribe el antiguo artículo 1146 teniendo en cuenta el abandono de la distinción entre las obligaciones de dar y de hacer (y no hacer) en la actual versión del *Code*, clarificando que la puesta en mora no será necesaria ante un incumplimiento definitivo; precisión que, se dice, se reproduce en el artículo 1344 en el contexto del régimen general de obligaciones (2016, p. 57); aunque en éste último no se llega, desafortunadamente, a tal grado de precisión.

45 El *Rapport au Président* se refiere expresamente al “célebre” artículo 1147, que ahora se “aligera” e incluye también la mención a la fuerza mayor, haciendo innecesaria la inclusión de un artículo análogo al antiguo 1148 (2016, p. 57), que se encargaba de esa precisa cuestión.

aqué; de igual modo que el 1231-5, sobre la necesidad de mora<sup>46</sup> para la aplicación de la cláusula penal<sup>47</sup>, salvo supuesto de incumplimiento definitivo.

En suma, el efecto indemnizatorio de la mora tiene unos perfiles claros —y, por lo demás, continuistas— en la nueva regulación francesa, pero no tan bien sistematizados como se prometía, máxime si se tiene en cuenta que en el artículo 1344-1, que es donde se supone que se habría de encontrar la regulación general de los efectos de la mora, sólo se incluye una escueta mención relativa a los intereses moratorios en las obligaciones pecuniarias. No se incluyen las cuestiones más básicas sobre el régimen de estos intereses (para cuyo conocimiento ha de remitirse el lector a los artículos antedichos), ni tampoco se aclara siquiera que la mora sea el único tipo de retraso indemnizable (previsión que se recoge, nuevamente, en los artículos 1231 y siguientes); al igual que tampoco se realiza mención alguna a los posibles daños causados por la mora en obligaciones no pecuniarias (aunque, en este punto, quizá el régimen general sobre prueba de los daños causados por el incumplimiento del deudor sea suficiente).

Volviendo a la regulación general de la mora, en tercer lugar, el artículo 1344-2 se refiere al traspaso de riesgos diciendo que la puesta en mora del deudor con respecto a la obligación de entrega de una cosa pone los riesgos a cargo del deudor, si no lo estuvieran ya<sup>48</sup>. Lo dispuesto por este artículo excepcionaría, así, la regla contenida en el artículo 1196, que dispone que es el propietario de la cosa (en este caso, el comprador) el que debe soportar el riesgo de su pérdida. Como indica el *Rapport au Président*, el comprador que se convierte en propietario no deberá pagar el precio de la cosa si ésta se pierde estando el deudor en mora y antes de que le sea entregada, a menos que, como indica el artículo 1351-1, pueda demostrar que del mismo modo habría afectado la causa de la pérdida a la cosa estando ésta ya en poder del acreedor<sup>49</sup>, lo cual se corresponde con la regulación de la cuestión en la versión anterior del texto.

Esta misma norma del artículo 1344-2 se especifica al regularse la imposibilidad de ejecución de la obligación en el artículo 1351, que dispone que dicha imposibilidad liberará al deudor siempre que se derive de fuerza mayor y no haya aceptado correr con

---

46 Según Deshayes/Genicon/Laithier, también se admitiría la dispensa de esta carga por vía convencional (2018, p. 598).

47 Para Deshayes/Genicon/Laithier existen dudas sobre si lo que regula el artículo es realmente la cláusula penal o la cláusula “forfaitaire de dommages-intérêts” (2018, pp. 596, 597). En el mismo sentido, Malauire/Aynés/Stoffel-Munck, 2018, p. 578.

48 “La mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà”.

49 2016, p. 89.

el riesgo —en una formulación más en sintonía con las nuevas tendencias— o no se encuentre en situación de mora.

De todo lo dicho hasta el momento, lo que puede extraerse es que la institución de la mora mantiene toda su vigencia en el nuevo Derecho francés de las obligaciones y los contratos, con una reformulación que apenas implica un cambio en la forma en que la misma y sus efectos se estructuran a lo largo del texto, sin que se aprecie una verdadera modificación de su contenido<sup>50</sup>. La mora sigue, así, manteniendo sus dos efectos típicos de traslación de riesgos e indemnización de los daños<sup>51</sup>.

Sin embargo, del análisis de la reforma se extrae que esa *mise en demeure* o puesta en mora adquiere una —*a priori*— nueva función a propósito de la introducción en el sistema de los remedios frente al incumplimiento.

## **3.2. La puesta del deudor en mora como requisito previo al acceso a los remedios**

### **3.2.1. Planteamiento general de la cuestión. La batería de remedios frente al incumplimiento y el requisito de la puesta en mora previa y sus excepciones**

Los remedios frente al incumplimiento se regulan a propósito de los efectos del contrato<sup>52</sup>, en la Sección 5 sobre la inexecución del contrato, que abarca del artículo 1217 (que relaciona la lista de remedios disponibles frente al incumplimiento, en una formulación acogida positivamente por la doctrina<sup>53</sup>), al 1231-7 *Code*. Estos preceptos se refieren, en concreto, a la excepción de inexecución, la ejecución forzosa, la reducción del precio, la resolución y la indemnización de daños y perjuicios.

En lo que aquí nos interesa, y al margen de otras cuestiones, puede observarse que la generalidad de los remedios previstos en el *Code* quedan sujetos —a salvo de otros

---

50 En este sentido, Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2019, pp. 1508, 1509.

51 En el mismo sentido, Julienne, p. 288.

52 Cabe plantearse la adecuación de esta ubicación, puesto que este tipo de previsiones parece que cabrían mejor en la parte de obligaciones, de tal forma que revistieran un carácter de generalidad del que aquí carecen. Arroyo i Amayuelas incide en esta cuestión, señalando que la taxonomía no es del todo ortodoxa, aunque apunta que así se consigue transmitir la idea del contrato como fuente principal de las obligaciones (Arroyo i Amayuelas, 2017, p. 370).

53 En contraste con el enfoque irregular de la redacción anterior del *Code*, este precepto otorga a las consecuencias del incumplimiento un trato sintético y modernizado; aunque no resuelve cuestiones como la posibilidad de excluir algún remedio o de instaurar una jerarquía, sobre la que no se pronuncia el precepto, sin perjuicio de que algunas incompatibilidades se derivarán de la puesta en marcha de los remedios (Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, pp. 534-536).



posibles presupuestos— al requisito común de la previa constitución en mora del deudor<sup>54</sup>. Así se aprecia en los artículos 1221 y 1222 para la ejecución forzosa<sup>55</sup>; en el artículo 1223 para la reducción del precio<sup>56</sup>, salvo cuando ésta se ejercite por vía judicial; en los artículos 1225 y 1226 para la resolución<sup>57</sup>; y, como ya se ha dicho antes, en el artículo 1231 (y siguientes) para la indemnización de daños y perjuicios<sup>58</sup>.

---

54 Arroyo i Amayuelas comenta que, “en general, el ejercicio de cualquier remedio” requiere de esta puesta en mora previa del deudor, describiéndolo, así, como un presupuesto común a los remedios en el nuevo sistema francés (Arroyo i Amayuelas, 2017, pp. 370, 371).

55 Art. 1221: “Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier”.

Art. 1222: “Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.

Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction”.

En la versión anterior del *Code*, los artículos que regulaban esta cuestión (arts. 1143 y 1144) no incluían previsión alguna sobre la necesidad de constituir previamente al deudor en mora. Para Deshayes/Genicon/Laithier es dudoso, a la vista de la redacción del artículo 1221, si la demanda que solicite la ejecución forzosa constituye ya interpelación suficiente o si sería precisa una notificación separada previa a la demanda (en este sentido, veremos que la interposición de demanda no siempre equivale a intimación). Tampoco queda claro, aunque parece que sería lo más lógico, si contractualmente se puede dispensar al acreedor de esta carga (2018, p. 548, nota al pie n.º 372). Respecto al 1222, y a falta de una cláusula relativa a la notificación, los autores consideran que podría sugerirse una distinción entre la constitución en mora con un término fijado, transcurrido el cual podría el acreedor acudir a un tercero, y la constitución en mora sin plazo, en cuyo caso el acreedor debería notificar al deudor su decisión (p. 554).

56 Art. 1223, párrafo primero: “En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit”.

Al igual que en la PMCC, la adopción de este remedio supone generalizar un recurso que sólo se preveía para algunas situaciones concretas en la norma; así, entre otros, en los artículos 1617 y 1623 (compraventa de bien inmueble) o 1722, 1726 y 1765 (arrendamiento). Sin embargo, en ninguno de estos supuestos se disponía la necesidad de mora previa.

Siendo que la efectividad de este remedio no se sujeta a criterios de gravedad, su campo de aplicación es más amplio que el de otros remedios (Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 559).

57 Art. 1225, párrafo segundo: “La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire”.

Art. 1226, párrafos primero y segundo: “Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le

Según se ha dicho, no en todos los casos en los que la mora se requiere ésta se formula de igual modo o se sujeta a idénticas condiciones o efectos<sup>59</sup>.

A salvo quedan la excepción de inejecución (arts. 1219, 1220)<sup>60</sup>, para la que tradicionalmente no se ha requerido comunicación previa alguna por parte del acreedor<sup>61</sup>, así como dos remedios que tienen en común la intervención judicial<sup>62</sup>: la

---

débiteur défailant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat".

58 El principio general lo dispone el art. 1231: "A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable".

En materia de intereses, dispone el primer párrafo del art. 1231-6 que "Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure", debiendo tenerse también en cuenta las matizaciones introducidas por el art. 1231-7.

59 Deshayes, 2019, pp. 29, 30.

60 Art. 1119: Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.

Art. 1220: Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais.

En relación con la comunicación del acreedor prevista por el artículo 1220, la doctrina ha entendido que ésta es distinta de la que constituye al deudor en mora; confirmando que para este remedio no se prevé legalmente la constitución en mora como requisito (Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, pp. 545, 546).

61 Así puede observarse en la jurisprudencia anterior a la reforma, desde la década de los 70 (Fontaine, 2001, p. 1024). Se justifica porque el remedio se presenta como excepción ante la reclamación de ejecución de la contraparte cuando ésta todavía no ha cumplido y, en todo caso, se trata de una medida provisional, de conservación (Libchaber, 2001, p. 133; Deshayes, 2019, p. 29). No obstante, algunos autores han observado que, aunque la puesta en mora del deudor no sea necesaria, seguramente el uso de este mecanismo arrojara una serie de efectos favorables para el acreedor, señaladamente, el establecimiento del hecho del incumplimiento de la contraparte y de la buena fe de quien invoca el remedio (Maurie/Aynès/Stoffel-Munck, 2018, p. 499). En el mismo sentido, Deshayes/Genicon/Laithier, quienes además destacan que esta configuración del remedio puede ser variada por las partes dado su carácter supletorio (2018, pp. 542, 543).

62 Deshayes destaca que estos dos ejemplos tienen en común la intervención del juez, lo cual podría justificar la excepción del requisito; pero, a la vez, puede hacer que nos preguntemos sobre la procedencia del requisito en supuestos en los que también interviene el juez (2019, p. 29).

reducción del precio, cuando ésta es decidida por el juez (art. 1223.2)<sup>63</sup>, y también el remedio resolutorio en su modalidad de ejercicio judicial (art. 1227)<sup>64</sup>. En estos casos, no se requiere puesta en mora previa.

### 3.2.2. Especial consideración de los mecanismos para la resolución del contrato

La interacción entre la mora como requisito previo y el remedio de resolución, en particular, requiere de una explicación un tanto más detallada que la del resto de remedios relacionados en el *Code*, por componer una regulación particularmente novedosa, además, por del interés de su comparación con lo establecido respecto del mismo remedio en otros textos citados.

La configuración de la resolución es, de hecho, uno de los puntos *estrella* de la nueva reforma, por cuanto se pasa de una resolución única y exclusivamente judicial (al menos, sobre el papel del *Code*), a un nuevo modelo en el que, según lo dispuesto por el artículo 1224, se admite también la resolución por notificación del acreedor al deudor, tan en boga en el ámbito internacional<sup>65</sup>; y, además, se dota al remedio de una regulación detallada, en contraste con la parquedad del artículo 1184 de la redacción anterior del *Code*<sup>66</sup>.

En realidad, y como recoge el artículo 1224<sup>67</sup>, a la clásica resolución judicial se suman otros dos escenarios posibles<sup>68</sup>, lo que resulta en un total de tres mecanismos resolutorios.

---

63 “Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix”.

64 “La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice”.

65 Respecto al Derecho francés anterior a la reforma, decía Rochfeld que el hecho de que este modelo resolutorio no se contemplara “coloca al Derecho francés en desventaja” con respecto a las corrientes europeas (2005, p. 41). El *Projet Terré*, por otra parte, incluye en su *rapport de présentation* que este mecanismo viene inspirado directamente por los textos europeos (2008, p. 8). En el mismo sentido, el *Rapport au Président* (2016, p. 54, 55).

66 Bénabent, 2018b, pp. 195, 196.

67 “La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice”.

68 Existe también doctrina que estima que en la previsión del artículo 1218, que habla de la resolución de pleno derecho concurriendo un supuesto de fuerza mayor, se esconde otro tipo distinto de resolución (sehabla de “trois plus une” variedades de resolución) (Maurie/Aynès/Stoffel-Munck, 2018, p. 508). Por otra parte, también se ha planteado la posibilidad de considerar otra variedad distinta: la del “pacto resolutorio”, o resolución amistosa, que sería distinto del mutuo disenso (Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 567).

El primero de ellos es el que se conoce como resolución basada en una condición resolutoria, previsto por el artículo 1225, que es en realidad un mecanismo de gran tradición en la jurisprudencia francesa y ya comúnmente aceptado por la misma al momento de introducirse en el *Code* en virtud de la reforma<sup>69</sup>.

El segundo de ellos, recogido en el artículo 1226<sup>70</sup>, se implementa a partir de la consideración de que el acreedor pueda, *bajo su propio riesgo*<sup>71</sup>, y siempre que el incumplimiento tenga carácter grave<sup>72</sup>, resolver el contrato unilateralmente mediante notificación a la otra parte<sup>73</sup>. Esta segunda opción ha sido considerada, como ya se ha dicho, como la verdadera novedad incorporada por la reforma, si bien lo cierto es que ya

---

69 Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 567, art. 1224.

70 Aunque ya hemos transcrito algún párrafo concreto de este precepto, resulta procedente, por razones de practicidad, consignarlo en su totalidad ahora. Su literalidad dice lo siguiente:

“Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution”.

71 Con anterioridad a la reforma, se dice que el acreedor puede resolver “à ses risques et périls”, esto es, unilateralmente, sin la *garantía* que proporcionada por la intervención del juez, en una expresión tomada directamente de la jurisprudencia y que pasa a la literalidad del art. 1226. Sin embargo, como también dicen Kleinschmidt/Grob, ¿es que la resolución judicial no es también a los “risques et périls” del acreedor? (2015, pp. 687. 689).

72 El requisito de la gravedad en el cumplimiento no se contempla por el propio artículo 1226 sino por el 1224, ya reproducido. Lo que el 1226 dispone, estrictamente, es que el deudor podrá acudir al juez para discutir la procedencia de la resolución en función de la gravedad del incumplimiento, lo que significa que, ante la falta de acción del deudor, un incumplimiento menos grave podría también provocar una resolución que no fuera desautorizada por el juez, por lo que cabe plantearse que la gravedad del incumplimiento sea, verdaderamente, un requisito de la misma.

73 Esto es lo que en la norma (y, anteriormente, también en la doctrina) se ha dado en llamar “résolution par voie de notification”; una fórmula que ha sido criticada, con razón, por poder dar lugar a confusiones con respecto a la resolución por cláusula resolutoria, en la que también debe el acreedor efectuar una notificación al deudor (Pelletier, 2015, p. 788), obviándose el carácter unilateral de la misma que es el que realmente distingue los dos tipos de resolución. La misma autora recogía, en otra obra anterior a la reforma, otros posibles nombres para este tipo de resolución (así, “résolution unilatérale”, “ruptura unilatérale aus risques et périls du créancier”, o “résolution du contrat par dénonciation unilatérale”) (Pelletier, 2010, p. 690).

venía siendo reconocida por la jurisprudencia<sup>74</sup>, aunque sin unos perfiles del todo claros, durante las últimas décadas; en concreto, a partir del conocido como caso —o jurisprudencia— *Tocqueville*<sup>75</sup>, en el que esta posibilidad se reconoce por vez primera, y a partir del cual se desarrolla este mecanismo dirigido, sobre todo, a supuestos de urgencia —o bien, de suficiente gravedad<sup>76</sup>—, en los que no fuera razonable exigir al acreedor el recurso al juez<sup>77</sup>. Si bien el legislador francés, siempre tan precavido frente a posibles excesos modernizadores, mantiene la posibilidad de que el deudor discuta esta resolución en sede judicial, aduciendo la *falta de gravedad suficiente* del incumplimiento (aunque no se determina qué debe entenderse por *suficiente gravedad*<sup>78</sup>).

Como es evidente, la posibilidad de discutir la gravedad del incumplimiento diferencia ampliamente la resolución unilateral del *Code* con la de los textos de modernización, ya que, en contraste con lo que sucede en éstos, el aviso formal previo

---

74 Dice Mazeaud que se trataba ya no de una simple excepción al principio de la resolución judicial, sino de un verdadero principio ya asentado en la jurisprudencia (2010c, pp. 1213, 1214). En el mismo sentido, el *Rapport au Président* (2016, p. 54, 55); Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 573.

75 *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n.º 300, D. 1999, jur. P. 198, note Ch. Jamin, JCP G 1999, II, 10133, note N. Rzepecki, Defrénois 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud). En relación con la influencia de esta jurisprudencia en la práctica, puede verse, por todos, a Genicon, 2007, pp. 389 y ss. (entre otras).

Por otra parte, alguna doctrina ha expresado dudas sobre que la resolución que ahora sanciona el artículo 1226 sea realmente la misma que alojaba la *jurisprudencia Tocqueville*, más “general y flexible” que la que ahora contempla el 1226 (Maurie/Aynès/Stoffel-Munck, 2018, pp. 514, 515).

76 *Vid.* Mazeaud, 2010a, p. 8, con abundante reseña de jurisprudencia de la Corte de Casación francesa.

77 Genicon realiza una sistematización de los supuestos de resolución unilateral —cuya regulación legal defendía con fervencia como necesidad— detectables en la jurisprudencia anterior a la reforma y señala tres causas capaces de motivar una resolución unilateral, a saber, la urgencia (“péril imminent”), la gravedad del comportamiento del deudor o del incumplimiento (habla el autor de “délouyauté grave” —“deslealtad grave”—, por lo que parece tener en cuenta el comportamiento del deudor, otorgando una dimensión sancionadora a la resolución, defendida por el autor), y la irreformabilidad del incumplimiento (“inexécution totale et définitive”). (2007, pp. 156 y ss., 397-400, 418 y ss.).

78 Para Arroyo i Amayuelas, esta falta de precisión (inérita en otras Propuestas y, también, en el *Projet Terré*) favorece la intervención judicial, lo cual entiende que podrá ser particularmente problemático en supuestos en los que el incumplimiento consista en mora o retraso (2018, p. 9). En idéntico sentido, Rowan, 2017, pp. 334, 335. De otro lado, la regulación de esta cuestión en los distintos textos de modernización, en contraste, tampoco es excesivamente clara (Arroyo i Amayuelas, 2019, pp. 199-202), y la regulación francesa se considera más comprensible que los vacilantes criterios jurisprudenciales empleados con anterioridad a la reforma (Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2019, p. 866).

no se prevé para los casos en los que el incumplimiento no revista la suficiente gravedad. En su lugar, la notificación deberá darse en todo caso, sea o no grave el incumplimiento, con el añadido de que el remedio resolutorio no prosperará cuando el incumplimiento no sea lo suficientemente grave, con independencia de que se haya constituido al deudor en mora.

Como es de imaginar, esta configuración ha dado pie a ciertas críticas doctrinales, tanto por el hecho de que el transcurso de un plazo adicional no sea suficiente para conferir la necesaria gravedad al incumplimiento<sup>79</sup>, como por el hecho de que se permita la revisión judicial de este requisito<sup>80</sup>, que, a su vez, abre la puerta a una serie de cuestiones irresueltas por la norma: por ejemplo, la reanudación del contrato en los supuestos en los que el juez declare la resolución mal hecha, y los problemas que de ella se derivarían<sup>81</sup>.

Este sistema también ha recibido halagos, por entender que permite una mayor flexibilidad y que los intereses de ambas partes de la obligación quedan equilibrados<sup>82</sup>, así como opiniones intermedias<sup>83</sup>.

---

79 Muy expresivamente, dicen Deshayes/Genicon/Laithier que “uno podría haber imaginado, para asegurar la decisión del acreedor, que desde el momento en el que el deudor tiene un período adicional de duración razonable, se presume que el incumplimiento persistente es de suficiente seriedad (...). Pero el texto no lo contempla: el retraso en la ejecución no confiere *ipso facto* al incumplimiento el grado de gravedad que podría faltar al principio” (la traducción es nuestra) (2018, pp. 575, 576).

80 Puede verse, entre otros, a Arroyo i Amayuelas, para quien esta determinación hace que el mecanismo de la resolución unilateral se convierta en algo meramente provisional y, por tanto, poco atractivo para el acreedor (2019, pp. 196-199). Bénabent comenta, de manera expresiva, que el acreedor se encuentra *bajo la espada de Damocles* al estar sujeto a un posible recurso al juez por parte del deudor, resultando además que la carga de la prueba le sigue correspondiendo (2018b, p. 197).

81 *Vid.* Bénabent, que habla de una “resolución inversa” (2018b, p. 197); o Terré/Simler/Lequette/Chénéde, que limitan su crítica al hecho de que el artículo no puntualice los efectos de la revisión judicial de la resolución mal hecha, entendiendo que el derecho del deudor podría basarse en el artículo 1228 (2019, p. 868, 869). Sobre la reanudación del contrato, pero esta vez en el caso de cláusula resolutoria, así como sobre la posibilidad de ser condenado por los daños causados al deudor por una resolución indebida *vid.* Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, pp. 572, 574. En relación con este último aspecto, hablando de “wrongful termination”, Rowan, 2017, p. 323).

82 *Vid. Rapport au Président*, que hace hincapié en la eficacia económica de la solución (2016, pp. 54, 55); también Cabrillac, quien destaca que la configuración adoptada supone una solución de compromiso que permite una mejor adaptación del Derecho francés a las nuevas necesidades sociales (2016, p. 63).

83 *Vid.* Deshayes/Genicon/Laithier, para quienes la posibilidad de acudir al juez matiza las ventajas obtenidas por la resolución unilateral, pero no elimina su interés (2018, p. 577); o a los autores que entienden que, una vez adoptada la resolución unilateral, el control judicial *a posteriori* es el

Al margen de esto, lo que para nosotros es relevante es que estos dos instrumentos resolutorios se condicionan con la carga, para el acreedor, de constituir en mora al deudor de manera previa a su puesta en marcha.

En el caso de la resolución por cláusula resolutoria, la cual se activará —al igual que la unilateral por notificación— a iniciativa del acreedor<sup>84</sup>, aunque tenga un origen negocial y, por ello, consensual, se ha dispuesto que éste debe invocar específicamente la cláusula resolutoria en la notificación previa, con el fin de dar a conocer al deudor que se enfrenta al riesgo de la resolución del contrato<sup>85</sup>. Esta disposición tiene una excepción, consistente en que las partes podrán prever que la resolución resulte del solo hecho del incumplimiento, sin necesidad de la puesta en mora previa<sup>86</sup>.

En el caso de la notificación unilateral, por otra parte, el mecanismo se ha de llevar a cabo a través no de una, sino de dos notificaciones<sup>87</sup>: la primera de ellas es una constitución en mora del deudor, en la que el acreedor debe, de nuevo, fijar un plazo último para el cumplimiento en el que se advierta de la futura resolución en caso de que

---

mejor mecanismo capaz de evitar abusos (Terré/Simler/ Lequette/Chénéde, 2019, p. 864; Bros, 2012, pp. 1452, 1453) o, también, de salvaguardar los principios básicos de la tradición francesa (Mazeaud, 2010b, pp. 1076-1084).

- 84 La idea que subyace a la configuración de la resolución con cláusula resolutoria es que ésta no se aplica automáticamente, sino que el acreedor ha de llevar a cabo una serie de actos para su puesta en marcha (Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 571), habiéndose destacado que el deudor no podrá beneficiarse de su propia inejecución para dar lugar a la resolución de la obligación (Maurie/Aynès/Stoffel-Munck, 2018, p. 509).
- 85 Considera la doctrina que en el mismo acto podrá el acreedor indicar que la obligación se considerará resuelta de no darse el cumplimiento (Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 572). Ahora bien, de faltar esta mención, el acto de constitución en mora devendrá ineficaz de cara a la resolución del contrato (Dellacasa, 2018 p. 227).
- 86 Según el *Rapport au Président*, este precepto tiene carácter supletorio, por lo que el requisito de la puesta en mora previa sería obligatorio sólo si las partes no hubieran acordado que la cláusula resolutoria actuaría únicamente por incumplimiento (2016, p. 54). La doctrina anterior a la reforma ya consideraba la posibilidad de dispensar convencionalmente al acreedor de esta carga (Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2013, pp. 717, 718), que supondría la configuración mediante pacto de una cláusula resolutoria que prevea la resolución de pleno derecho y sin previa constitución en mora del deudor (Maurie/Aynès/Stoffel-Munck, 2018, p. 510). Ahora bien, para Deshayes/Genicon/Laithier, esta posibilidad no implica que la cláusula sea automática en estos casos, por lo que el acreedor deberá manifestar su deseo de resolver la obligación (2018, p. 572). Entendemos que, en este caso, bastaría con una simple notificación al deudor; pero, si esto fuera así, parece que esta previsión no ahorraría excesivas molestias al acreedor y, además, resultaría bastante superflua.
- 87 Deshayes/Genicon/Laithier opinan que en la primera de ellas (la que constituye al deudor en mora) podrá incluirse ya la notificación de la resolución para el caso de que el deudor no ejecute la obligación en plazo (2018, p. 576, nota al pie n.º 463). La letra de la ley no lo deja claro; la admisión o no de esta posibilidad deberá ser resuelta, en su caso, por la jurisprudencia.

no se dé dicho cumplimiento. De esta puesta en mora podrá prescindir el acreedor, según el artículo 1226, por razones de urgencia, manteniendo así el criterio que dio origen, precisamente, a la resolución unilateral. No se dice nada, por otra parte, de la posibilidad de excluir este requisito por vía convencional, aunque para la doctrina la posibilidad es dudosa, cuando menos, por suponer una medida de protección de las partes en un mecanismo de resolución más impreciso que el de la cláusula resolutoria<sup>88</sup>.

Transcurrido infructuosamente el plazo concedido al deudor para el cumplimiento moroso, el acreedor deberá efectuar una nueva notificación al deudor en la que le indicará que da el contrato por terminado, exponiendo además en dicha notificación las razones para ello<sup>89</sup> —en un alarde de protección de los intereses del deudor por parte del legislador que no se encuentra en los textos modernizadores<sup>90</sup>—.

De faltar esta motivación, la notificación se entiende como no realizada y el contrato se mantiene<sup>91</sup>. No se especifica si en este caso tendría el acreedor que otorgar nuevo plazo, si el plazo se consideraría no interrumpido —con el consiguiente devengo de intereses ininterrumpido—, o si tendría que volver a iniciar de nuevo el procedimiento resolutorio unilateral, constituyendo al deudor de nuevo en mora (y presuponemos que acumulando los efectos de ésta a los que ya se hubieran producido, aunque no es posible saberlo con seguridad).

Tampoco se especifica en la norma qué sucede si, transcurrido el plazo fijado, el acreedor no realiza la segunda notificación; al igual que tampoco se establece la posible pérdida del derecho a resolver del acreedor por comunicación excesivamente tardía del deseo de resolver, como sí se contempla en la mayoría de los textos de modernización, sin duda en pos de la seguridad jurídica (sobre todo, para el deudor, que lógicamente tendrá interés en saber si el acreedor sigue o no interesado en el cumplimiento, especialmente si está realizando algún esfuerzo por cumplir, o si puede llegar a entender

---

88 Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, 2018, pp. 514, 515; Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2019, p. 867. Para Deshayes/Genicon/Laithier, la única comunicación que no podrá excluirse convencionalmente con seguridad será la resolutoria, por ser la esencia del mecanismo (2018, p. 578).

89 Según Deshayes/Genicon/Laithier, también se podría prescindir de la motivación en casos de urgencia (2018, p. 576, nota al pie n.º 465).

90 Esta previsión, además de ir en sintonía con la tónica general de la reforma, ha sido acogida con agrado por la doctrina, por considerar que facilita la posterior contestación del deudor en sede judicial y la propia valoración del juez sobre la corrección de la resolución (Dellacasa, 2018, p. 214; Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2019, p. 867; Pelletier, 2015, p. 789). Por otra parte, alguna doctrina apunta a esta tendencia en la jurisprudencia anterior a la reforma (Mazeaud, 2010c, p. 1214).

91 Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 576.



que la inactividad del acreedor supone concesión táctica de plazo adicional para cumplir). Alguna doctrina ha entendido que, no especificándolo el *Code*, el acreedor no se ve perjudicado por su tardanza en actuar<sup>92</sup>; lo que parece criticable.

El objetivo de la constitución en mora que se sitúa como requisito previo a estos dos mecanismos resolutorios —y, también, a la generalidad de los remedios, aunque la sanción no sea tan extrema como en el caso de la resolución— es, claramente, otorgar al deudor una última oportunidad para cumplir con su obligación<sup>93</sup>, haciéndole saber que, de no verificarse el cumplimiento en el plazo señalado al efecto, sobrevendrá la resolución de la obligación. Este mecanismo incentivaría el cumplimiento de las obligaciones<sup>94</sup>, y ha sido interpretado también como una muestra de la reticencia del legislador francés a la unilateralidad que se introduce con este mecanismo resolutorio<sup>95</sup>.

Esta idea engarza bien con el hecho de que la resolución judicial no se sujete a la puesta en mora previa del deudor por parte del acreedor<sup>96</sup>, porque, en ella, el acreedor soporta ya la carga de interponer una demanda de resolución<sup>97</sup>, que a este respecto haría la función de constitución en mora del deudor, incluso aunque no se exija el cumplimiento<sup>98</sup>, toda vez que en Derecho francés se considera que el deudor puede

---

92 Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 576. No está claro si en un supuesto de este tipo podría el deudor, a quien la ley parece que no confiere iniciativa más que para oponerse a la resolución, acudir al juez para que declarara resuelta la relación obligatoria, cabe entender que después de la notificación. Para estos autores, el artículo 1226 parece permitir contestar la resolución mal hecha desde la constitución en mora, cuando no hay todavía resolución, técnicamente, ni tan siquiera incumplimiento definitivo, pues el deudor todavía estaría en situación de cumplir; aunque sí podría apreciarse la concurrencia o no de gravedad en el incumplimiento. Habría sido aconsejable regular este punto de manera más precisa.

93 Rainville dice que esta mora incluye un “mecanismo a dos tiempos” que otorga un segundo plazo para cumplir, finalizado el plazo general de cumplimiento de la obligación (2012, p. 599).

94 En este sentido, Cartwright, 2015, p. 698; Pizarro Wilson, 2015, p. 709; Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 535. Terré/Simler/Lequette/Chénéde lo relacionan, además, con la buena fe (2019, p. 1509).

95 En este sentido, Kleinschmidt/Grob, que además consideran que la reforma es reacia a sus propias innovaciones (2015, pp. 687, 688).

96 En el mismo sentido, Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2019, p. 875 .

97 Con anterioridad a la reforma, la necesidad de constituir al deudor en mora en los supuestos de resolución basada en cláusula resolutoria se ha relacionado con el hecho de que la demanda judicial desaparece en dicho procedimiento (Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2013, p. 717).

98 La doctrina francesa se ha planteado si la demanda judicial puede ser equivalente al acto por el que se constituye en mora al deudor. A este respecto, se ha dicho que en ocasiones así será; por ejemplo, cuando las consecuencias de la inejecución sean objeto de la apreciación del juez, como, se ha dicho (con anterioridad a la reforma), la demanda de resolución, ya que en estos casos los requisitos de forma pueden relajarse y ser menos estrictos (Libchaber, 2001, p. 132; Pelletier, 2010, p. 691).

cumplir la obligación incluso una vez interpuesta la demanda resolutoria<sup>99</sup>. Por tanto, el deudor seguiría teniendo un *último plazo* de cumplimiento otorgado a resultas de una actuación del acreedor.

Teniendo todo esto presente, no nos deja de extrañar que, si bien el artículo 1226 dispone expresamente que el acreedor debe marcar un plazo de tiempo razonable para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, el artículo 1225, dedicado a la resolución mediante cláusula resolutoria, no incluya previsión análoga. Puede resultar sorprendente, si se tiene en cuenta que el objetivo primordial de esta constitución en mora previa a la aplicación de los remedios es, además de poner al deudor sobre aviso del peligro inminente de los mismos, darle una última oportunidad de cumplimiento. Esto es lo que ha hecho, precisamente, que la doctrina haya estimado que también en el caso del 1225 deba otorgarse —e incluso imponerse— expresamente el plazo al deudor, planteándose incluso si el defecto de previsión podría justificar que fuera el deudor quien solicitara un plazo adicional de cumplimiento no ya al acreedor, sino al juez<sup>100</sup>.

De esta idea sobre la función de la mora en estos supuestos se desprende, a su vez, la consideración doctrinal que estima que la constitución en mora del deudor no será necesaria en los casos en que el cumplimiento ya no sea posible; algo que se deriva de la propia lógica, pero que la letra de la ley no deja claro, visto que el artículo 1226 sólo exime al acreedor de la obligatoria constitución en mora del deudor previa a la resolución en caso de urgencia (“Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable”)<sup>101</sup>.

A la postre, y al margen de estas cuestiones que quedarán al ámbito de la práctica, parece que en el Derecho francés se consolida la mora del deudor como requisito de los remedios frente al incumplimiento, otorgándole, tal vez, una función un tanto distinta a la que originalmente ha tenido, aunque se tratara de una tendencia que ya podía detectarse, como tantas otras, en la práctica anterior a la reforma.

---

99 Malauire/Aynès/Stoffel-Munck, 2018, pp. 516, 517.

100 En este sentido, y con fundamento en la función de la mora, Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 572. Esta posibilidad podría considerarse contraria al unilateralismo que baña los nuevos modelos resolutorios del *Code*, si bien no se ha de olvidar que incluso la resolución mediante notificación se sujeta, en última instancia, a un posible recurso al juez por parte del deudor (cosa que también late en el artículo 1227, cuando se dice que la resolución siempre podrá ser pedida en sede judicial). En última instancia, la respuesta puede buscarse en lo dispuesto por el artículo 1228, cuando dice que, entre otras potestades, podrá el juez conceder un plazo adicional de cumplimiento al deudor, si bien el artículo no delimita a iniciativa de qué parte contractual, siendo que respecto del acreedor no hay dudas.

101 Pizarro Wilson, 2015, p. 709; Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 9 (aunque admite, en otra obra, que no hay certeza sobre esta cuestión (2017, p. 383)); Dellacasa, 2018, p. 212;; Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 575.

Y esta nueva función, por otra parte, puede llegar a plantear algunas cuestiones.

### 3.2.3. Algunas cuestiones que plantea la mora entendida como requisito previo a los remedios

#### A. La *nueva función* de la mora del deudor en el *Code*

Como decimos, ahora la *mise en demeure* se coloca en el *Code* como requisito legal del acceso a los remedios frente al incumplimiento, lo cual parece revelar una nueva función de esta figura en la norma, que ya se había advertido en la práctica de los Tribunales franceses con anterioridad a 2016.

Si esto es así, puede considerarse que la *mise en demeure* toma dos funciones diferenciadas en el nuevo *Code*. Por una parte, se aprecia la constitución en mora clásica, la que sirve para evidenciar el retraso-incumplimiento y otorgarle efectos jurídicos (los efectos típicamente asociados a la mora). Esto es lo que la doctrina que ha tratado el tema ha denominado “*interpellation destinée a constituer le débiteur en retard*”, o “*interpellation-constatation solennelle du retard*”<sup>102</sup>.

Como ha dicho la propia doctrina francesa, fijar la constitución en mora como requisito previo de acceso al juez puede hacerse, pero no hay razón que obligue a hacerlo; si bien ésta otorgará beneficios al acreedor, como lo son, desde luego, el devengo de los intereses propios de la mora desde el momento de la interpelación<sup>103</sup>, o la posibilidad de disponer de un medio de prueba relativo a la buena fe del acreedor, o al pertinaz retraso del deudor (de cara a la resolución).

Sin embargo, por otra parte aparece la *mora* que no nos dice la doctrina si se dirige también a la misma finalidad que la primera, pero que sin duda incorpora un nuevo objetivo: el de otorgar un plazo adicional de cumplimiento, un último plazo, al deudor. La doctrina lo ha llamado “*interpellation-offre de la dernière chance*”<sup>104</sup>, y se relaciona con una cortesía contractual, positiva, en principio, para ambas partes de la relación, y que desde luego pone el foco sobre el cumplimiento específico de la obligación<sup>105</sup>.

---

102 Deshayes, 2019, pp. 30 y ss. También con referencia a las dos funciones o modalidades de mora del deudor, con algunos matices diferentes (en función de si va dirigida al cumplimiento o al incumplimiento, y a si existe o no intervención judicial), Libchaber (2001, pp. 124 y ss.).

103 *Vid.* Deshayes, 2019, pp. 30, 31.

104 Deshayes, 2019, pp. 31 y ss.

105 Para Deshayes, vuelve a hacer que la ejecución del contrato, aún tardía, sea el modo ordinario de resolución de la situación traída por el incumplimiento (*ibíd.*, p. 31).

En este punto, hay un evidente cambio de modelo, que, según algunos autores franceses han reconocido, debe cierta influencia al Derecho extranjero, y, en particular, al alemán *nachfrist*, posteriormente irradiado a otros Derechos continentales<sup>106</sup>. Pero también se ha defendido que la idea de que algunas consecuencias del incumplimiento debían ir precedidas por una *mora* que otorgara un plazo adicional de cumplimiento podía encontrarse ya en la visión de Pothier, para quien se debía dar una última oportunidad para cumplir al deudor, y así evitar la condena por daños derivada del incumplimiento (aunque pudiera darse la condena por el retraso). De Pothier pasaría al artículo 1146 —que en la redacción anterior del *Code* era el único artículo que requería una mora previa a una de las consecuencias del incumplimiento—, y de ahí, por obra de la jurisprudencia, a otros supuestos que en la práctica se sujetarían al mismo requisito, bajo la idea de que se había de promocionar el cumplimiento específico de la obligación, otorgando, entonces, de manera general, una oportunidad adicional al deudor para poder llevarlo a cabo<sup>107</sup>. Por ello, la idea no sería desconocida para el *Code* de 1804.

En contraste, el mecanismo se generaliza en el nuevo *Code* como presupuesto para la mayor parte de los remedios frente al incumplimiento<sup>108</sup>, pasando a nombrarse en seis ocasiones en los artículos 1221 y siguientes; lo cual se justifica bien por la creación de nuevas *sanciones*, bien por el cambio en la configuración en algunas de las ya conocidas, a propósito, sobre todo, de la pérdida de relevancia del juez y a la mayor autonomía de las partes en este ámbito<sup>109</sup>.

Además de la clara diferencia cuantitativa, ha de considerarse que el antiguo artículo 1146 no se contextualizaba como una sanción o remedio más, sino que únicamente se presentaba como una de las consecuencias del incumplimiento. En este contexto, la relación con la mora tenía que ver, básicamente, con el hecho de que los daños a los que se refiere sólo pudieran deberse mediando dicha mora. Aún más, en

---

106 Deshayes, con cita de Pascal Ancel, indica que el Derecho extranjero ha influenciado al Derecho francés, por lo menos, en el modo en que hoy se piensa la *mise en demeure* en Francia (2019, p. 31).

107 Deshayes, 2019, pp. 34, 35. En un sentido que puede ser contrario, López López indica que no es posible detectar en la tradición romano-francesa una figura asimilable al *nachfrist* (1998b, p. 426).

108 En relación con la idea —extendida desde la promulgación de la reforma— de que la mora ha sido en Derecho francés un “préalable” natural a las sanciones por incumplimiento, dice Deshayes que, si bien no es del todo incorrecta, debe matizarse, por cuanto los amplios poderes que ha ostentado tradicionalmente el juez han implicado que fuera éste quien en muchas ocasiones decidiera sobre la posibilidad de otorgar plazo adicional, supuestos en los que esta mora no sería necesaria (Deshayes, 2019, p. 35; también, Genicon, 2007, p. 418).

109 Deshayes, 2019, p. 36.

dicho artículo no se requería al acreedor, además de la efectiva puesta en mora del deudor, la concesión a éste de un plazo; cosa que sí se requiere, en general, tras la reforma.

Por ello, y con independencia de que la idea original de Pothier pueda o no identificarse con algunos de los presupuestos de la mora que ahora se incluye como requisito para la puesta en marcha de los remedios, creemos que puede cuestionarse con bastante fundamento que el artículo 1146 *Code Napoléon* sea un ejemplo de este preciso tipo de *mora*, que incluso podríamos plantearnos si es tal cosa<sup>110</sup>.

Sea como fuere, es indudable que esta función de la *mise en demeure* es la que se acoge tanto en la jurisprudencia anterior al *Code*, como en la nueva versión de éste; y a la luz de la misma pueden analizarse algunos de los puntos problemáticos que su configuración como requisito previo a los remedios presenta.

## **B. Lagunas y defectos en la delimitación de la constitución en mora como requisito de acceso a los remedios**

Como se ha dicho, además de los precedentes extranjeros cuya influencia ha sido admitida por la propia doctrina francesa, la jurisprudencia ya exigía, en algunos casos, la constitución en mora previa al ejercicio de ciertos remedios. Sin embargo, al tratarse de una construcción jurisprudencial, es complicado delimitar de manera precisa sus condiciones de aplicación, por lo que cabría esperar que el nuevo *Code* despejara posibles dudas o, desde luego, no creara dudas nuevas.

Sin embargo, si acudimos a la regulación concreta de la puesta en mora previa a los remedios, se advertirá que existen una serie de puntos concretos que revelan la falta de previsión del legislador francés, existiendo, incluso, quien ya reclama una reforma al respecto<sup>111</sup>. A continuación se ofrece una sistematización de algunos de los aspectos problemáticos detectados en la configuración de esta *mise en demeure* tan particular.

### **a) Los criterios que determinan la sujeción al requisito en función del remedio**

En primer lugar, se ha puesto en cuestión el criterio que determina la aplicación de este requisito a unos remedios sí, y a otros no, partiendo de que debería ir dirigido tanto a incentivar el cumplimiento específico, como a otorgar mayores garantías al deudor frente al ejercicio unilateral de algunos remedios (en los que, por tanto, la intervención

---

110 *Vid. infra* Cap. VI, apartados I.1.4 y II.2.1.

111 Deshayes, 2019, p. 37.

judicial es nula o queda relegada al control *a posteriori*), a modo de contrapeso, precisamente, de esta unilateralidad<sup>112</sup>.

En este sentido, se ha criticado que se sujete al requisito de la previa mora con concesión de plazo el recurso a remedios como el cumplimiento específico (dirigido, precisamente, a obtener el cumplimiento, y con concurso del juez) o indemnizatorio (por cuanto no *perturba* la relación —no comporta, por sí mismo, la ruptura del vínculo relacional— y requiere también, de ordinario, el recurso al juez); mientras que, al mismo tiempo, la resolución judicial puede darse sin necesidad de observar la previa mora, siendo un remedio que tiene en común con los otros la participación del juez y que, además, sí da lugar a la ruptura del vínculo; o, igualmente, la reducción del precio por el juez, que también es un remedio eminentemente judicial<sup>113</sup>.

Si, partiendo del fundamento del requisito, se distingue entre los remedios unilaterales y aquellos que no lo son, una primera conclusión más o menos sencilla de extraer es que la mora deberá darse de manera previa a todos los remedios que reciban la categorización de unilaterales. Así se hace en los remedios de resolución por notificación, resolución por cláusula resolutoria, y reducción del precio (cuando no se solicita en vía judicial).

Teniendo en cuenta que en estos remedios los poderes del juez se ven limitados, la justificación del requisito presenta pocos problemas<sup>114</sup>. Podríamos plantearnos por qué sólo en el artículo 1225 *Code*, regulador de la resolución por cláusula resolutoria, se permite a las partes dispensar al acreedor de esta carga<sup>115</sup>, la cual podría asociarse con la

---

112 Desde otro punto de vista, indicaban Terré/Simler/Lequette/Chénéde con anterioridad a la reforma que sólo los supuestos en los que la gravedad, el perjuicio irreparable que va a sufrir alguna de las partes, o el incumplimiento grave por alguna de ellas aconsejaban la resolución sin previa constitución en mora, entendiéndose que no tendría sentido sancionar a la parte que procede a la resolución en un caso en el que también el juez habría resuelto la obligación (2013, p. 711-713). Sin embargo, fuera de estos casos han entendido que, aunque la exigencia no se formule de manera general en ningún texto, ni antes ni después de la reforma, la puesta en mora debería darse de manera previa en cualquier materia, para todos los tipos de obligaciones, y para cualquier sanción, puesto que antes de cualquier medida de restricción debe darse al deudor la oportunidad de cumplir (2013, p. 1130; 2019, pp. 1509, 1582).

113 Deshayes, 2019, pp. 29, 36.

114 Deshayes indica que no existen dudas a este respecto: la puesta en mora y concesión de plazo previas son necesarias, especialmente considerando que el juez tiene poderes nulos o sólo *a posteriori* en este tipo de remedios, por lo que ya no podrá conceder un plazo adicional de cumplimiento al deudor: es el acreedor quien deberá concederlo (2019, p. 36). Se ha de recordar que en el *Code* este requisito es de obligado cumplimiento para todos los remedios para los que la Ley lo marque; no estamos, como sucede en la generalidad de textos modernizadores, ante un mecanismo que *puede* utilizarse en algunos casos (principalmente, la resolución), como alternativa al incumplimiento esencial.

115 Deshayes se plantea, con acierto, la justificación para estas diferencias, que no se desprende de

tradición jurídica, y con su relación con el pacto comisorio. Se mantendría la discusión sobre si esta facultad no sería extensible a otros supuestos, como ya se ha reseñado.

Por otro lado, los remedios que requieren o pueden requerir el concurso del juez y, a la vez, la constitución en mora previa, sí pueden ser más problemáticos. Así, como se ha indicado antes, los dirigidos al cumplimiento forzoso y a la indemnización (ésta última se analizará separadamente, por requerir de un tratamiento diferenciado)

En relación con el remedio de cumplimiento, además de la señalada falta de sentido de someterlo al requisito discutido y hacer esperar al acreedor que lo que desea es, precisamente, el cumplimiento de la obligación, debe valorarse también que la demanda no modifica la situación del deudor, y que, según el Derecho francés, éste puede seguir cumpliendo una vez interpuesta<sup>116</sup>.

Sin embargo, también puede alegarse que la previa puesta en mora puede evitar el procedimiento judicial, al reclamarse el cumplimiento, y reducir los costes para las partes<sup>117</sup>; al tiempo que no puede perderse de vista que los daños por retraso todavía necesitarían de la previa puesta en mora del deudor para su apreciación<sup>118</sup>.

Por último, si atendemos a los remedios de carácter judicial que no observan este requisito (la resolución judicial y la reducción del precio en vía judicial), nos parece que las atribuciones del juez justifican su exclusión, por cuanto éste podría fijar un plazo adicional de cumplimiento si ello fuera preciso; además de que el deudor puede seguir, cumpliendo aun iniciado el procedimiento judicial, y, por otro lado, la demanda de resolución es eficaz como constitución en mora, por lo que a partir de este momento también se constataría la eficacia del retraso a estos efectos<sup>119</sup>.

Ahora bien, se ha de tener en cuenta que constituir en mora a través de la demanda excluiría el cobro de cualquier daño o interés devengado con anterioridad al momento de su interposición, por lo que el acreedor podría preferir constituir en mora al deudor, aunque ello no sea obligatorio de cara a los remedios eminentemente judiciales. No obstante, ello no impediría la efectividad del remedio ni en cuanto a su puesta en marcha ni, tampoco, en cuanto a su propio efecto indemnizatorio, que se concreta en la

---

manera evidente del texto (*ibíd.*).

116 *Ibíd.*, pp. 32, 33.

117 *Vid.* Deshayes, quien no obstante cree que este requisito, asociado al cumplimiento, es incomprensible desde el punto de vista lógico (*ibíd.*, pp. 32, 33, 36).

118 En el mismo sentido, Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2019, p. 1514).

119 Así lo entiende también Deshayes, 2019, p. 34.

indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento definitivo, que no viene sujeta a mora, y sobre la que más adelante hablaremos.

## **b) La delimitación del requisito de constitución en mora previa a los remedios**

En relación con la delimitación exacta del requisito en los distintos remedios en los que se aplica, se ha preguntado la doctrina la razón por la cual en algunos casos se alude simplemente a la constitución en mora, mientras que en otras se habla también de la concesión de plazo: así, mientras el art. 1226 sobre resolución por notificación dispone expresamente que la interpelación deberá fijar un plazo al deudor para el cumplimiento, de nuevo el art. 1225 *Code* contempla lo que podría ser una especialidad al respecto, prescindiendo de esa puntualización. Aunque se ha entendido que la previsión del artículo 1226 debía extenderse también al 1225, queda la duda sobre si el supuesto del artículo 1225 se ha querido presentar como una especialidad, o si se trata tan sólo de una inconsistencia del legislador.

Por otra parte, pensando en la caracterización de la mora, es destacable el que no se haya establecido nada en torno la relación entre la mora automática y las previsiones que disponen la necesidad una mora previa a los remedios. Es decir, si, de encontrarnos ante un supuesto de mora automática se podría prescindir, o no, de dicho requerimiento previo a los remedios. Y es que, si el deudor ya se encuentra en situación de mora (automática), ¿tiene sentido exigir al acreedor que de nuevo intime al deudor?

A esta cuestión se ha referido particularmente algún autor, indicando que probablemente sea más coherente entender que la notificación debe darse en todo caso, sin eximir al acreedor del deber de efectuarla<sup>120</sup>. Aunque esto es lo más acorde al espíritu de la norma que impone la previa constitución en mora del deudor, ¿puede el deudor estar incurso en mora *por partida doble*? ¿O tal vez es capaz este planteamiento de desvirtuar la naturaleza de esa comunicación, de esa *mise en demeure* como un verdadero supuesto de mora al uso? Como hemos apuntado ya, y aunque el *Code* habla de *mise en demeure*, la función que de esta *mora* se desprende se aleja considerablemente de la tradicionalmente atribuida a la mora del deudor.

Por último, tampoco se precisan distintos aspectos de la interacción de esta mora con los propios remedios frente al incumplimiento. Así, sabemos que funciona como un requisito previo a los mismos, pero desconocemos si, por ejemplo, es posible poner en marcha, particularmente, los remedios no sujetos a la propia mora (la excepción de inejecución y la indemnización por incumplimiento definitivo) mientras dura el plazo que se concede al deudor a través de dicha comunicación; algo que en relación al

---

120 En este sentido, Julienne, 2017, pp. 287 y 288; Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, pp. 846, 847.



*nachfrist* —con el que, como hemos dicho, comparte un buen número de caracteres en su funcionamiento— sí se regula en los textos de modernización.

### **c) Las consecuencias de la falta de concurrencia del requisito**

La doctrina que ha estudiado la cuestión con detenimiento ha destacado también que los efectos de la falta de cumplimiento de este requisito no están bien delimitados, de tal suerte que, mientras en algunos casos pueden éstos quedar perfectamente identificados e, incluso, justificados (por ejemplo, para el caso de la resolución unilateral parece evidente que ésta no podría prosperar faltando este requisito), para otros no puede decirse lo mismo: puede tomarse el ejemplo del cumplimiento forzoso, que conlleva la apertura de un procedimiento judicial, respecto al que no es posible saber si éste debería detenerse por falta del mencionado requisito, o incluso si, una vez detenido, luego podría reanudarse, o si debería volver a iniciarse<sup>121</sup>. Lo mismo se ha planteado con respecto a la indemnización de daños de carácter compensatorio, como veremos.

### **d) Las cuestiones que plantea el requisito de la mora previa en el caso del remedio indemnizatorio**

Como hemos apuntado con anterioridad, el desarrollo de la mora previa como requisito en el caso del remedio indemnizatorio da lugar a una serie de problemas que aconsejan un tratamiento individualizado.

Cuando hablamos de daños, es aconsejable distinguir según el tipo de daño, porque la norma sujeta a criterios distintos las distintas modalidades de daños que contempla, y respecto de cada una de ellas pueden surgir problemas o pueden hacerse precisiones diferentes. Así, lo primero que hace la Subsección dedicada a esta cuestión en el *Code* es diferenciar, en su artículo 1231, entre los daños que resultan del incumplimiento definitivo y aquéllos que no son producto de esta situación, para determinar que, salvo en el primer caso, la apreciación de los mismos dependerá de que el acreedor hubiera constituido en mora al deudor, otorgándole asimismo un plazo. Por tanto, sólo los daños por inejecución definitiva podrán prescindir de esta mora.

#### ***i) Los daños que precisan de mora en todo caso: los daños por retraso***

Comenzando por los que sí necesitan de constitución en mora y plazo, es de gran importancia resaltar algo en lo que pocos autores han reparado. Y es que, si hablamos de daños puramente moratorios, el artículo parece expresar un principio radicalmente opuesto a lo que tradicionalmente se ha entendido en Derecho francés: que los daños por retraso no se deberán desde que la mora se verifica<sup>122</sup>, sino *una vez transcurra ese*

---

121 Deshayes, 2019, pp. 29, 30.

122 O, como mucho, después de un brevísimo lapso de tiempo, que suele identificarse con el necesario para disponer u organizar el cumplimiento (Deshayes, 2019, p. 31).

*plazo razonable que se otorga al deudor*. Como indica la doctrina que sí ha puesto de manifiesto esta cuestión, esta disposición va mucho más allá de lo que preveía el artículo 1146 del antiguo *Code*, al añadir la previsión del plazo sin ningún tipo de reserva. Este resultado supondría un daño injusto para el acreedor que habría de obligar a los Tribunales, ante una previsión del legislador que ha aplicado las mismas soluciones a todos los remedios, sin preocuparse por individualizarlas según sus características, a disponer que el *plazo razonable*, en este caso, es cercano a cero<sup>123</sup>. No parece, por lo demás, que este efecto parezca calculado o previsto por el legislador.

Además, se aprecia una incoherencia del *Code* en este punto al observar que las obligaciones dinerarias no estarían sujetas en ningún caso al mencionado plazo razonable, ya que el artículo 1231-6 *Code* dispone que “Los daños e intereses debidos a razón del pago de una obligación pecuniaria consisten en el interés legal, a contar desde la puesta en mora”<sup>124</sup>, sin mayores aditivos. Puede considerarse que los intereses se devengan desde el momento mismo en que el deudor queda intimado.

Atendiendo a este artículo, se hace todavía más patente que la previsión en torno a las obligaciones no pecuniarias debe de haber sido un olvido del legislador, puesto que no existe ni justificación aparente para establecer tamaño trato diferenciado, ni precedente alguno en la redacción anterior del *Code* (véase el artículo 1146) o en la jurisprudencia.

Por terminar con los daños propios de la mora, debe recordarse que su indemnización requerirá, en todo caso, de una constitución en mora<sup>125</sup>, cumpliéndose con el principio vigente en Derecho francés de que no hay retraso eficaz fuera de la mora del deudor. Ahora bien, lo que sí cabría discutir es que precisen también del plazo razonable. Más bien al contrario, lo único que estos daños necesitan para poder ser reclamados es la propia constitución en mora. Nos encontramos, efectivamente, en el ámbito de la mora “clásica”.

#### ***ii) Daños ajenos al retraso que precisan, según la norma, de constitución en mora***

En segundo lugar, y dentro de los daños que también precisarían, según el artículo 1231 *Code*, de constitución en mora, encontramos todos aquellos daños que no lo son por retraso, pero tampoco por incumplimiento definitivo: podríamos hablar, entre otros, de intereses compensatorios, remuneratorios, etc. En suma, de todas aquellas partidas indemnizatorias que no se identifiquen con el retraso ni con la inejecución definitiva.

---

123 *Ibid.*, p. 36.

124 La traducción es nuestra.

125 En el mismo sentido, Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2019, p. 1514.

El problema que se aprecia a este respecto es que, para unos daños que, dogmáticamente, no tienen relación con el retraso, también se exige al acreedor la puesta en mora del deudor con la concesión de un plazo. La norma parece ser muy clara al respecto, y ha de pensarse que se trata de una cuestión de política legislativa (si es que no es una omisión involuntaria); un requisito formal que simplemente debe cumplirse para poder demandar los daños sufridos ante el juez.

Ahora bien, la doctrina ha denunciado los posibles problemas que esta previsión puede causar en la práctica, cuando, faltando el mencionado requisito, un procedimiento judicial en curso pueda verse truncado por una causa que tiene mucho más que ver con un mero formalismo que con una verdadera razón de fondo<sup>126</sup>.

A modo de soluciones a esta cuestión se ha planteado, en primer lugar, la más heterodoxa vía de considerar la demanda como sustitutiva de la constitución en mora en la que se otorga plazo; aunque se ha dicho que esto es visiblemente atentatorio para con la letra del precepto, por cuanto no se reconoce la eficacia de toda demanda a estos efectos. O, en segundo lugar, la opción consistente en adoptar una decisión en virtud de la cual se estime que la mora sería precisa únicamente para los daños derivados del retraso<sup>127</sup>; lo cual, a decir verdad, tampoco se prevé en el artículo, aunque no sabemos si por una omisión del legislador, o porque realmente se ha querido que todos los daños, salvo los debidos por inejecución definitiva, se sometan al mismo régimen.

### ***iii) Los daños que no precisan de una previa mora del deudor: los producidos por el incumplimiento definitivo***

Los daños por inejecución o incumplimiento definitivo, en tercer lugar, son la partida que el *Code* trata de manera visiblemente diferenciada, por cuanto la excepciona del requisito de previa constitución en mora y concesión de plazo al deudor, sumando así un supuesto más a la lista de remedios que quedan al margen de la regla general.

Lo que hace esta previsión, finalmente y con acierto, es aclarar legislativamente la duda que la doctrina francesa había albergado con respecto al sentido del antiguo artículo 1146, en torno a si también los daños por el incumplimiento definitivo debían verse precedidos por una constitución en mora del deudor. Resuelve el legislador francés a favor de la opinión doctrinal mayoritaria<sup>128</sup>.

En este sentido, además, en aquellos supuestos en los que el cumplimiento es imposible —que se relacionan, claro está, con el incumplimiento definitivo— la doctrina ha estimado de manera prácticamente unánime que la constitución en mora con

---

126 Deshayes, 2019, pp. 36, 37.

127 *Ibíd.*

128 *Vid.* Andreu Martínez, 2003, pp. 170-177.

concesión de plazo no será necesaria<sup>129</sup>; lo cual se deriva de la propia lógica de que no es procedente otorgar un plazo de cumplimiento cuando se constata que ya no se puede cumplir. Otra cosa será, empero, que, siguiendo lo que se acaba de decir, la mora pueda ser precisa, de nuevo, para el cobro de los daños por retraso, si con anterioridad al momento en el que dicha circunstancia sobreviene o se verifica existe un período de retraso.

Hasta aquí, más allá de las dificultades prácticas que pueda engendrar la distinción entre ambos supuestos, no parece haber problema.

Ahora bien, se observa un desajuste en el hecho de que, mientras que el acceso a la mayor parte de remedios que han de seguir a un incumplimiento definitivo se sujetan a la efectiva constitución en mora del deudor, la indemnización por ese mismo incumplimiento definitivo no se hacen depender de la concurrencia de este requisito<sup>130</sup>. Esta situación provocaría que, ante un mismo incumplimiento definitivo, que podría dar lugar, *a priori*, tanto al remedio indemnizatorio como al resolutorio, para el primero no se exigiera una puesta en mora del deudor (siempre en el marco, claro está, de los daños por incumplimiento definitivo), mientras que para el segundo sí se requeriría. De tal forma que, faltando la puesta en mora previa del deudor, el acreedor podría obtener una indemnización por los daños pero no ejercitar la resolución.

Como se sabe, la indemnización de daños y perjuicios es el remedio —diríase— *común* con respecto a los demás, en el sentido de que puede acumularse, en principio, a cualquiera de los otros remedios frente al incumplimiento, como expresamente indica el artículo 1227 *Code*, siguiendo una tendencia ya vista en los textos de modernización. Y, aunque como remedio puede ser perfectamente independiente, en principio, de otros —no se aprecia ninguna jerarquización de los remedios en la letra del *Code*; algo que podría, en su caso, resolver las dudas que planteamos<sup>131</sup>—, otra cosa es que tenga carácter autónomo<sup>132</sup>. Y, en este concreto caso, si puede darse con independencia de la resolución, faltando la constitución en mora del deudor.

---

129 Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 595; Deshayes, 2019, p. 21.

130 Realmente, la cuestión se plantea sólo respecto a los supuestos en los que pudiera darse una indemnización por incumplimiento definitivo, y, por tanto, el conflicto se presenta directamente entre este remedio y el resolutorio, ya que otros remedios en los que el acreedor también tiene la carga de constituir en mora al deudor previamente (reducción del precio, remedio de cumplimiento) no confluirían, en principio, con una indemnización por inexecución definitiva.

131 A este respecto, pueden resultar de interés las reflexiones de Verdera Server en relación con los casos en los que no se establece ninguna jerarquización de los remedios disponibles y cuál es la parte contractual a la que corresponde efectuar la decisión (2014a, pp. 75 y ss.).

132 A propósito del examen de la PMCC, Roca Trías dice (sin ahondar más en la cuestión) que ni en dicha Propuesta, ni tampoco en los PECL ni en el DCFR, es la indemnización de daños y

Parece lógico que la indemnización se siga, en su caso, de la declaración de incumplimiento y consiguiente resolución, como se desprendía del antiguo artículo 1184 *Code*<sup>133</sup>; sobre todo, si se tiene en cuenta que podría darse la paradójica situación de que, no existiendo ningún remedio, aparte del resolutorio, dirigido específicamente a romper el vínculo contractual, el deudor se viera obligado a indemnizar los daños mientras la relación se mantiene.

Sí se ha defendido, tomando como base el artículo 1228, que el remedio indemnizatorio puede solicitarse sin necesidad de acudir a la resolución. Esto sucedería en los casos en los que la resolución sea inaccesible y la ejecución en especie sea imposible o extremadamente desproporcionada<sup>134</sup>. Sin embargo, en estos casos parece claro que se persigue, igualmente, la ruptura del vínculo contractual —no en vano, hablamos de una indemnización por incumplimiento definitivo<sup>135</sup>—, que tal vez se estructurara de otra manera que no parece sencilla de imaginar, teniendo en cuenta la lista de los remedios disponibles para el acreedor<sup>136</sup>.

Por lo demás, este artículo dice que el juez podrá, además de constatar o pronunciar la resolución del contrato, ordenar la ejecución o acordar un plazo adicional de cumplimiento para el deudor, también conceder exclusivamente los daños e intereses por el incumplimiento. En el *Rapport au Président*, en concreto, puntualizan que el juez podrá tomar esta determinación “notablemente, cuando el incumplimiento no sea

---

perjuicios necesariamente un remedio autónomo (2011, p. 21); lo cual puede tal vez servir de pista para el caso que ahora estudiamos.

133 Este artículo disponía que “la parte con respecto a la cual no se hubiese cumplido el compromiso podrá optar entre forzar a la otra a cumplir el acuerdo, cuando ello fuera posible, o solicitar su resolución con indemnización de daños y perjuicios”, de un modo análogo a como lo hace nuestro art. 1124 CC. Puede añadirse que las dudas sobre la compatibilidad entre la resolución y la indemnización por daños y perjuicios se han planteado también entre la doctrina francesa (*vid.* Genicon, 2007, pp. 714-772).

134 Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 584.

135 En la doctrina existen, además, argumentos útiles para contrarrestar esta posibilidad, como el de Dellacasa, cuando comenta que la introducción de la resolución unilateral, siempre que ésta no sea contestada por el deudor en sede judicial, supone separar resolución e indemnización de daños, ya que ésta última se obtendrá únicamente a través del recurso al órgano judicial. Mientras que, al contrario, en sede judicial ambos efectos del incumplimiento sí suelen ir unidos, de manera tal que el deudor, muchas veces, se opone a la resolución no tanto por querer mantener la obligación, como por evitar ser condenado a indemnizar los daños (2018, pp. 216, 217).

136 En realidad, la posibilidad de acudir a la resolución ante según qué tipos de incumplimiento dependerá con mucho del concreto diseño que de este remedio se haga. No es lo mismo, por ejemplo, restringir el recurso al mismo a las obligaciones recíprocas, que optar por una mayor permisibilidad.

suficientemente grave para justificar una resolución”<sup>137</sup>; lo que parece que se refiere a un incumplimiento que no sería de entidad suficiente como para motivar el remedio resolutorio. No queda muy claro si en otros supuestos —y, en particular, en el del incumplimiento definitivo— también el Tribunal mantendría esta facultad, ejecutable sin perjuicio de que el acreedor ejercitara o no remedio alguno (tanto el resolutorio como, repárese, tal vez el propio remedio indemnizatorio). Como sea, se ha de tener en cuenta que, una vez modificado el modelo resolutorio a un sistema que admite la resolución extrajudicial, el juez no entrará a conocer sobre la cuestión en absoluto si alguna de las partes no acude a él y además, siguiendo el principio dispositivo<sup>138</sup>, hace solicitudes concretas al juzgador.

Si, por el contrario, entendemos que la efectiva obtención de la indemnización ha de sujetarse a la previa declaración de la resolución, nos encontraríamos con que la constitución en mora sería precisa para obtener la indemnización resultante de cualquier tipo de incumplimiento —incluido el definitivo—; cosa que implicaría despojar de cualquier efectividad a la previsión del artículo 1231: no habría distinción, en cuanto a la necesidad de mora previa, entre los daños causados por el retraso y los causados por el incumplimiento definitivo.

Finalmente, y aunque no existan respuestas directas a esta cuestión en el texto del *Code* (que, más bien, parece no haber reparado en ella), parece que la solución podría encontrarse en la propia práctica y en la propia puesta en marcha de los remedios.

Y es que, en realidad, para obtener el pago de la indemnización es muy probable que el acreedor deba proceder a través de la vía judicial<sup>139</sup>, salvo que el deudor proceda voluntariamente al pago de la cantidad; y es ciertamente imaginable que el acreedor demandará igualmente la resolución en dicha demanda. A este respecto, debe recordarse que, en el sistema francés, la demanda de resolución se considera válida como intimación a estos efectos, entendiéndose que el deudor tiene todavía posibilidad de cumplir aun después de este momento; y ello por no decir que, en realidad, si el acreedor ejercita la resolución por vía judicial, ya no se vería sujeto al requisito de la previa constitución en mora (aunque se mantendría una carga para el acreedor: la consistente en la presentación de la demanda).

Sin embargo, se mantendría un supuesto problemático, en el caso de que el acreedor no solicitara la resolución en su demanda, sino simplemente el cobro de los daños sufridos a propósito del incumplimiento definitivo (basándose, tal vez, en el

---

137 2016, p. 55. La traducción es nuestra.

138 En ello incide también el *Rapport au Président* a propósito del citado art. 1228 (2016, p. 55).

139 *Vid.* Dellacasa, 2018, pp. 216, 217.

artículo 1228 *Code*). En este caso, se daría la paradoja de que la obligación podría mantenerse —por no haberse solicitado su resolución—, al tiempo que podrían concederse los daños por el incumplimiento definitivo.

Aunque esta cuestión ha pasado generalmente inadvertida para la doctrina, algún autor que ha reparado en ella ha señalado que, en este caso, la resolución del contrato sobrevendría por fuerza de la propia ley<sup>140</sup>; con lo cual parece que el acreedor que no ha optado por una resolución extrajudicial y acude al juez para solicitar la indemnización por incumplimiento definitivo igualmente verá resuelta la relación obligatoria.

A la postre, la configuración que ahora se aprecia en el *Code* no deja de ser heredera de la práctica anterior a la reforma, en la que la resolución judicial era la única regulada en el mismo *Code*<sup>141</sup> y la unilateral, en particular, surgía primeramente en atención a situaciones de urgencia en las que se dispensaba al acreedor de constituir en mora previamente al deudor; supuesto en el que no haría falta la mora, por tanto, ni para los daños por incumplimiento definitivo (siguiendo la interpretación mayoritaria del antiguo artículo 1146 *Code*), ni para la resolución unilateral. A ello se suma el hecho de que los criterios jurisprudenciales en torno a la resolución extrajudicial fueran a lo largo del tiempo vacilantes y difíciles de descifrar incluso para la doctrina del país<sup>142</sup>.

Con la reforma, en contraste, se precisan los requisitos de la resolución, resultando que se requiere una puesta en mora previa a la resolución extrajudicial salvo en los supuestos en los que concurren razones de urgencia que justifiquen la exclusión de dicho requisito; pero, como se ve, no se hace precisamente de la manera más clara o completa posible.

---

140 Aunque de manera somera, Arroyo i Amayuelas repara en este aspecto, tras hablar de la *mise en demeure* como condición general del ejercicio de los remedios, diciendo que “parece que” los daños relativos al incumplimiento permanente no requerirían esta notificación formal, de tal suerte que “termination would take effect as a matter of law” (2007, p. 371).

141 Salvo excepciones: existían algunas muestras de resolución unilateral excepcionales reguladas en la ley (caso del antiguo artículo 1657, por ejemplo), pero alejadas del supuesto de resolución unilateral por motivos de urgencia, que es el modelo de la nueva resolución por notificación (Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2013, pp. 710, 711).

142 Terré/Simler/Lequette/Chénéde, 2013 (p. 1135); 2018 (p. 1514). Para Pelletier, el alcance de la jurisprudencia que dispensa al acreedor de la obligación de constituir en mora en la resolución unilateral es incierto, por cuanto no es posible saber si se reserva únicamente a los casos en los que la gravedad de la infracción crea una situación de emergencia que requiere de la terminación inmediata del contrato o no. En todo caso, la exigencia de la constitución en mora como requisito es, en opinión de la autora, una desviación con respecto al sentido general de la jurisprudencia anterior a la reforma, que no obstante consigue armonizar los tres tipos de resolución, que así constan con un aviso previo —que, en el caso de la resolución judicial, será la demanda (toda vez que se puede cumplir con posterioridad)— (2015, pp. 788, 789). *Vid.* también Pelletier, 2010, p. 693.

Tras todo lo dicho, es evidente que la regulación contenida en el *Code* requiere o bien de alguna pequeña reforma, capaz de precisar estos aspectos que hoy causan duda, o bien de una intensa actividad jurisprudencial capaz de colmar las lagunas que el texto legal demuestra tener.

#### **4. Valoración general: la reforma francesa como sistema mixto o de equilibrio entre la tradición y las nuevas tendencias**

Si se ha de realizar una valoración general de la reforma francesa, habría que decir que la misma insta un sistema que podría calificarse como mixto o de equilibrio, por mantener soluciones pertenecientes a la propia tradición francesa e incorporar, al mismo tiempo, mecanismos y principios —aunque sea en menor medida que otros textos— provenientes de las nuevas tendencias.

Ya se han explicado las circunstancias antecedentes y concomitantes a la reforma, que permiten entender, consideradas en conjunto, que la reforma francesa no tenga un resultado en absoluto disruptivo ni radical con respecto a la tradición interna.

De esta forma, se introducen mecanismos que otorgan un mayor peso a las partes e incluso incentivan el unilateralismo, como sucede con la incorporación de recursos tan en boga en Europa como la resolución por notificación o la inclusión del sistema de remedios (aunque se les llame “sanciones”, en un lenguaje más próximo a la tradición francesa, y, correspondientemente, más distanciado de las corrientes imperantes<sup>143</sup>). Pero, a pesar de este inicial aperturismo, se siguen manteniendo muchas cautelas, y es por ello que el juez sigue aglutinando considerables poderes y un amplio margen de actuación en materia de remedios frente al incumplimiento. No se puede olvidar que la resolución judicial se mantiene como posibilidad siempre accesible para las partes, aunque haya perdido su anterior preponderancia<sup>144</sup>, y que el 1228 concede unas amplias

---

143 En realidad, si se piensa bien, el término “sanción” parece llevar implícita la idea de reproche de la conducta del deudor y mantenerse más cercano al enfoque culpabilístico del incumplimiento, mientras que el término “remedio”, como destaca Cartwright (2015, p. 699), tiene un carácter definitivamente más neutro, ligado a la idea de reparar o corregir las consecuencias del incumplimiento. Cabe también añadir que tampoco al transponer las Directivas de consumo, texto que habla expresamente de “remedies”, se ha adoptado este término en las normas francesas (*vid.* Whittaker, 2006, pp. 57-60).

144 En opinión de Bénabent, los tres modelos de resolución previstos ahora en el *Code* se encuentran sujetos a una implícita jerarquía, que se sigue tanto del orden de los artículos 1225 a 1227 como de la presentación que de los mismos hace el artículo 1224, y que implicaría que la resolución judicial quedaría la última en importancia (2018b, p. 196). En sentido contrario, Deshayes/Genicon/Laithier estiman que el hecho de que la resolución judicial sea la última citada por el artículo 1227 no tiene ningún tipo de incidencia jurídica (2018, p. 568). Lo que parece seguro es que, como señala el *Rapport au Président*, la resolución unilateral no se



facultades al juez en materia de resolución (entre otras cuestiones, a efecto de fijar plazo), que para algunos autores podrían también extenderse a otros remedios. El hecho, precisamente, de que incluso en la resolución unilateral el deudor pueda terminar acudiendo al juez, ha hecho que algún autor haya reflexionado sobre si esta resolución deja verdaderamente de tener un carácter judicial, pese a todo<sup>145</sup>.

En todo caso, y aunque se haya dicho que la incidencia del nuevo mecanismo resolutorio en cuestiones como la litigiosidad pueda no ser muy grande, por mantenerse la posibilidad del recurso al juez, creemos que alguna diferencia habrá, con seguridad, a resultas de la introducción de este mecanismo (cabe imaginar que no todos los deudores vayan a oponerse a la resolución unilateral ante el juez). Además, no puede olvidarse que la sentencia no será ya constitutiva, sino declarativa, por lo que la fecha en la que se entiende producida la resolución, así como sus efectos y los del propio incumplimiento no serán los de la sentencia, sino los de la notificación de la resolución.

A la postre, es un sistema ciertamente *sui generis* que no deja de mantener un delicado equilibrio, en el que las partes adquieren facultades que antes no tenían, de tal forma que el juez sólo entrará a conocer de los incumplimientos cuando las partes acudan a él; pero, al mismo tiempo, a éste se irrogan unas facultades de modificación del contrato más amplias, cuyos límites no quedan claramente determinados por la norma; todo lo cual deberá ser mejor precisado en la práctica<sup>146</sup>.

Pues bien, nos parece que en materia de retraso y mora pueden apreciarse estas mismas características.

En efecto, en primer lugar, la mora se mantiene, en un movimiento claramente a contracorriente del resto de textos de modernización, pero concordante con la tradición francesa. No sólo eso, sino que no parece que se haya planteado siquiera suprimirla (se mantenía también en los Proyectos académicos previos a la reforma, incluso en el más

---

encuentra ya en relación de supeditación con respecto a la resolución judicial (2016, p. 54).

145 Es el caso de Genicon (muy crítico con las influencias modernizadoras, que en su opinión sólo favorecen “el cambio por el cambio” y amenazan los “sutiles equilibrios de la ley francesa”), para quien la resolución unilateral sólo dejará de ser judicial cuando las dos partes estén de acuerdo, o cuando la parte incumplidora no tenga el coraje o los medios para acudir al juez para oponerse a la resolución (Genicon, 2011, p. 51). En un sentido similar se pronuncian Kleinschmidt/ Grob, para quienes el papel del juez no se ve mermado, sino que simplemente se modifica, pasando de un control *a priori* a uno *a posteriori*, amén de expresar reservas sobre su eficacia (2015, p. 687-689). En el mismo sentido, Arroyo i Amayuelas, añadiendo que no está muy claro hasta qué punto la resolución unilateral supone un avance con respecto a la cláusula resolutoria prevista por el art. 1225, cuyos efectos son más radicales (y se sujeta a menos requisitos para su puesta en marcha) (2007, pp. 381, 382).

146 En el mismo sentido, Helleringer, 2017, pp. 369-370 y 372, 373.

rupturista del profesor Terré), sufriendo mejor suerte que otras figuras también de gran tradición —aunque tal vez más cuestionadas por la propia doctrina francesa—, como la causa, que, al menos formalmente<sup>147</sup>, ha desaparecido del *Code*.

En segundo lugar, a esa mora se la dota de una nueva ubicación y sistemática, con lo que se cumpliría —con éxito discutible, según nuestro examen— con una de las premisas que motivaron la reforma, consistente en obtener un Derecho más claro o accesible.

En tercer lugar, la misma tendencia moderada se advierte también, en nuestra opinión, cuando la mora se coloca como requisito previo a los remedios, como también se ha hecho con la resolución unilateral. En primer lugar, porque esta solución se extrae, al menos parcialmente, de lo que ya se hacía en la práctica con anterioridad a la reforma; y, en segundo lugar, porque parece orquestarse una solución a medio camino entre la tradición francesa y la configuración de los remedios en los textos de modernización, con el *nachfrist*<sup>148</sup>. En este sentido, también se consigue crear ese equilibrio entre tradición e innovación que si bien no siempre funciona bien, al menos sí vale a la reforma el calificativo de moderada empleado, en lo que seguramente suponga un avance para la conservadora legislación francesa; aunque pueda ser ciertamente dudoso, como ha dejado escrito la doctrina, que se hayan alcanzado los objetivos planteados al emprenderse la reforma relativos a la mayor capacidad de atracción del Derecho francés con respecto a contratantes extranjeros<sup>149</sup>.

A la postre, nos parece que este modo de articular los remedios responde claramente a la idiosincrasia particular de ese legislador que quiere modernizar su propio Derecho, pero con cautelas o, incluso, ciertas reticencias<sup>150</sup>. Así pues, concede el paso de unos remedios enteramente judiciales según la norma, a otros mecanismos que escapan, *a priori*, de la actuación o del control judicial, pero luego dispone el derecho del deudor a acudir al juez frente a una resolución que no estime adecuada.

---

147 Autorizada doctrina francesa se ha pronunciado sobre la “falsa” desaparición de la causa, de la que quedaría el concepto intacto en la legislación, si bien nombrado con otros términos (*vid.*, por todos, Deshayes/Genicon/Laithier, 2017, pp. 418-430).

148 Para Malauire/Aynès/Stoffel-Munck, la Ordenanza asume los principios de la resolución unilateral, entre los que se hace referencia al *nachfrist* (2018, p. 507).

149 Cartwright, 2015, p. 699. En sentido similar, Helleringer, refiriéndose expresamente a las nuevas restricciones sobre la libertad de las partes contractuales y sobre la fuerza vinculante del contrato (2017, p. 358). Ofreciendo un balance positivo a este respecto, Rowan, 2017, p. 332.

150 Sobre la efectiva *europaización* del nuevo Derecho francés de contratos y las divergencias relacionadas con “inhibitions culturelles françaises”, *vid.* Mazeaud, 2010a, pp. 12-24. *Vid.* también Kleinschmidt/Grob, 2015, pp. 687 y ss.

Este sistema “híbrido”, en un término sacado de la propia doctrina francesa, da lugar a un gran número de cuestiones irresueltas, que por algunos autores se han relacionado con la cierta confusión que existe entre las dos formas o las dos funciones de la mora del deudor, sobre todo, en relación con los remedios en los que se mezclan la unilateralidad y la actuación del juez. En este sentido, se ha estimado que el Derecho francés se encuentra, respecto a este punto, en una suerte de “encrucijada”, de la que debería salir o bien restaurando el sistema de sanciones principalmente judiciales, o bien atenuando todavía más la intervención judicial, de tal forma que se generalizara por completo el uso de la mora como requisito previo a la puesta en práctica de los remedios frente al incumplimiento, y el juez, cuando tuviera poderes para controlar dichos remedios, actuara siempre “obligado” bajo la concesión de plazo previa por el acreedor, no pudiendo otorgar nuevo plazo de cumplimiento<sup>151</sup>.

Como se ve, en suma, en ese equilibrio que el legislador francés quiere mantener los intereses del deudor toman un papel de marcadísima importancia<sup>152</sup>, lo que motiva la introducción de importantes elementos de control sobre la actuación del acreedor, en claro contraste con la dirección a la que las nuevas Propuestas apuntan<sup>153</sup>, e incluso, según algunos autores, también en comparación con la propia legislación española<sup>154</sup>.

Por último, se ha de tener en cuenta que el nuevo *Code*, aun manteniendo un papel central en el Ordenamiento francés, no deja de respetar otras normas y códigos de gran incidencia en materia de obligaciones contractuales, como lo son el *Code de la consommation* para las operaciones de consumo, o el *Code de commerce* para las obligaciones entre empresarios, que han sido considerados como más adecuados para transacciones de tipo comercial<sup>155</sup>.

---

151 Deshayes, 2019, p. 37.

152 Sobre esta cuestión, y en relación, en particular, con el nuevo modelo resolutorio legal, puede leerse a Mazeaud, 2010a, pp. 16, 17. También se considera constante, y muy influyente a estos efectos, la idea de la conservación de la relación obligatoria (*vid.* Dellacasa, 2018, p. 220).

153 En este sentido, Momberg Uribe, 2015, p. 138; Cabrillac, 2016, p. 63; Savaux, 2016, p. 739; o Arroyo i Amayuelas, quien indica que la nueva regulación está “llena de cautelas y muy enfocada a la protección del deudor” (2018, p. 9). Con todo, la resolución unilateral se ha entendido como un acercamiento del Derecho francés tanto a los instrumentos de modernización como al propio Derecho inglés (Rowan, 2017, pp. 326, 327).

154 Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 11.

155 Arroyo i Amayuelas, 2017, p. 362. La autora resalta también que, por el contrario, el *Code* sí contempla los *standardised contracts*, cuya aplicación se daría más allá del ámbito de los contratos con consumidores, al tiempo que excede en importancia a la de los contratos entre particulares en el ámbito del mercado de segunda mano.

En todo caso, y con todas las salvedades introducidas, que hacen que las soluciones adoptadas no puedan siempre aplicarse a realidades extrañas a la particular práctica jurídica francesa<sup>156</sup>, puede resaltarse la importancia fundamental de esta reforma en el ámbito europeo<sup>157</sup>, por la influencia que el sistema francés ha ejercido tradicionalmente sobre nuestras propias normas, por lo que es obligado tenerla en cuenta *pro futuro*; incluso aunque haya que admitir que, como ha señalado la doctrina, también las influencias legislativas cambian con los tiempos, y los textos de *soft law* europeos hayan tenido un predicamento mucho mayor entre nuestra doctrina y la mayor parte de las Propuestas redactadas en nuestro país que los textos emanados del país vecino<sup>158</sup> —con la marcada excepción, en ciertos aspectos, de la PCC—. Es algo que, también, va con los tiempos.

## II. La Propuesta de Código Civil de la APDC

### 1. La trascendencia del mantenimiento de la mora en la PCC

La Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil ostenta, por varias razones, una posición de marcada importancia a los efectos de nuestro estudio. Y es que, además del hecho de que nos encontramos, como sucede también con la reforma francesa de 2016, ante un texto de reciente publicación que permite incorporar un análisis todavía más novedoso a nuestro estudio, concurre la evidente y poderosa circunstancia de que se trata de una Propuesta de origen español, por lo que el resultado que en ella se presenta, además de importar soluciones foráneas —como los tiempos actuales demandan—, parte, como es lógico, de los moldes de nuestra legislación y de nuestra propia tradición jurídica. Así, se detecta un respeto generalizado hacia nuestras instituciones básicas, al tiempo que de los textos modernizadores se toman múltiples principios y mecanismos, en una labor técnico-jurídica compleja que da como resultado un texto que puede considerarse adaptado a las modernas exigencias del tráfico jurídico (mejor adaptado, debe reconocerse, que el

---

156 Dice Arroyo i Amayuelas que, además de que es discutible que las nuevas normas se orienten a la práctica comercial, en el intento por europeizar el Derecho francés representado por la reforma “some of the chosen solutions are debatable in the European context” (2007, pp. 384-385).

157 Grundmann/Schäfer la resaltan como “a beacon for European contract law” (también, por haber sido promovida desde instancias académicas y llegar a conformar Derecho vigente) (2017, p. 490).

158 Arroyo i Amayuelas, 2017, p. 385.

nuevo Código francés) sin sacrificar la propia identidad jurídica del Ordenamiento español.

Y, en esa labor de coordinación entre lo propio y lo extraño, entre lo tradicional y lo novedoso, los redactores de la PCC deciden mantener la figura de la mora o, más bien, *rescatarla* (en palabras de la propia Exposición de Motivos del texto) del olvido al que la mayor parte de los textos de modernización la habían condenado. Podría decirse que los redactores de la PCC hacen lo mismo que el legislador francés del nuevo *Code* en este punto, pero lo cierto es que el contexto en el que esta decisión se toma es bien distinto.

Y es que, en el caso de la PCC, ni la absoluta intrascendencia del mero retraso está tan rotundamente clara en el Código Civil, ni la figura de la mora era incontestada por los expertos. Tampoco los Proyectos de modernización anteriores elaborados en España, sobre todo en el ámbito civil, han mantenido la línea que posteriormente ha observado la PCC en materia de retraso (la PCC mantiene la mora *a pesar* de la PMCC, Propuesta en la que —reconocidamente— se basa en gran medida<sup>159</sup>, mientras que en todos los Proyectos anteriores a la reforma francesa la mora se mantuvo siempre). Y, por lo demás, el propio texto incorpora de manera mucho más directa las soluciones provenientes de los textos de modernización de mayor calado, que se convierten en referentes directos, por lo que el contraste es mucho mayor que el que se produce en el *Code* —que, generalmente aprensivo a soluciones extranjeras, recoge la mayor parte de lo que para el texto del Código son innovaciones directamente de su jurisprudencia—.

En concreto, la Exposición de Motivos de la PCC reconoce como referencias, además de la PMCC, otros textos ya citados como los PECL, el DCFR y —“aunque en bastante menor medida”—, también el Proyecto elaborado por el Grupo de Pavía. Además de esto, es curioso ver cómo se detiene a hacer mención, precisamente, de la reforma francesa de 2016, cuando dice que “se han tomado en consideración los textos legislativos pertenecientes a los países que se corresponden con nuestra tradición jurídica, así como algunas propuestas de reforma surgidas precisamente en dichos países, en particular la ya aprobada en Francia”, por lo que podemos plantearnos dicha reforma como uno de los modelos del texto que ahora nos ocupa, aunque sólo respecto de algunas cuestiones puntuales.

---

159 Así lo admite la Exposición de Motivos de la PCC, cuando dice que, de entre todos los textos que cita como referencias, el más importante es, sin duda, la propia PMCC (“y ello por razones obvias: se trata de una Propuesta elaborada por juristas de reconocido y merecido prestigio, que ha sido hecha teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia españolas, así como la mayor parte del resto de los textos de referencia”). Ahora bien, aclara el mismo texto que seguir la PMCC no implica que la Propuesta en cuestión sea idéntica a ésta, si bien sí es “muy parecida”, pudiendo considerarse una “reelaboración de la misma”, de tal punto que, “si bien existen diferencias entre ambas, éstas son en su mayor parte de sistemática”.

En materia de retraso, en concreto, es evidente que el hecho de que la reforma francesa mantenga la mora puede constituir un importante elemento de apoyo, si bien la decisión de mantenerla en la PCC, expresamente comentada en la Exposición de Motivos de la misma, claramente responde al convencimiento de sus redactores de la necesidad de la mora en nuestro sistema, como se desprende tanto de las palabras que utilizan para justificar su decisión<sup>160</sup>, como del hecho de que no ligen esta decisión concreta a la influencia francesa, como sí se hace en dicha Exposición de Motivos al explicar otras decisiones (así, la eliminación de la causa, respecto de la cual se citan tanto la propia reforma francesa, como los PECL y el DCFR<sup>161</sup>; o la regulación de la falta de conformidad, cuya coincidencia con diversos textos de modernización también se señala expresamente<sup>162</sup>; entre otros muchos ejemplos).

En definitiva, y poniendo ambos textos —PCC y nuevo *Code civil* francés— sobre la mesa, es posible afirmar que mientras que la reforma francesa puede calificarse de generalmente continuista con respecto a su Derecho nacional, la inclusión de la mora en la PCC supone, en comparación, un acto de rebeldía; un acto deliberado<sup>163</sup> en el que se incluye la mora remando a sentido contrario del que marcan las principales tendencias. Por tanto, la PCC tiene a este respecto un valor particular para nosotros, distinto al que tiene la reforma francesa.

Adicionalmente, también puede señalarse el interés que ofrece el análisis de la configuración del retraso en el texto, con el fin de examinar su acierto o desacierto, así como la idoneidad de que el sistema que presenta pudiera llegar a convertirse, tal vez, en un modelo para una muy demandada futura reforma de nuestro propio Código Civil.

Por lo demás, y en comparación con otras Propuestas españolas, el hecho de que el proyecto componga una propuesta de Código Civil completo hace que sea posible realizar juicios sobre la coherencia del sistema planteado sin necesidad de obviar partes que puedan no haber sido reguladas por no constituir objeto del texto concreto. En este sentido, la PCC se diferencia de la muy debatida PMCC (dedicada sólo a *modernizar* una parte del Código) o, sobre todo, la Propuesta sobre la Compraventa (cuya nomenclatura explicita su materia de estudio), e incluso de los otros textos y Propuestas

---

160 *Vid. infra* Cap. VII, apartado II.1. Esta justificación se antoja necesaria, teniendo en cuenta el estado de la cuestión en nuestro ordenamiento, así como el grado de permeabilidad del mismo a las Propuestas de modernización.

161 2016, p. 51.

162 2016, p. 53.

163 En comparación con la mención accidental que de la mora se realiza en la PMCC, por otro lado, decíamos en Casanova Asencio que la introducción que de la misma hace la PCC es “esta vez sí, deliberada” (2019, p. 267).

supranacionales que ya se han comentado, y que suelen tener un ámbito mucho más restringido —además de, en general, un carácter más puramente comercial— que el de la PCC, en cuyo objetivo está aportar una propuesta de regulación novedosa para todas las materias que, en nuestro ordenamiento, se considera que deben regularse a través del Código Civil.

## **2. La regulación del retraso en la PCC**

### **2.1. Mora del deudor y mora del acreedor. Su ubicación sistemática y su calificación como incumplimiento**

Lo primero que destaca al examinar el tratamiento de la mora en la PCC es, por un lado, que regula tanto la mora del deudor como la del acreedor en dos artículos consecutivos (arts. 515-7 y 515-8).

La introducción de la figura de la mora del acreedor y su regulación en un único artículo dedicado única y exclusivamente a dicha figura constituye una novedad palpable con respecto al vigente Código Civil, que apenas presta atención a la figura, y supone una decisión acertada que se distancia de lo que hace la PMCC (en la que, como indica la Exposición de Motivos de la PCC, ésta “también ha desaparecido”), y se acerca particularmente a la nueva versión del *Code civil* francés, que opta, también, por plasmar ambas figuras y recogerlas en dos artículos consecutivos (arts. 1344 y 1345); al tiempo que puede, aunque la regulación sea diferente, conciliarse sin problemas con los dictados de la mayor parte de textos de modernización, que ponen atención sobre el deber de cooperación del acreedor.

En cuanto a la regulación concreta de la cuestión en el artículo 515-8 PCC, se dispone la facultad del deudor de requerir al acreedor para que acepte o permita el cumplimiento (sin perjuicio de la facultad de consignación) en su apartado primero; el segundo se refiere a la exclusión de la mora del deudor, cuando dice que “la puesta en mora del acreedor le atribuye el riesgo de la cosa y suspende el devengo de intereses en la obligación del deudor”; se determina, en su apartado cuarto, que la mora del acreedor puede ser supuesto de incumplimiento contractual, lo que va a la zaga de las nuevas tendencias; mientras que el quinto y último apartado del artículo se dedica a aclarar que la mora del acreedor no interrumpe la prescripción.

Es, en fin, un artículo muy completo cuya inclusión y regulación exacta pueden valorarse positivamente.

Por otra parte, otro aspecto que rápidamente llama la atención de esta regulación es que ambos tipos de mora se sitúan en la Sección 1ª del Capítulo V, dentro del Libro 5º; es decir, en el apartado que recoge las disposiciones generales sobre el cumplimiento

de las obligaciones. Es sorprendente, al menos desde nuestra óptica, que se recojan en este apartado dos instituciones que cobran su relevancia, precisamente, a propósito del incumplimiento de la obligación.

Entender que la mora y el retraso no suponen incumplimiento, además de ir en contra de la totalidad de nuestra doctrina y jurisprudencia<sup>164</sup>, podría dar lugar a resultados tan estrafalarios como que el acreedor no pudiera reclamar la indemnización de los daños por retraso o mora, toda vez que el artículo 518-20 PCC liga el derecho del acreedor a ser resarcido de los daños sufridos, como es lógico, al incumplimiento de la obligación.

No obstante, la mora y el retraso resultan perfectamente subsumibles en la definición de incumplimiento contenida en el artículo 518-1 PCC, aunque en ella no se detallan modalidades de incumplimiento (“Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que resultan de la relación obligatoria”).

De hecho, en la Exposición de Motivos del texto se comenta expresamente esta cuestión, justificándose la inclusión de la mora del deudor “no en sede de incumplimiento, sino a propósito del tiempo del pago, lo cual ofrece además la ventaja de que permite ubicar simultáneamente la mora del deudor y la del acreedor”<sup>165</sup>. Aunque pueda parecer una decisión extravagante, se ha de recordar que, para algunos autores, estas instituciones pueden estudiarse a propósito de los incidentes del pago<sup>166</sup> (no en vano, el retraso es, también, un incidente en el pago, sin perjuicio de que sea un incumplimiento), y que, de hecho, es también en esta sede en la que mora del deudor y mora del acreedor se regulan en el nuevo *Code* francés.

Así las cosas, la ubicación de los preceptos que regulan estas instituciones en sede de pago no empece a su clasificación como supuestos de incumplimiento. Idea a la que también contribuye, con toda coherencia, el funcionamiento de algunos remedios, que para su puesta en marcha (que, necesariamente, presupone el incumplimiento) parten, como mínimo, de una situación de retraso: así, por ejemplo, el artículo 518-12, para el remedio de suspensión de la propia prestación, que parte del caso en que la contraparte

---

164 *Vid.* Caps. I, II; y, además, algunos de los principales autores que estudian el retraso o la mora en los textos de modernización: entre otros, Morales Moreno (2014, p. 33); Fenoy Picón (expresivamente, “el retraso es incumplimiento”) (2010, p. 73); o Vaquero López (2016, p. 819).

165 Además, al mismo tiempo, la Exposición de Motivos se refiere a la desaparición de la mora en la PMCC diciendo que con probabilidad ésta se debe a que “en el contexto de la nueva concepción de incumplimiento, la mora es considerada un incumplimiento más”.

166 Entre otros, Bénabent, en Francia (2018a, p. 605), o Di Majo, en Italia (1994, pp. 219 y ss., entre otras).



pide el cumplimiento cuando, debiendo cumplir, aún no lo ha hecho; o el 518-14, en sede de resolución, en el que se hace referencia expresa al retraso como supuesto en el que, concedido un plazo adicional, se puede ejercitar el remedio.

## **2.2. La concreta regulación de la mora debitoris en la PCC (y, también, sus silencios)**

Por lo que hace al tratamiento concreto de la mora del deudor en la PCC, el texto recoge dicha figura y su regulación general en el artículo 515-7, a través de tres apartados distintos cuya redacción no se aparta en exceso de la del actual artículo 1100 CC.

En concreto, el primer apartado dispone que “el deudor obligado a entregar o a hacer alguna cosa incurre en mora desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación”, dedicándose por tanto a revalidar dos principios ya presentes en el Código actual, concretamente, que la constitución en mora del deudor puede efectuarse tanto por vía judicial como extrajudicial, por una parte, y que ésta no está sujeta a forma específica alguna, por otra.

El segundo apartado, en cambio, viene a regular los supuestos de mora automática, y aquí sí se aprecia una evolución con respecto al artículo 1100, toda vez que se elige un estilo mucho más claro que el del Código actual (que, recuérdese, ha sido objeto de debate desde su promulgación también en este punto), para decir que “la interpelación no será necesaria cuando así resulte de pacto, de la ley o de la naturaleza o circunstancias de la obligación”. Se trata de una fórmula que, si bien pudiera dejar cierto terreno a la ambigüedad (¿cuándo se derivará de la naturaleza o de las circunstancias de la obligación que no es precisa la intimación?), es mucho más sencilla de comprender que el artículo al que sustituiría (en particular, el pasaje “cuando de su naturaleza o circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación”), amén de poder ser interpretada a la luz de la doctrina creada en torno al mismo, por no realizar ningún cambio sustancial en cuanto al fondo del artículo.

El tercer párrafo, dedicado a la mora en las obligaciones sinalagmáticas, pasa de soslayo por la verdadera cuestión candente y se limita a reproducir con exactitud<sup>167</sup> los términos del que también es tercer párrafo del actual artículo 1100 CC. Sin duda, se trata de una oportunidad perdida para establecer un posicionamiento claro sobre esta materia; lo cual no es sino muestra de la división doctrinal en torno a esta cuestión, así como de la dificultad de conocer el verdadero espíritu del art. 1100.3 CC<sup>168</sup>.

---

167 Sólo se elimina una coma, entendemos que por cuestiones meramente estilísticas que en nada modifican el sentido o alcance del apartado.

168 Sobre esta cuestión, *vid. infra* Cap. VII, apartado II.1.

En suma, la regulación general de la mora contenida en el artículo 515-7 PCC supone una reelaboración del actual artículo 1100 CC que se centra en vestir de unos términos algo más claros un contenido prácticamente idéntico (y, en cuanto a tal, no siempre fácilmente inteligible).

No se puntualizan otras cuestiones que, en su mayoría, han sido ya resueltas por la jurisprudencia (entre otras, el contenido mínimo de la intimación, la fecha a partir de la cual ésta comienza a surtir efecto, cuestiones sobre la capacidad de las partes, u otras que podrían necesitar de algún reajuste a la vista de las nuevas tendencias, como podría suceder con los requisitos de la propia mora), y que probablemente se haya considerado que no deben ser resueltas por un texto de estas características, como tampoco lo hace el Código actual (aunque esto haya dado lugar a complicaciones). En todo caso, dado que la redacción propuesta por la PCC no cambia en lo esencial a la que actualmente ofrece el Código Civil, las soluciones esbozadas por doctrina y jurisprudencia en torno a estas cuestiones mantendrían plena vigencia de cara a la regulación de la PCC.

Sin embargo, si hay una sola cuestión dentro de las que pueden considerarse clásicas en los debates relacionados con la figura de la mora que parece que hubiera sido conveniente zanjar es, sin duda, aquélla de los efectos de la mora, que no se contempla como tal en ningún precepto de carácter general en la PCC.

Quizás la solución podría —curiosamente— inferirse a partir del artículo 515-8 PCC, que hace referencia conjunta a los dos efectos tradicionales de la mora al regular la mora del acreedor. Este precepto indica, en su apartado segundo, que “la puesta en mora del acreedor le atribuye el riesgo de la cosa y suspende el devengo de intereses en la obligación del deudor”, describiendo así uno de los efectos de la mora del acreedor, que es precisamente el de excluir los efectos de la mora del deudor. Parece evidente: se suspende el devengo de intereses que el deudor debe pagar por haber incurrido en mora, al tiempo que el riesgo de la cosa pasa del deudor —que lo habría adquirido por moroso— al acreedor.

Sin embargo, siendo rigurosos, es cierto que no se especifica si estos dos efectos estaban a cargo del deudor por su condición de moroso, en sentido estricto, o por su condición de incumplidor; y no sería inimaginable que alguna norma anudara estos efectos al propio incumplimiento. Lo único que aquí se dice es que estos efectos se eliminan una vez el acreedor adquiere la condición de moroso, por lo que es preciso indagar más.

En relación con el efecto de traspaso de riesgos, el artículo 535-2 (3), en sede de compraventa, coincide con la previsión del artículo 515-8, al disponer, como excepción al principio general de que el riesgo no se transmite al comprador hasta la entrega del bien, que “el riesgo se transmite al comprador desde que incurre en mora de acreedor

respecto de la obligación de entrega”. Si atendemos a lo que queda sentado como principio general<sup>169</sup>, y a la eficacia de los impedimentos exoneratorios en los que puede incurrir el deudor, se observará que el sistema de la PCC coincide con el de la generalidad de textos de modernización. Cabe, por tanto, hacer idéntica consideración en torno al efecto de traspaso de riesgos<sup>170</sup>: éste ya no puede ser asociado a la mora.

Pasando a estudiar, en segundo término, el efecto indemnizatorio, existen varios preceptos dedicados a instrumentar la cuestión.

En primer lugar, el artículo 518-20, dedicado al remedio resarcitorio y, en concreto, a la compatibilidad de la indemnización de daños con otros remedios, dispone que “el acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños que el incumplimiento le cause”. Ya hemos reproducido con anterioridad las posibles dudas sobre la calificación como cumplimiento o incumplimiento del retraso o la mora, que podían llevarnos a entender que, si no eran entendidos como tales, no podrían dar lugar a una indemnización.

Resulta esta cuestión, en el sentido de que, aunque ello no se especifique en la definición de incumplimiento del texto, cualquier manifestación del retraso ha de ser tenida por incumplimiento, cabría mantener la duda sobre si la indemnización podría venir únicamente de la mora, o también del retraso simple, puesto que el precepto no lo especifica.

Tampoco se antoja más claro el artículo 512-6 PCC (“Intereses en las obligaciones pecuniarias”, en el Título II, “De algunas clases de obligaciones”<sup>171</sup>), cuando dice que “En las obligaciones pecuniarias el deudor debe intereses cuando así resulta de la ley o del título constitutivo de la obligación”. Aunque sería posible interpretar que si el texto recoge la mora, entonces se producirán intereses en caso de mora (parece que así *resultaría de la ley*), la redacción vuelve a ser ambigua.

---

169 La Exposición de Motivos explicita este principio como uno de los cambios a que se somete el régimen del contrato de compraventa, diciéndose que “se sustituye el abstruso artículo 1452 del Código Civil y la regla de *periculum est emptoris* por un régimen basado en la coincidencia de entrega y transmisión del riesgo”. Se considera que este régimen clarifica la cuestión del reparto de riesgos y, además, es más coherente con el “régimen de responsabilidad objetiva y automatismo que se establece (...) para el incumplimiento y sus remedios resolutorio y de reducción del precio” (2016, p. 54).

170 *Vid. supra* Cap. III, apartado I.1.1.

171 Quizá la sistemática seguida al respecto de las obligaciones pecuniarias podría revisarse, vistas las reiteraciones con el artículo 518-22, en sede de indemnización de daños y perjuicios. Habría resultado más clara la opción de tratar todo lo relativo a los intereses moratorios en el mismo lugar dentro del texto.

Mucho más preciso resulta, en sede de compraventa, el artículo 533-1 (2), que indica que el comprador no deberá intereses “fuera del caso en que ha incurrido en mora”, salvo que así se haya pactado. Esto es, la regla general es que los intereses se deberán desde que exista mora, y sólo lo harán, fuera de ese supuesto, cuando exista pacto al respecto (pacto que podría, además, identificarse con la mora automática convencional).

Aunque es evidente que un diseño legal más correcto habría requerido una mención general a este efecto de la mora, no parece que para la compraventa se haya querido establecer un régimen distinto en esta cuestión. Desde luego, sería inaudita y muy difícilmente justificable una interpretación que nos llevara a entender que la mora sólo tiene efectos indemnizatorios en este caso; sobre todo, cuando no es extraño a nuestra tradición (aunque no sea lo más correcto desde el punto de vista técnico) encontrar en la regulación de la compraventa disposiciones aplicables a otros contratos y obligaciones.

Cierto es, por otra parte, que, desvirtuado el efecto de traspaso de riesgos, no tendría entonces sentido alojar una mora del deudor sin efecto indemnizatorio, que se presenta como el único o más importante efecto de la mora<sup>172</sup>. No es posible pensar que se haya introducido una institución para otorgarle efectos únicamente cuando las partes puedan pactar que los daños sólo se deberán a partir del requerimiento del acreedor, o que los riesgos, habida cuenta del amplio margen dejado a la autonomía de la voluntad de las partes, se estructurarán tomando en consideración dicha figura. Desde luego, la Exposición de Motivos da a entender lo contrario de manera muy clara, cuando justifica el mantenimiento de la mora por su importancia, y la vincula a la determinación de “cuándo el retraso es jurídicamente relevante”. Se elige regular una institución jurídica, en contra de la tendencia imperante, sin duda para que esa institución sea eficaz y dé respuesta a necesidades de la práctica.

Ante el silencio al que nos somete la Propuesta, parece que la mayor parte de señales conducen a la solución que apuntamos. El hecho de que el retraso sea ya un

---

172 En otro lugar decíamos que “En principio, parece posible pensar que, si se ha incluido expresamente un artículo regulador de la mora, se quiere que ésta sea respetada en los supuestos en los que sea aplicable, de manera que no se dé lugar a una indemnización por un retraso que no sea constitutivo de mora (pues, de lo contrario, ¿qué sentido tiene mantenerla? ¿Sería únicamente relevante en materia de traspaso de riesgos?)” (Casanova Asencio, 2019, pp. 274, 275). Por lo demás, cabe recordar que la importancia de este efecto, incluso con independencia del nuevo sistema y su efecto sobre el traspaso de riesgos, se ha argumentado con anterioridad (*vid.* Cap. II, apartado IV.2), y que es también apreciada allende nuestras fronteras (Deshayes (2019, p. 32), con cita de Pascal Ancel, reseña que la función principal de la mora entendida en su sentido clásico es, principalmente, permitir al acreedor demandar los daños e intereses que resultan del retraso).

incumplimiento no quiere decir que éste tenga virtualidad indemnizatoria, aún a la vista del artículo 518-20. Como se sabe, no todos los incumplimientos dan lugar a todos los posibles remedios (véase, si no, la resolución).

Expuesto este razonamiento, veremos que pueden existir ciertas complejidades de índole técnica para admitir esta solución a propósito de la regulación concreta del remedio indemnizatorio<sup>173</sup>.

### **2.3. Efectos del retraso no constitutivo de mora**

Si respecto a la regulación de la mora existen algunas imprecisiones, en materia de retraso simple, en cambio, sí es muy claro el texto al anudar a éste algunos efectos, en un espíritu que a la vez que resulta fiel a las nuevas tendencias, no desvirtúa el valor de la mora.

Así, al mero retraso se vinculan expresamente efectos en materia de pago en moneda distinta a la pactada y equivalencia (art. 515-16). También en materia de cláusula penal, que, por tanto, puede entenderse independiente con respecto a la mora (art. 519-12). Y, por último, también se concede virtualidad jurídica al mero retraso a efectos resolutorios, materia en la cual el artículo 518-14 regula la resolución “por retraso o por falta de conformidad”, introduciendo el modelo resolutorio por plazo adicional (del que luego hablaremos). Así, el precepto clarifica la cuestión en torno a la potencialidad resolutoria del mero retraso y la relación entre retraso y mora, en línea con los más modernos pronunciamientos doctrinales, además de privar a la mora de su papel de elemento fijador del incumplimiento, puesto que en estos casos ya no será necesaria para determinar ni la producción del incumplimiento (en cuanto a que el retraso ya es, en sí mismo considerado, un incumplimiento) ni tampoco su gravedad.

Quizá podría discutirse que lo que en realidad es resolutorio en este caso no es tanto el propio retraso en que incurre el deudor respecto a la obligación, sino más bien la falta de cumplimiento en el plazo fijado (que podría apreciarse como un nuevo retraso), o tal vez la suma de ambos retrasos.

Sí podría ser definitivo a efectos resolutorios, en su lugar, el retraso que supusiera incumplimiento esencial, por mor de lo previsto en el artículo 518-13, que sí faculta al acreedor para resolver la obligación de manera inmediata ante un incumplimiento esencial sin discriminar entre tipologías de incumplimiento, por lo que cabe colegir que también se incluiría en este caso el incumplimiento retrasado. Con todo, en este caso se mantendría el debate en torno a qué retrasos pueden considerarse definitivos, volviendo

---

173 *Vid. infra* apartado II.4.3.

al análisis del caso, y la mora seguiría siendo un importante medio de prueba para calificar el incumplimiento de esencial<sup>174</sup>.

Sea como fuere, es evidente que el retraso tiene efectos propios, algunos de ellos previstos expresamente por la PCC, con lo que resulta fácil establecer una comparación en este aspecto con lo dispuesto por el nuevo *Code*, en el que cualquier remedio o efecto del incumplimiento se reviste de múltiples cautelas, sujetando su puesta en marcha, generalmente, a la previa constitución en mora del deudor, mientras que el retraso simple resulta totalmente superfluo. Aquí, en cambio, puede dar lugar a efectos de importancia sobre el vínculo contractual.

#### **2.4. Otras menciones a la mora y al retraso. Posibles dudas sobre la eficacia de la mora**

Además de los artículos mencionados hasta el momento, la mora recibe diversas menciones en otros preceptos de la Propuesta a propósito de cuestiones particulares del régimen general de obligaciones, como sucede en los artículos 513-11 (5) y 513-16 (2) y (3) en materia de obligaciones solidarias, o de ciertos contratos en particular.

En relación con este último aspecto, e ignorando los casos en los que estos términos se utilizan de manera laxa o no técnica, pueden observarse el artículo 587-15, que se refiere al derecho del prestador de servicios de comunicaciones electrónicas a interrumpir la prestación de los mismos en caso de mora del usuario final; el 5121-9, que destaca por disponer, en el contrato de préstamo, la mora automática para el prestatario; o el 5173-1, sobre el derecho del fiador a obtener la cobertura o relevación de la fianza en el caso de que, entre otros supuestos, el deudor principal sea constituido en mora.

Existen todavía otros artículos que se refieren al retraso y que, al contrario de lo que sucede en los recién relacionados, no hacen mención expresa a la mora. Es el caso del artículo 541-4 (b), que dispone para el consumidor la posibilidad de reclamar una indemnización por el retraso injustificado sufrido en la devolución de las cantidades ya pagadas, una vez producida la resolución de la relación obligatoria; el 541-12, también en materia de consumo, que contempla el deber del consumidor de informar de la falta de conformidad en un determinado plazo, debiendo responder de los daños que se produzcan por el retraso producido en esa obligación; el artículo 564-6, en el que se dispone que el arrendatario que se retrase en el deber de restituir el bien arrendado seguirá obligado tanto al precio convenido como a la indemnización que corresponda; el 583-10, que trata la cuestión de la asunción del riesgo por destrucción o deterioro de la obra a resultas del retraso en la puesta a disposición de la obra por causa imputable al

---

174 *Vid. supra* Cap. I, apartado III.3.2.

comitente; el 587-14 (3), sobre el derecho a la portabilidad, que indica que el retraso en la conservación de los números por parte del prestador de servicios telefónicos dará lugar al usuario final a la compensación económica establecida reglamentariamente; el artículo 5172-2, sobre el juego de los intereses moratorios a propósito de la comunicación del incumplimiento al fiador por parte del acreedor —que se dice se devengan desde el vencimiento de la obligación— y los que se generan a propósito del cumplimiento por el fiador tras la comunicación —desde que vence el plazo para oponer el beneficio de excusión hasta que se dé el cumplimiento— (apartados 1 y 2, respectivamente); el 5173-2 sobre el interés que corresponde al fiador a cargo del deudor principal, desde la fecha en que se efectúa el pago, y que puede consistir en el interés moratorio pactado, en su caso; o el 5133-1, que dispone para el arrendatario financiero un derecho a la compensación de los daños sufridos por el retraso en la entrega del bien objeto del contrato.

Parece que la generalidad de los supuestos contemplados en estos artículos podrían subsumirse en la categoría de mora automática por disposición legal, expresamente contemplada en el artículo 515-7 (2) PCC, aunque es cierto que el hecho de que la mora automática no se disponga de manera expresa puede llevarnos a dudar en alguno de los ejemplos citados si verdaderamente estamos ante casos de mora automática, o más bien ante supuestos concretos donde el redactor del texto ha querido otorgar al mero retraso una virtualidad específica, prescindiendo de la mora —especialmente, en contraste con la claridad con la que la mora automática se dispone en artículos como el 5121-9, arriba mentado (“el prestatario que se retrasa en el cumplimiento de su obligación incurre en mora sin necesidad de que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento”)—.

No es imposible que estas dudas se deban al hecho de que la PCC, a pesar de conformar una Propuesta de Código Civil concreto, ha sido redactada por varios grupos de trabajo distintos y heterogéneos entre sí, que se han encargado de las distintas partes de que se compone el texto; circunstancia que podría explicar tanto una diferencia de estilo a la hora de plasmar ciertos principios (por ejemplo, el que una mora automática sea explícita o que no lo sea), como que respecto a algunos puntos la completa coherencia del texto pudiera verse, en cierta parte, mermada (si, por ejemplo, alguno de estos grupos estima que en algún supuesto concreto el mero retraso ha de tener eficacia jurídica completa).

En todo caso, y si alguno de los supuestos mencionados no lo fuera de mora automática, sino de mero retraso relevante por expresa disposición de la norma, nos parece que no dejarían de ser supuestos concretos que no desvirtuarían el principio general de mora interpelatoria para la indemnización por retraso, que ya hemos dicho, no obstante, que se podría haber enunciado de manera más directa. Y, a la postre, y

estando en un sistema en el que se mantiene la mora, cabe suponer que los casos mencionados lo sean de mora automática, por coherencia. Una coherencia global del sistema que presenta la PCC que no puede sacrificarse, evidentemente, por tratar de indagar el parecer de cada uno de los grupos de trabajo sobre la cuestión del mero retraso.

### **3. La resolución en la PCC: plazo adicional y ejercicio extrajudicial**

Si acudimos a la regulación del remedio resolutorio en la PCC, observaremos que el contenido de la misma es casi idéntico, salvo algún detalle, al que de la misma materia contiene la PMCC, por lo que lo dicho en relación con la concreta regulación de la resolución en la PMCC, salvo en lo que sea diferente, resulta también aplicable al texto que ahora nos ocupa.

De este modo, la PCC reproduce el modelo de *doble régimen*<sup>175</sup> resolutorio. Así, regula, de una parte, la resolución por incumplimiento esencial en el artículo 518-13, supuesto en el que el acreedor puede acudir directamente a dicha resolución sin necesidad de otorgar plazo previamente, y, de otro lado, la resolución tras la concesión de plazo, o procedimiento de notificación-resolución, para los casos en los que el incumplimiento no sea esencial —identificables con los que disponía el artículo 1200 PMCC—, en función de lo dispuesto por el artículo 518-14 PCC.

A propósito, en concreto, de la regulación del remedio resolutorio en la PCC, se ha dicho que la resolución tras la concesión de plazo parece ser la regla general, y que, a pesar de que el texto no consigue desprenderse de la idea de incumplimiento esencial y ello introduce cierta confusión en el sistema, cabe presumir que se ha querido transmitir la idea de que, bien siendo aquél el principio general, hay casos en los que es posible resolver sin otorgar plazo previamente; si bien hubiera sido preciso explicitarlo y señalar cuáles son esos casos en concreto<sup>176</sup>.

La introducción de la idea de esencialidad del incumplimiento —aún más, si se acompaña de una descripción tan parca (aquí, como en la PMCC, tampoco se hace mención más que a la “finalidad” del contrato)— puede provocar, efectivamente, el riesgo para el acreedor de verse llamado a los Tribunales cuando el deudor quiera discutir la esencialidad del incumplimiento, siempre que no se determine con claridad

---

175 Recordemos que así denominaba a este sistema Palazón Garrido (2016a, pp. 884-886, 896).

176 Arroyo i Amayuelas, 2019, pp. 210, 211, 215, 216.



en el contrato qué es esencial para las partes, no pudiendo este aspecto determinarse, como es natural, unilateralmente<sup>177</sup>.

En todo caso, y a pesar de estos matices, la introducción generalizada del sistema del plazo adicional previo a la resolución por la PCC ha sido valorada positivamente, entendiéndose que supone una aproximación al modelo alemán y un alejamiento con respecto del francés<sup>178</sup>.

Entre otras cosas, porque no se hace referencia alguna a la “acción resolutoria”; expresión empleada por el artículo 1202 PMCC, que ha motivado, como se ha dicho, que la doctrina se haya planteado la coexistencia de la resolución unilateral y la judicial<sup>179</sup>. Por el contrario, el hecho de que en la PCC no aparezca esta expresión ha permitido a la doctrina entender que su sistema ya no cobija la resolución por vía judicial<sup>180</sup>; aunque ello no impide que, en algunos casos, el deudor pueda acudir al juez, particularmente, para defenderse de una resolución ejecutada de manera incorrecta<sup>181</sup>.

Por otra parte, y en comparación con el sistema francés, del que nuestra resolución es tributaria en su configuración actual en el Código Civil, puede señalarse como un acierto el hecho de que la misma no se haga depender de la gravedad del incumplimiento en los supuestos en los que es posible resolver la obligación mediante concesión de plazo adicional, como sucede en el nuevo *Code*, en el que, además, y como ya se ha dicho, el acreedor deberá otorgar plazo de cumplimiento previo con independencia de que el incumplimiento pueda ser ya grave o esencial<sup>182</sup>.

En contraste, el sistema aportado por la PCC bebe directamente de la PMCC: el acreedor no deberá conceder plazo ante un incumplimiento esencial; pero, si decide hacerlo, o si debe hacerlo para poder resolver, por no ser el incumplimiento esencial,

---

177 Arroyo i Amayuelas estima, así, que la PCC se queda a medio camino, pudiendo haber supuesto un avance en esta materia, en la que la autora considera que la intervención judicial sujeta a las partes (en particular, al acreedor) a una mayor indeterminación e inseguridad (2018, pp. 5, 6).

178 *Ibíd.*

179 *Vid. supra* Cap. III, apartado I.2.2.

180 Así lo opina Arroyo i Amayuelas (2019, p. 210), quien también destaca que, como es evidente, esto supone un importante punto de diferenciación con respecto al nuevo *Code* (2017, p. 383).

181 Arroyo i Amayuelas recoge algunos de los supuestos en los que la reclamación del deudor tendría visos de prosperar (2017, p. 383), y que podemos relacionar con dos de los límites al derecho de resolución del acreedor: el ejercicio de la resolución en un lapso de tiempo prudencial desde el incumplimiento, y la concesión de un plazo razonable del tiempo, que son los dos elementos sobre los que con el nuevo sistema se permite juzgar la idoneidad del ejercicio de la resolución.

182 En el mismo sentido, Arroyo i Amayuelas (2017, p. 383; 2018, p. 10).

entonces se asegura de que la gravedad del incumplimiento no se verá puesta en cuestión.

Además de esto, el modelo de la PCC prevé dos bases para la resolución que no se contemplan en el *Code*, a saber, la declaración por el deudor de que no cumplirá (art. 518-14 (3) PCC), y la circunstancia relativa a que sea manifiesto que el deudor no cumplirá, teniendo este incumplimiento el carácter de esencial (art. 518-14 (2) PCC)<sup>183</sup>.

En suma, siempre que el plazo otorgado sea razonable (lo cual, como veremos, abre una nueva puerta al debate), cuando ello sea preciso (que no siempre lo será) y que el acreedor ejercite su derecho en un plazo también razonable (cfr. art. 518-15 PCC —o 1201 PMCC—), éste tendrá una dosis significativamente mayor de seguridad en torno al éxito de su pretensión resolutoria<sup>184</sup>.

En comparación, de nuevo, con el *Code*, el sistema propuesto en la PCC es mucho más protector de los intereses del acreedor, asimilándose por completo los esquemas de las nuevas tendencias en materia de Derecho de obligaciones y contratos. A su vez, esto determina que, necesariamente, el mecanismo de la *mora debitoris* deba convivir con un modelo que no es el mismo que el que se ve en el *Code*, y en el que no se ha previsto la interacción de la mora (que, como es visible, aquí no adquiere esa nueva función comentada a propósito del *Code*) y los remedios. Se trata de una cuestión que ha resultado aparentemente ignorada, pero que requiere de cierta consideración.

#### **4. La coordinación de la mora con los remedios frente al incumplimiento**

Aunque la mora del deudor se recoge en el sistema, no existe previsión alguna en la PCC sobre la posible interacción entre la mora y los remedios frente al incumplimiento. Resultando que una y otros son mecanismos de reacción y, a la vez, consecuencias del

---

183 Es evidente que la resolución anticipada no se acoge por el *Code*, al tiempo que, si bien nada se dice sobre la posible eficacia de la declaración del deudor de que no cumplirá, parece que hay más margen para acoger el supuesto doctrinal o jurisprudencialmente. En este último sentido, entiende Arroyo i Amayuelas que podría producirse la resolución “by operation of law”, por ser reconducible a la idea de incumplimiento definitivo (2017, p. 383).

184 La siempre remanente inseguridad inherente al hecho de que el deudor pueda revisar aspectos como la razonabilidad del plazo no parece evitable, por cuanto el deudor debe retener la posibilidad de pedir la revisión de aspectos que, en su subjetividad, pueden implicar que una resolución sea improcedente, o incluso abusiva u oportunista. Por otra parte, la resolución directa por incumplimiento esencial mantiene toda la inseguridad que actualmente viene aparejada a la resolución, porque dependerá de la valoración del juez sobre la esencialidad del incumplimiento. Todos estos aspectos se retomarán más adelante, con especial examen del criterio de la razonabilidad del plazo.

incumplimiento de la obligación, resultará natural su interferencia, por lo que se ha de indagar en cuál es la posible relación entre ellos. En concreto, y aunque en la PCC la mora no se configure como requisito de acceso a los remedios —con lo que se mantiene intacta su función primigenia—, se ha de estudiar si la propia función de la misma puede llegar a condicionar la puesta en marcha de alguno de ellos a la previa constitución en mora del deudor.

Este análisis nos permite examinar los remedios en tres grupos distintos.

#### ***4.1. Los remedios que no presentan conflictos con la mora del deudor***

En cuanto al primer grupo, éste estaría conformado por los remedios de reducción del precio (arts. 518-9 a 518-11 PCC) y suspensión de la ejecución de la prestación (art. 518-12 PCC).

En estos casos, la constitución en mora del deudor previa a la ejecución del remedio puede darse libremente, desplegando los efectos típicos de la misma de forma tal que en ningún aspecto condicionan el recurso o desarrollo de los remedios, al tiempo que ninguno de dichos remedios necesita de la mora para desarrollarse. La mora podría, incluso, darse de manera coetánea a alguno de ellos (es el caso de la suspensión de la ejecución, si la parte suspende su propia ejecución ante el incumplimiento de la contraparte, y al mismo tiempo —o, también, con posterioridad— le exige el cumplimiento, constituyéndola en mora).

#### ***4.2. Los remedios que presentan especialidades en su relación con la mora del deudor***

El segundo grupo de remedios, que son los que presentarían alguna especialidad en su relación con la mora, se vería compuesto por los dirigidos al cumplimiento (arts. 518-5 a 518-8) y la resolución (arts. 518-13 a 518-19).

En relación con el primero, la especialidad que cabría apuntar es que, tratándose de un remedio en el que lo que el acreedor solicita es, básicamente, el cumplimiento de la obligación, existiría la posibilidad de constituir en mora al deudor y ejercitarlo a través de un mismo acto. Así sucedería, en particular, a propósito de la presentación de la demanda de cumplimiento, ejercitado el remedio en vía judicial<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> Incluso aunque se tratara de un remedio a ejercitarse extrajudicialmente, no habría problema en admitir que la misma comunicación serviría también para constituir al deudor en mora, toda vez que en ambos casos se exige el cumplimiento.

Por otra parte, es posible también que la constitución en mora se dé de manera previa a la presentación de la demanda de cumplimiento. Igualmente, se podría pensar que pudiera constituirse al deudor en mora *posteriormente* a la puesta en marcha del remedio, en los casos en que éste no prospere, toda vez que el artículo 518-8 prevé, ante su ejercicio insatisfactorio, que el acreedor pueda acudir a cualquiera de los otros remedios (y también, con ello, a la mora, por retornar a la situación en la que estaba antes de ponerlo en marcha). No obstante, podría seguramente considerarse que su ejercicio habría ya constituido en mora a la parte incumplidora, situación en la que continuaría el deudor sin perjuicio del fracaso del remedio.

En cuanto a la resolución, y partiendo de los dos modelos resolutorios que *grosso modo* presenta el texto (resolución sin plazo por incumplimiento esencial, y resolución tras plazo adicional), su interacción con la mora variará según el caso.

En cuanto al caso de resolución por incumplimiento esencial, no parece que haya problemas: dicho incumplimiento esencial permite acudir directamente a la resolución, por lo que ningún otro requisito —aparte de la notificación de resolución (que claramente se distingue de la intimación moratoria)— es precisado, y la mora podría darse de manera independiente a la resolución, tal y como sucede actualmente en nuestro Ordenamiento. Por tanto, las mismas consideraciones en relación a la mora como posible requisito de la resolución ya vistas serían aquí aplicables, pudiendo recordarse al respecto que, en los términos vistos, la mora no será, en general, requisito para el ejercicio del remedio resolutorio<sup>186</sup>.

El otro modelo resolutorio, por otra parte, sí presentaría particularidades. El mecanismo de notificación-resolución requiere de una comunicación por parte del acreedor en la que concede plazo adicional de cumplimiento a la otra parte, que también podría, tal vez, constituir en mora al deudor. En efecto, si aplicamos el modelo *nachfrist* a un sistema que observa la mora del deudor, es evidente que uno y otro instrumento presentarán interferencias entre sí. El interés que despierta esta cuestión justifica que la tratemos en un apartado propio<sup>187</sup>.

En todo caso, lo que aparece como seguro, con independencia de que se dé o no la constitución en mora del deudor a partir de esta comunicación, es que el procedimiento de notificación-resolución soluciona la problemática en relación a los posibles requisitos para resolver una obligación por incumplimiento no esencial, otorgando una base cierta para entender que procede la resolución simplemente a través de la fijación de un plazo adicional de cumplimiento.

---

186 *Vid. supra* Cap. I, apartado III.3.2.

187 *Vid. infra* Cap. VII, apartado II.3.

Por tanto, la particularidad del remedio resolutorio se presenta únicamente a propósito de la interacción de la mora con el sistema de notificación-resolución o *nachfrist*, si bien la cuestión del acceso al propio remedio no presenta ninguna duda.

### **4.3. Los remedios cuyo acceso podría estar condicionado a la constitución en mora del deudor**

En último lugar, encontramos el remedio indemnizatorio, que resulta ser el más problemático en su relación con la mora en el nuevo sistema propuesto.

Según se ha dicho antes, la indemnización aparece ligada al “incumplimiento”, sin más, según el artículo 518-20 (1) PCC. En principio, el retraso en términos generales (mora incluida) ha de considerarse como un supuesto de incumplimiento; susceptible, por tanto, de generar derecho a indemnización, instrumentada ahora a través del remedio indemnizatorio. Y, aunque hemos defendido que no necesariamente todos los incumplimientos han de dar lugar a todos los remedios posibles, y que la función de la mora en el texto aparece claramente ligada al efecto indemnizatorio, observamos que este remedio en particular no sujeta su eficacia en su configuración a acto alguno del acreedor.

Así, la PCC no ofrece respuesta al interrogante más allá del silencio que deja al no especificar si, en un sistema que regula la mora del deudor, sería posible, en la propia mecánica del remedio, acudir a éste ante un retraso no constitutivo de mora; tal vez, porque éste se regula de manera general, habida cuenta de que puede ser solicitado —y que muy habitualmente lo será— en coordinación con el resto de remedios y frente a cualquier tipo de incumplimiento.

Desde el punto de vista técnico, mantener que la constitución en mora es precisa para obtener una indemnización por el retraso implica establecer un requisito para el acceso a un remedio que no consta en la letra de la Propuesta. Y, con ello, ignorar la inexistencia de precepto alguno que establezca la necesidad de que el incumplimiento se encuentre cualificado a través de un requerimiento moratorio para la puesta en marcha del remedio. A ello se suma la falta de una previsión que, como el 1101 hace en el Código actual, relacione expresamente el derecho a la indemnización por retraso —aún con las diversas interpretaciones de que este artículo ha sido objeto— con la “morosidad”; o que, siendo todavía más clara, determine que sólo de la mora se derivan daños por retraso, con una formulación u otra.

El impedimento técnico es evidente. Pero la función para la que se introduce la mora, de otro lado, también parece serlo (recuérdese que la mora, en la Exposición de Motivos, “es un buen mecanismo para determinar cuándo el retraso es jurídicamente

relevante” —entendemos que a los efectos que le son propios<sup>188</sup>—). A nuestro juicio, la conclusión más plausible es que se ha sufrido de una falta de previsión al no especificar las implicaciones que la mora tiene en materia de indemnización de daños y perjuicios; cosa que es coherente con que tampoco se haya previsto nada respecto al resto de remedios. Al fin y al cabo, en todos ellos se observa la misma laguna; y es que se incluye la mora en el sistema, pero falta una mayor concreción de sus efectos y de sus interacciones con otros mecanismos.

## 5. Conclusiones sobre la PCC y su tratamiento del retraso

Como su propia Exposición de Motivos reza, la PCC se inspira en los textos que componen la nueva corriente modernizadora del Derecho de obligaciones y contratos. Por ello, esta corriente se sigue con práctica plenitud; lo cual es particularmente visible en la regulación del incumplimiento como concepto objetivo, neutro, unitario y común a los distintos remedios, entre los que puede destacarse, como se ha venido haciendo a lo largo del trabajo, al remedio resolutorio, por su relación con el retraso.

Pero se ha dicho que bebe de otras fuentes, que también forman parte de esta corriente, pero que tienen perfiles bien distintos. Así, la expuesta reforma francesa de 2016, de la que, no obstante, se distingue en muchos puntos, siendo mucho más prevalente en la PCC, en nuestra opinión, la influencia de otros textos modernizadores. Ahora bien, como en la reforma francesa, se realiza una apuesta arriesgada —más arriesgada todavía, como se ha dicho, por el contexto— al mantener la mora del deudor en el sistema; si bien en la PCC ésta cumple únicamente con sus funciones típicas, sin pasar a ser, como en el *Code*, requisito de acceso para los remedios; función que aquí, respecto de alguno de ellos, cumple ese mecanismo de notificación-resolución, proveniente del alemán *nachfrist*.

Ése es sólo otro de los aspectos en los que la PCC se encuentra más cercana a las tendencias europeas que el texto francés; pues, si se mira más allá, se verá que también se asocian una serie de efectos al retraso no constitutivo de mora —algo impensable en el Ordenamiento del país vecino—.

Así las cosas, es bien posible que la PCC sea un instrumento más equilibrado y *puesto al día* que la reforma francesa, y también más fácilmente adoptable, aunque sea potencialmente, por la doctrina española, más *europaizada*, en general, que la francesa.

---

188 Y no, al menos en régimen de exclusividad, a propósito de otros, como puedan ser la resolución o el cumplimiento.

La recepción concreta de la mora, empero, no necesariamente ha de ser positiva. Aunque nos parece una apuesta loable y muy acertada, tal vez habría requerido de un grado más del *atrevimiento* demostrado a propósito de su inclusión con el fin de resolver algunas dudas de perenne existencia en torno a la figura, así como de una coordinación mayor con otras partes del texto para otorgar una mayor seguridad sobre sus efectos y su eficacia.

Por ejemplo, encontramos que no resuelve las dudas existentes en torno a cuestiones como la de la posible mora automática en las obligaciones recíprocas; la posible necesidad de distinguir varios regímenes de mora o retraso en función de la concreta relación jurídica ante la que nos hallemos —así, si es una operación de consumo, entre particulares, de carácter profesional, o mixta—; la incidencia del clásico requisito de la culpa para la mora y su compatibilidad con el nuevo modelo de incumplimiento neutro y objetivo; o su precisa relación con los remedios frente al incumplimiento y otros mecanismos adoptados por el texto; además de otras cuestiones que pueden verse incluso propiciadas por la propia regulación que el texto hace de la materia, como la categorización de la mora del deudor como vicisitud ligada al incumplimiento o al cumplimiento de la obligación.

Estos aspectos, aunque suponen puntos de importancia que deberían abordarse de acometerse la tarea de reformar verdaderamente nuestro Código Civil (o bien de cara a otra Propuesta posterior), no terminan por empañar un esfuerzo —el de la introducción de la mora en un sistema manifiestamente acorde con las nuevas tendencias— que es, ciertamente, muy valioso y significativo, y que puede ser tomado como modelo del que partir a la hora de configurar un sistema que, en materia de retraso, resulte capaz de ofrecer respuestas a las necesidades del tráfico jurídico.

### **III. El Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos de la Academia de *Iusprivatistas* de Pavía**

#### **1. Planteamiento del texto y elementos diferenciadores con respecto a otros instrumentos de modernización**

El Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavía, conocido también como Proyecto Gandolfi, se inserta claramente en la corriente de textos cuyo objeto es modernizar y unificar el Derecho de obligaciones y contratos. Publicado muy poco después de otros proyectos de importancia en este marco, como los PECL o los Principios Unidroit, y mucho antes, desde luego, que el DCFR, destaca con

respecto a éstos en un buen número de aspectos, pudiendo llegar a decirse que supone una suerte de alternativa a la línea —de mayor predicamento— marcada por los PECL<sup>189</sup>.

Como se ha dicho anteriormente, el Proyecto Gandolfi difiere de estos instrumentos desde la propia formulación de incumplimiento que aloja<sup>190</sup>, sin perjuicio de que éste se presente, también, como un concepto objetivo<sup>191</sup>, y que, a la postre, coincida conceptualmente con la idea de incumplimiento de otros instrumentos<sup>192</sup>. Con seguridad, las diferencias estilísticas pueden relacionarse con la elaboración del propio texto por un equipo de trabajo distinto del que redactó los PECL, y producida con anterioridad al momento en el que éstos empiezan a desplegar toda su influencia.

Sin embargo, a partir de esta formulación diferenciada se despliegan una serie de tipologías de incumplimiento y previsiones relacionadas con éste que poco tienen que ver con lo que puede apreciarse en textos que se dirían análogos.

Así, por ejemplo, se detallan los pasos a seguir para el deudor que declara no querer cumplir en lo que se ha denominado “preconstitución del incumplimiento”<sup>193</sup> (art. 90)<sup>194</sup>; se relacionan una serie de supuestos específicos de incumplimiento en función del tipo de obligación (de entregar cosa determinada, de entregar cosas genéricas, de hacer y de no hacer, en los artículos 92, 93, 94 y 95, respectivamente) y distintas modalidades de incumplimiento (entre las que se ha incluido a la mora del deudor<sup>195</sup>, recogida artículo 96, o el incumplimiento de los deberes de protección del artículo 99<sup>196</sup>); una regulación más detallada de lo habitual de la mora del acreedor<sup>197</sup>

---

189 Sobre el camino conducente a la publicación del Proyecto de la Academia de Pavía y sus principales características es muy interesante la lectura de Vattier Fuenzalida, 2008, pp. 1845 y ss.

190 Recordemos que decía que “(...) una obligación se considera incumplida cuando uno de los contratantes o sus colaboradores o encargados adoptan un comportamiento diferente al debido en base al contrato, o cuando se produce una situación de derecho o de hecho diferente a la prometida” (art. 89) (trad. Rogel, 2009).

191 “Netamente objetivo”, en opinión de Vattier Fuenzalida (2008, p. 1857).

192 Lobato Gómez, 2003, p. 374; Vaquer Aloy, 2003, p. 531.

193 De Cores Helguera, 2009, p. 24.

194 Al respecto se ha dicho, así como del artículo 91, relativo al deudor que no está en condiciones de cumplir, que estos supuestos se regulan sin que de ellos sea posible deducir unas consecuencias claras (Vaquer Aloy, 2003, p. 531).

195 *Ibíd.*

196 Cuya regulación se considera que cumple con las tendencias europeas del momento (De Cores Helguera, 2009, p. 25).

197 De hecho, a la mora del acreedor no sólo se le asigna más de un precepto en el articulado del



(arts. 103 a 105 —determinando el artículo 104 las circunstancias en la que la mora del acreedor se considera incumplimiento—); o el hecho de que se considere que “no existe incumplimiento” si la falta de realización de la prestación se debe a un cambio de circunstancias que, respondiendo a lo dispuesto en el artículo 97, determina la excesiva onerosidad para el deudor; así como si el deudor, pactada esta concreta circunstancia, decide omitir la prestación debida por recibir de un tercero una oferta más ventajosa por la misma prestación (artículo 98), en una previsión que ha sido —seguramente, con buen criterio— criticada por la doctrina<sup>198</sup>. Y ello, entre otros muchos aspectos, tanto en sede de incumplimiento como fuera de ella, que, en fin, terminan por revelar el particular estilo y concepciones propios del texto, fácilmente distinguible con respecto a otros con el mismo objetivo<sup>199</sup>.

Pero, además, en una materia de pleno interés para nuestro estudio, también se observan grandes diferencias en el modo de regular los remedios frente al incumplimiento. En efecto, es posible apreciar cómo los propios remedios figuran bajo la rúbrica “Efectos de la inejecución”<sup>200</sup>, sita en la Sección 3, Título VIII del Libro I mientras que su regulación se desplaza parcialmente, con un criterio que parece discutible<sup>201</sup>, a la Sección 2, Título XI, del Libro I, en la que esta regulación se intercala con otras cuestiones. La rescisión por lesión, la cláusula penal, o el arbitraje, entre otras, se entremezclan con las facultades del juez en materia de resolución, o con el régimen general de responsabilidad civil, lo cual no aboga precisamente por la claridad en la exposición de las diferentes consecuencias del incumplimiento y su modo de funcionar.

Del mismo modo, también en el Título dedicado a la inejecución del contrato se mezclan mecanismos que son claramente identificables como remedios con otros que, siendo sin duda efectos del incumplimiento, tal vez no pueden identificarse propiamente

---

Anteproyecto, sino que tiene su propia Sección: la Sección 2 (*Demeure du créancier*) del Título VIII (Libro Primero), sobre la inejecución del contrato. Para más información sobre esta figura en el marco del texto que estamos tratando, *vid.* Caballero Lozano, 2003, pp. 401 y ss.

198 Aunque el artículo se redacte de manera negativa (“habrá incumplimiento si el deudor omite efectuar la prestación...”), en realidad está autorizando esta posibilidad, siempre que se vea precedida por un pacto de las partes, que, aunque otorga cierta seguridad, para Vaquer Aloy implica dejar el cumplimiento a manos de la voluntad del deudor, “lo que sólo puede justificarse desde una visión economicista del contrato” (2003, p. 532), y deja en clara desventaja a un acreedor que podría verse privado de la prestación que espera en el último momento y sin previo aviso, sin que se regule ningún tipo de compensación, en principio, para él.

199 *Vid.* también, por su interés, el análisis de Vattier Fuenzalida (2008, pp. 1857-1859).

200 No hay duda, empero, de que se los identifica como remedios. El propio artículo 110 del Anteproyecto, encuadrado en la misma Sección y dedicado a la regulación del plazo adicional, hace referencia a los “remedios indicados en los artículos siguientes”.

201 También de esta opinión, Vattier Fuenzalida (Vattier Fuenzalida, 2008, p. 1849).

como tales (al menos, según los modelos manejados por la generalidad de los textos modernizadores), como es el caso del plazo adicional o de otras previsiones, como las relativas a las cláusulas de limitación o exoneración de la responsabilidad (art. 106), o el artículo 107, dedicado a delimitar qué se entiende por “inejecución de importancia notable”.

Esta manera de organizar los remedios ha provocado, de hecho, que se haya considerado que el texto contiene una lista de remedios que excede con mucho a la que habitualmente suele encontrarse en los textos de modernización, dividiéndose entre aquéllos *comunes*, o aplicables a la generalidad de los supuestos de incumplimiento, y aquéllos otros *especiales*, que procederían sólo ante algunas situaciones particulares<sup>202</sup>; lo cual es, sin duda, otra manera de interpretar el sistema propuesto.

Otras diferencias notables de nuestro interés pueden apreciarse, por ejemplo, en el hecho de que se regule el plazo adicional contemplándose expresamente como posibilidad tanto a manos del acreedor como del juez (art. 110.1), en una regulación que recuerda a la contenida en otros textos pero que a la vez contiene evidentes variaciones, más allá de una formulación original<sup>203</sup>. O en que, en materia de resolución, se prevean dos supuestos diferenciados en los que se mezclan criterios ofrecidos por otros textos de modernización: así, la resolución ante un incumplimiento de importancia precedida de la concesión de un plazo razonable para el cumplimiento, en primer lugar, y la resolución por notificación del acreedor cuando se hubiera pactado una cláusula resolutoria, en segundo término. Previsiones que, a su vez, se complementan con la atribución al juez de grandes potestades en materia resolutoria (art. 158.3), la cual ha motivado que por la doctrina se haya hecho mención, seguramente de manera

---

202 Para Vattier Fuenzalida, el texto contemplaría “una docena de remedios”, entre los cuales se encontrarían no sólo los típicamente recogidos por los textos de modernización (que aquí se encuentran repartidos entre las dos Secciones citadas en el texto), sino también otros, como el *plazo de gracia* y los *plazos parciales* del artículo 110, la restitución de lo entregado en especie o en dinero (arts. 115 y 160), la declaración del daño sufrido por el acreedor (art. 171), las acciones inhibitoria y conminatoria (art. 172), la renegociación del contrato por excesiva onerosidad (art. 157), la rescisión por lesión (art. 156), también la pena convencional (art. 170), las cláusulas de exoneración (art. 106), o el arbitraje (art. 173). En relación con la clasificación consignada en el texto, entiende el autor que serían remedios *especiales* la resolución, la renegociación del contrato por excesiva onerosidad, la rescisión por lesión, la pena convencional, las cláusulas de exoneración y el arbitraje (2008, pp. 1858, 1859).

203 Así, el hecho de que se prevea expresamente que, en lo que dure el plazo concedido, el acreedor pueda, además de servirse del remedio indemnizatorio —se habla, en general, del “resarcimiento del daño”—, recurrir a medidas cautelares o solicitar del juez una inhibitoria (art. 110.1); o que, puesto en relación con el remedio resolutorio, el plazo razonable deba prolongarse durante un mínimo de quince días (art. 114).

justificada<sup>204</sup>, a la resolución judicial como vía resolutoria diferenciada en el ámbito del Anteproyecto<sup>205</sup>.

Después de lo dicho, y sin perjuicio de que las influencias sean, en gran parte, comunes<sup>206</sup>, es razonable que por la doctrina se haya resaltado que el Proyecto es, en muchos aspectos, diametralmente opuesto a la regulación que proponen textos como los PECL o los Principios Unidroit<sup>207</sup>. No en vano, el diferente enfoque se aprecia ya en las explicaciones del texto hechas por el propio profesor Gandolfi<sup>208</sup>, además de en la observancia, señalada por la doctrina, del principio *favor debitoris* en el Proyecto<sup>209</sup>, que, como se sabe, experimenta una importante crisis en las nuevas tendencias.

Como puede ya adivinarse, esas diferencias de enfoque se dejan notar también en el propio reconocimiento de la figura de la mora del deudor, que funciona, de nuevo, como importante elemento diferenciador con respecto a los otros textos mencionados.

## 2. La mora del deudor en el Código de la Academia de Pavía

La mora del deudor se recoge en un sólo precepto —por lo que su regulación, por otra parte, no es muy extensa—, el artículo 96 del texto, bajo la rúbrica “Demeure du débiteur”, incluido en el antedicho Título VIII, dedicado a la inejecución del contrato, en concreto, en la Sección 1, relativa a las Disposiciones Generales sobre la inejecución del contrato.

---

204 El artículo 158 del Anteproyecto comienza diciendo que el acreedor podrá recurrir a las soluciones ofrecidas por el artículo 114 (números 1 y 2), que precisamente hace referencia al derecho del acreedor a la resolución del contrato a través del recurso al juez, y en el que se especifica que también se podrán demandar la restitución y el resarcimiento de los daños y perjuicios (que son, conocidamente, los dos efectos principales de la resolución). El artículo prevé, además, un procedimiento ordinario de resolución judicial, que presupone una espera de un lapso de tiempo marcado por el precepto desde que se llevaran a cabo las notificaciones previstas por el artículo 114 en sus distintas modalidades, así como uno urgente, en cuyo caso el acreedor podrá solicitar del juez las medidas contenidas en el artículo 172 del Anteproyecto.

205 Vattier Fuenzalida, 2008, p. 1849.

206 En este sentido, el propio profesor Gandolfi admite que el texto sigue la estela de la CISG en aspectos como la menor rigidez en conceptos básicos como cumplimiento e incumplimiento, entre otros (2001, pp. 458-459, 461); sin perjuicio de que se aprecien, también, otras influencias, como las que representan, sobre todo, el Código Civil italiano y el Derecho anglosajón (Vattier Fuenzalida, 2008, p. 1854).

207 Vaquer Aloy, 2003, p. 531.

208 Gandolfi, 2001, pp. 459, 460.

209 Vattier Fuenzalida, 2008, p. 1847.

Reconocidamente, este artículo se ha inspirado en un buen número de Códigos europeos —entre los que se cuentan el italiano, el francés, el español, el alemán, el suizo, y el holandés—, además de la CISG, los Principios Unidroit, o el proyecto británico “Contract Code” de Harvey McGregor<sup>210</sup>, así como de sugerencias de ciertos académicos, según el *Rapport du cordinateur* que precede al texto<sup>211</sup>. Este mismo texto indica que en el precepto se precisan cuáles son las condiciones en las que el deudor puede ser considerado incurso en situación de mora, así como las consecuencias de dicho estado, “simplificando a lo esencial la reglamentación”<sup>212</sup>.

Procede llevar a cabo un análisis del mencionado artículo 96.

## **2.1. Los requisitos de la mora**

Comenzando con la lectura del precepto, lo primero que llama la atención de la configuración que éste hace de la mora es que el mismo se expresa en sentido negativo; es decir, se dispone *cuándo el deudor no estará en mora*. En concreto, en la primera parte del mismo se relacionan una serie de supuestos en los que el deudor no se encontrará en mora, que, leídos a sensu contrario, permiten conocer —no sin dificultades<sup>213</sup>— las circunstancias que determinan la mora del deudor.

Así, se dice en primer lugar que el deudor no estará en mora si no se ha establecido un momento para el cumplimiento (pactado por las partes o determinado por el acreedor) y el acreedor no ha entregado al deudor un aviso por escrito en el que se comine al deudor a llevar a término la obligación en un plazo razonable de tiempo (apartado a)<sup>214</sup>.

---

210 Se considera que este proyecto, que supone una revisión y sistematización del Derecho de contratos de Reino Unido llevada a cabo por el jurista MacGregor en las décadas de los años 60 y 70, sirvió como importante base al equipo de redacción de Pavía en su empeño por coordinar el Derecho continental con el anglosajón (De Cores Helguera, 2009, pp. 17, 18); aunque puede resultar llamativo que se destaque su influencia, precisamente, a propósito de este precepto.

211 Concretamente, se habla de Antunes Varela, Vigneron, o los españoles De los Mozos y García Cantero (Gandolfi, 2004, p. 217).

212 *Ibíd.* La traducción es nuestra.

213 No en vano, la formulación negativa del artículo ha sido muy criticada por autores como Caballero Lozano, por considerarla un defecto de enfoque desde el punto de vista formal que “toca el fondo de la institución”. Para el autor, hubiera sido más correcto señalar, en primer lugar, los casos en los que el deudor incurre en mora, pudiendo posteriormente añadirse aquéllos en los que, o bien se considera que no existe el retraso, o bien éste no da lugar a responsabilidad. En su lugar, dice el autor que el texto “da por supuesta una regla general que necesariamente hemos de averiguar” (2003, pp. 395, 396).

214 “1. El deudor no puede ser constituido en mora: a) si, para el cumplimiento, no se ha fijado de común acuerdo una fecha final o no se ha establecido un plazo constituido por un determinado

Este primer apartado, que es el que se correspondería en mayor grado con las previsiones clásicas sobre la mora del deudor en los Códigos continentales, recoge varios aspectos destacables.

En primer lugar, parece claro que hablamos de una mora general interpelatoria, por cuanto expresamente se hace referencia al requisito de la interpelación como condicionante de la constitución en mora del deudor. Ahora bien, el alcance de esta interpelación no resulta del todo claro, toda vez que el sentido completo del artículo y, en concreto, la relación entre las dos circunstancias a las que se refiere el apartado (esto es, la fijación de tiempo para el cumplimiento y el requerimiento al deudor por parte del acreedor) podría ser interpretada, en nuestra opinión, de maneras diversas.

Así, existen ejemplos en la doctrina en los que se entiende que lo que hace el apartado primero del artículo 96 del Proyecto es presentar una disyuntiva entre ambos presupuestos, de tal forma que ambas circunstancias, aunque podrían, teóricamente, acumularse, por sí mismas son suficientes para procurar la constitución en mora del deudor<sup>215</sup>: esto es, que la mora se dará bien si se ha pactado o marcado por el acreedor un momento para el cumplimiento, a la llegada de este momento, bien en el momento en el que el acreedor intime al deudor.

Si esto fuera así, habría que entender que la interpelación será necesaria únicamente cuando la obligación sea pura; mientras que, si se ha marcado un momento para el cumplimiento, la simple llegada de este momento determinaría la constitución en mora del deudor. Mora automática, por tanto, en las obligaciones a plazo o a término, y plena vigencia del brocardo *dies interpellat pro homine*, como sucede en un buen número de ordenamientos continentales<sup>216</sup>.

Sin embargo, nos parece que, si fijamos nuestra atención en un detalle de la redacción del artículo, esta interpretación podría variar.

---

período de días, meses o años, y el acreedor no ha requerido previamente al deudor, por escrito, el cumplimiento de la obligación, fijándole un plazo razonable para ello” (trad. Rogel, 2009).

215 Vaquer Aloy dice que “es necesario bien que se haya fijado un plazo esencial de cumplimiento en la obligación, bien que el acreedor intime al deudor para colocarlo en mora” (2003, p. 532). En el mismo sentido, Caballero Lozano, 2003, pp. 397, 398.

216 No obstante, el propio Vaquer Aloy relaciona esta previsión con la fijación de un plazo esencial de cumplimiento (2003, p. 532), si bien parece que más bien, en todo caso, se trataría de un supuesto de mora automática, como defendemos en el texto, toda vez que la llegada del término o la finalización del plazo permitiría un cumplimiento posterior. En este sentido, para Caballero Lozano, el efecto del transcurso de este plazo “no es el de tener la obligación por definitivamente incumplida, sino (...) su constitución en mora” (2003, p. 397).

Y es que no dice el artículo que el deudor no se encontrará en mora si no hay momento marcado para el cumplimiento o si el acreedor no intimara al deudor (*sensu contrario*, que el deudor estará en mora cuando se den cualquiera de estas dos circunstancias); sino que el precepto utiliza la conjunción “y” (“et”, en el original en francés), por lo que parecería que ambos requisitos se acumularían, debiendo entonces darse a la vez. Esto implicaría que tendrían que darse dos circunstancias para constituir al deudor en mora: que el acreedor lo intimara, y que se hubiera fijado un momento para el cumplimiento de la obligación. Esta interpretación daría lugar al sorprendente resultado de que la mora sólo podría darse cuando la obligación estuviera sujeta a plazo o a término, de tal manera que el deudor no podría encontrarse nunca en mora cuando la obligación tuviera el carácter de pura.

Cabría preguntarse si, para solucionar la cuestión que se plantea, la mora del deudor podría darse a través de la identificación del plazo razonable concedido a propósito de la intimación con el plazo de cumplimiento, siempre y cuando las consecuencias de la mora comenzaran a devengarse únicamente tras el transcurso del mismo, toda vez que el aviso formal se habría dado ya con la primera —y, en principio, única— notificación del acreedor. En este posible mecanismo subyacería, nos parece, la idea de que ningún deudor se encuentra retrasado en tanto en cuanto el acreedor no le interpela.

No obstante, esta última opción, que tal vez pudiera tener ciertos visos de conveniencia, no parece del todo ortodoxa: el plazo de cumplimiento inicial de la obligación y el plazo para cumplir que se da tras la intimación no tienen la misma naturaleza ni, tampoco, los mismos efectos. Basta pensar en el hecho de que sólo en el segundo de ellos comenzarían a devengarse los efectos de la mora; entre ellos, el devengo de intereses en las obligaciones pecuniarias.

Sin embargo, lo cierto es que la literalidad del artículo parece apuntar en esta precisa dirección, y todavía menos aceptable es pensar que la mora del deudor se reserva sólo para los casos en los que se haya marcado un momento para el cumplimiento. Y aún a pesar de esto, la conclusión más instintiva, sensata, y, también, acorde con las declaradas fuentes de inspiración del artículo —en gran medida, Códigos continentales que acogen o no el principio *dies interpellat pro homine*, pero se basan en un modelo como el primero de los expuestos— es pensar que la redacción es claramente desafortunada y, cuando menos, confusa, y que no acierta al tratar de transmitir su mensaje; que sería que la constitución en mora del deudor se produce bien por la llegada del término, bien por la intimación del acreedor, cuando la obligación sea pura, algo que, como se ha dicho, es apoyado por la doctrina.

En todo caso, no cabe duda de que una formulación en sentido positivo habría ayudado a hacer esta importante previsión más fácilmente inteligible.

Volviendo, de nuevo, sobre la interpelación, puede añadirse que el artículo la sujeta, en primer lugar, a un requisito de fondo, estableciéndose que en la comunicación que el acreedor dirija al deudor deberá requerirle el cumplimiento y, además, fijarle un plazo razonable para que lleve a cabo dicho cumplimiento. Por otra parte, esta comunicación deberá también observar una cierta forma, puesto que se exige que sea remitida por escrito. A falta de mayores precisiones, puede concluirse que será válida la intimación tanto extrajudicial como judicial.

Atendiendo ahora al apartado b) del mismo artículo 96, en él se dispone que tampoco incurrirá el deudor en mora si el acreedor o el juez le hubieran concedido de manera previa un plazo adicional para el cumplimiento<sup>217</sup>. Esto es evidente: si el deudor tiene un plazo para cumplir mayor del inicialmente fijado, no se encontrará en situación de mora en tanto en cuanto ese segundo plazo de cumplimiento no expire. El precepto se refiere claramente a un plazo adicional de cumplimiento otorgado con anterioridad a la llegada del plazo de cumplimiento inicial (“preventivamente”, indica); y, por tanto, con anterioridad al incumplimiento de la obligación por retraso y, desde luego, de la propia mora y sus efectos, con lo que se distingue claramente del mecanismo *nachfrist*<sup>218</sup>.

En tercer lugar, el artículo 96 fija su atención en las obligaciones sinalagmáticas. En este apartado c) se dispone simplemente, de un modo sintético, que el deudor no incurrirá en mora mientras que el acreedor se halle retrasado con respecto a su propia prestación<sup>219</sup>.

Por una parte, se aprecia que no se estudia la incidencia de las obligaciones de cumplimiento no simultáneo, y, por otra, que la redacción podía, una vez más, haber

---

217 Además de estudiar los casos en los que el juez puede, efectivamente, otorgar un plazo adicional para el cumplimiento, Caballero Lozano destaca que también podría incluirse el supuesto en el que las partes pactaran un aplazamiento, aunque no lo diga el precepto (2003, p. 399).

218 En sentido similar, Caballero Lozano aclara que el artículo 96 se refiere al supuesto en el que el deudor no hubiera incurrido todavía en responsabilidad, diferenciándolo el autor, sin hacer mención del plazo adicional, de los casos en los que el acreedor decidiera condonar la responsabilidad en la que el deudor hubiera incurrido, supuesto en el que entiende el autor que las consecuencias de la mora quedarían purgadas (*ibíd.*). Más adelante nos centraremos en este último aspecto.

219 “1. El deudor no puede ser constituido en mora: c) si, en los contratos sinalagmáticos, el acreedor se retrasa en el cumplimiento de la obligación que debe y respecto de la cual se había previsto un plazo, ya vencido” (trad. Rogel, 2009). En palabras de Vaquer Aloy, “ninguna de las partes incurre en mora si la otra no cumple su prestación” (2003, p. 532).

sido más clara, puesto que sigue dejando dudas sobre si la intimación es o no necesaria; llegando a estimarse por algún autor que el artículo podría hacer referencia a distintas situaciones al respecto, en función de que se hubiera pactado o no un momento determinado para el cumplimiento<sup>220</sup>.

Por último, en el apartado d) se dispone, razonablemente, que tampoco se situará en deudor en mora cuando hubiera ofrecido el cumplimiento, solicitando al acreedor que lo reciba<sup>221</sup>. Deja el artículo a salvo los efectos de una posible mora del acreedor, que, como hemos dicho, se encuentra regulada con cierto detenimiento en los artículos 103 a 105. En este sentido, el artículo 104 se dispone que, para entender que el acreedor ha incurrido en mora, deberá el deudor requerir por escrito al primero, especificando cuáles son los comportamientos activos u omisivos que impiden el cumplimiento de la obligación, y concediéndole un plazo apropiado, y en todo caso no inferior a quince días, transcurrido el cual se entenderá que el acreedor es, efectivamente, moroso.

Por lo que hace a la segunda parte del artículo 96 del Anteproyecto, y una vez descritas las circunstancias que *no darán lugar a la mora*, se dispone que finalizados los términos descritos en los apartados a) y b), y salvándose las situaciones previstas en las letras c) y d), el deudor se encontrará en situación de mora —algo que podría haberse dicho en la primera parte del artículo<sup>222</sup>—, de la cual se desprenden una serie de efectos.

## **2.2. Los efectos de la mora**

La segunda parte del artículo 96 se dedica, salvo en su primera frase, a recoger específicamente los efectos de la mora del deudor. Se trata de una elección que, desde luego, no siempre se aprecia en los Códigos europeos —por ejemplo, en el nuestro— y que debe ser aplaudida.

---

220 Para Caballero Lozano, este apartado puede dar cabida a distintas situaciones, en función de las cuales será necesario simplemente el cumplimiento de la parte para constituir a la otra en mora, o bien también la intimación, dependiendo de si se ha fijado un momento para el cumplimiento o no (2003, p. 400), en una especie de remisión al apartado primero de esta primera parte del artículo.

221 “1. El deudor no puede ser constituido en mora: d) si el deudor ha ofrecido, a su debido tiempo, el cumplimiento total de la prestación debida al acreedor, solicitando al mismo tiempo que la reciba, a salvo los efectos de la eventual constitución en mora de este último” (trad. Rogel, 2009).

222 Caballero Lozano entiende que, aunque se trata de un defecto formal menor, en comparación con el que supone la formulación en negativo del primer párrafo del artículo, sería necesaria la traslación de esta frase, que vuelve a incidir en los casos de mora descritos en la primera parte del artículo, a ese apartado primero, de manera que el segundo quedara únicamente dedicado a los efectos de la mora (Caballero Lozano, 2003, p. 395).



Entre estos efectos, especifica el precepto que el deudor no se verá liberado de su obligación y será responsable de los daños que se deriven en función de lo dispuesto por los artículos 162 y siguientes (dedicados a fijar el régimen general de responsabilidad civil), siendo responsable por la pérdida o destrucción de la cosa o por la imposibilidad ocurrida durante la ejecución aunque no deriven de causas que le sean imputables, salvo que demuestre que el evento dañoso habría ocurrido de idéntico modo de encontrarse la cosa o la obra debida en poder del acreedor.

Como se ve, el art. 96 del Proyecto se refiere a los dos efectos clásicos de la mora en el Derecho continental.

### **2.2.1. El efecto de traspaso de riesgos**

El Anteproyecto se distingue de otros textos de modernización al disponer que el deudor moroso responderá por la pérdida o imposibilidad aunque la cosa se hubiera perdido o la obligación hubiera devenido imposible por causas que no le fueran imputables, si bien se acoge expresamente la excepción de que el deudor podrá sustraerse de este efectos siempre que pruebe que la pérdida habría acontecido de igual modo de haber estado la cosa en poder del acreedor. Para este caso, no obstante, se añade que el deudor deberá transmitir al acreedor cualquier cantidad cobrada “del responsable o de un asegurador por la destrucción o la sustracción de la cosa debida o por el cumplimiento de la obra”<sup>223</sup>, quedando claro que, si bien podría de este modo excusar su incumplimiento eficazmente, no podrá enriquecerse a costa de este incumplimiento<sup>224</sup>.

### **2.2.2. El efecto indemnizatorio**

En segundo lugar, el artículo 96 liga la mora del deudor con las previsiones que en los artículos 162 y siguientes del mismo texto regulan la responsabilidad civil.

De este modo, puede entenderse que, desde el momento en que el deudor es constituido en mora, estará sujeto a la responsabilidad contractual, precisada en función de los preceptos nombrados, en los que pueden apreciarse distintas precisiones a este efecto.

### **A. El resarcimiento de los daños en las obligaciones no pecuniarias**

En el artículo 162 del Proyecto se indica que el deudor deberá, salvo caso de dolo o culpa en su actuación, sólo los daños que deba razonablemente entenderse que había implícitamente asumido (art. 162.4)<sup>225</sup>. A su vez, también se prevé la posibilidad de

---

223 Trad. Rogel, 2009.

224 En este mismo sentido, Caballero Lozano, 2003, p. 401.

225 En opinión de Jiménez Muñoz, esta previsión es equivalente al criterio de la previsibilidad

excusar el incumplimiento a los efectos de la indemnización de los daños causados cuando el deudor pueda demostrar que el incumplimiento —en cualquiera de sus modalidades— no es atribuible a su conducta, “habiéndose producido por efecto de una causa (extraña) imprevisible e irresistible”<sup>226</sup> (art. 162.1), con matizaciones directamente relacionadas con el acogimiento por este texto de la distinción entre obligaciones de medios —que sí se relacionan con criterios de culpabilidad<sup>227</sup>— y de resultados (art. 162.3)<sup>228</sup>.

En el mismo artículo y los siguientes se regulan, además, otras cuestiones que se destacan con respecto a otros textos<sup>229</sup>, como la posibilidad de establecer una “valoración equitativa del daño” para los casos en los que la determinación del montante a indemnizar sea particularmente difícil, así como atendiendo a las circunstancias del acreedor, pudiéndose “limitar equitativamente la entidad de los daños resarcibles” (art. 168), o, en una previsión que destaca por su amplitud, la función y el modo de darse el resarcimiento (art. 166), respecto a lo cual se indica que la indemnización tiene “la función específica de eliminar las consecuencias dañosas del incumplimiento”, por lo que se prevé expresamente la indemnización tanto del interés positivo del acreedor, como la del interés negativo<sup>230</sup>, precisándose, además, un procedimiento un tanto llamativo para la puesta en marcha del remedio indemnizatorio,

---

(2009, p. 430), identificable en la generalidad de los textos de modernización. Alonso Pérez la relaciona con una limitación de la responsabilidad (2005, pp. 835-839).

226 Trad. Rogel, 2009.

227 *Vid.* Vattier Fuenzalida, 2008 p. 1859. El artículo 162.3 se refiere, en concreto, a criterios como la diligencia, para la generalidad de las obligaciones de medios (en relación con el artículo 75.3), y la culpa grave, para los supuestos en que el profesional se adentra, con el fin de procurar el cumplimiento, en un terreno en el que la experiencia científica no hubiera alcanzado resultados consolidados.

228 Vicente Domingo destaca la distinción existente entre ambos tipos de obligaciones como vía principal para alcanzar una solución de consenso entre el Derecho anglosajón y los Derechos continentales, al permitir mantener el criterio subjetivo de la culpa para las obligaciones de medios, y al mismo tiempo prescindir de éste para las obligaciones de resultado (*vid.* también Gandolfi, 2001, p. 461); lo cual, para la autora, mantiene al Proyecto próximo a los sistemas continentales (2003, p. 603).

229 Al margen de otras también observadas en la generalidad de los textos de referencia, como la determinación de los tipos de daños indemnizables (arts. 163, 164) o la colaboración del acreedor, con sus actos, en la causación del daño (art. 167).

230 A propósito de esta cuestión, indica Jiménez Muñoz que el Proyecto Gandolfi “va bastante más allá” que otros textos comentados, como los PECL o los Principios Unidroit; si bien, por otra parte, se aparta del principio del resarcimiento integral cuando dispone que el juez podrá limitar equitativamente la entidad de los daños y perjuicios en virtud de lo dispuesto por el artículo 168, esto es, en función del “comportamiento, el interés y las condiciones económicas del acreedor” (2009, p. 430); en una facultad que a cierto sector doctrinal resulta excesiva (Vicente Domingo, 2003, p. 617).

respecto del que se prevé el transcurso de un plazo a transcurrir entre la “petición de indemnización” y la de “determinar” (también habla de “constatar” y de “verificar”)<sup>231</sup> la existencia y entidad del daño resarcible, en sede judicial o arbitral.

## **B. El resarcimiento de los daños en las obligaciones pecuniarias**

En segundo lugar, y si nos encontramos ante una obligación de tipo pecuniario, habrá que acudir al artículo 169, que, a diferencia de lo que sucede con respecto a la indemnización para las obligaciones no pecuniarias, que permite alegar excusa exoneratoria, sí establece un sistema de responsabilidad objetivo estricto, estableciéndose expresamente que el deudor deberá siempre resarcir al acreedor, “no pudiendo invocar la eximente del artículo 162, apartado 1”<sup>232</sup>, y que además deberá hacerlo sin que el acreedor deba probar daño alguno. La cantidad a pagar se determina en función al resto de números del mismo artículo, que detallan un régimen que, no obstante, está sujeto a posible cambio por las partes a través de pacto, como dejan claro varias llamadas del mismo artículo y, en particular, la del apartado sexto (“Queda a salvo cualquier convención diversa”). Se prevé, además, una compensación por los daños sufridos a propósito de la devaluación monetaria sobrevenida (art. 169.2), además de acogerse expresamente el devengo de intereses anatocísticos, que igualmente serán susceptibles de revalorización (art. 169.5).

No hace el artículo, por último, referencia alguna a la cuestión del mayor daño, si bien la doctrina ha entendido que esta posibilidad se encuentra presente en el texto del Proyecto<sup>233</sup>.

---

231 Trad. Rogel, 2009.

232 Trad. Rogel, 2009.

233 La doctrina ha extraído esta posibilidad del hecho de que el Proyecto recoja, en algunos de sus artículos, el derecho del acreedor a ser indemnizado por los perjuicios que el incumplimiento le haya causado, sin perjuicio de otras medidas que, en su caso, podrían acumularse. Se han citado, en concreto, los artículos 116 y 162 (Jiménez Muñoz, 2009, p. 432). El artículo 116, en primer lugar, indica que “en caso de incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, el acreedor tiene el derecho de obtener del deudor el resarcimiento de los daños sufridos, del modo previsto en los artículos 162 y siguientes” (trad. Rogel, 2009). Por otra parte, en el artículo 162 se alude genéricamente al incumplimiento (así como al cumplimiento inexacto y al retraso) como supuesto en el cual el deudor está obligado a resarcir los daños que razonablemente se consideren consecuencia del mismo. En estos artículos se transmite, por tanto, la idea de que los daños causados por el incumplimiento, cualquiera que sea su forma, deberán ser indemnizados; cosa distinta es, nos parece, los conceptos que permitan estructurar y dar base a esta reclamación concretamente —por ejemplo, si para que un retraso pueda dar lugar a indemnización, éste ha de tornarse en mora previamente—. En todo caso, parece que la idea detrás del texto es la de permitir el resarcimiento de los daños, una vez superadas las cautelas y alcanzados los presupuestos que permitan canalizar la petición del daño, por lo que probablemente podría indemnizarse el mayor daño; si bien no habría estado en absoluto de más una clarificación expresa al respecto. Por otro lado, no resultaría de aplicación el art. 168, que permite la

### C. Las dudas causadas por las menciones al retraso en distintos artículos del Anteproyecto

Si hasta ahora hemos hablado de la mora del deudor recogida en el artículo 96 del Proyecto, y del resarcimiento de los daños como consecuencia de esta mora, se ha de admitir que existen elementos en los artículos 162 y siguientes que causan cierta duda en torno a cuál sea el concepto, dentro de los distintos tipos de incumplimiento que expresamente se contemplan en estos artículos, capaz de dar lugar a resarcir daños.

Y ello porque no se habla únicamente de incumplimiento, sino que se precisan los distintos tipos de incumplimiento que pueden dar lugar a la activación del remedio indemnizatorio —entendemos que con el mero ánimo de despejar dudas en torno a que todos los tipos de incumplimiento pueden dar lugar a este remedio, y no únicamente el incumplimiento definitivo—, y así, se habla, en el artículo 162, por ofrecer ejemplo del artículo central en la materia, de “incumplimiento, de incumplimiento inexacto o de retraso” (en la versión original en francés, de “inexécution, d’exécution inexacte ou de retard”). Puede observarse que no se habla específicamente de *mora*, sino de *retraso*.

Lo mismo ocurre en otros artículos del mismo apartado: así lo hace el artículo 163, que, al hablar del daño resarcible y, en concreto, del lucro cesante (apartado b), hace referencia al “momento del incumplimiento o el retraso” como momento a partir del cual deben evaluarse esos daños; el artículo 169.1, al tratar reparación de los daños causados en las obligaciones pecuniarias; o el artículo 170, dedicado a la cláusula penal, en el que, además, se prevé, en su apartado tercero, que el acreedor “podrá exigir el cumplimiento o la prestación prevista en la cláusula penal solo si esta última se hubiera estipulado para el *simple retraso*”, en una llamada expresa al simple retraso que, no obstante, y dado el contexto, podría entenderse como referencia general al retraso (en la forma en que fuera eficaz) en contraposición al incumplimiento definitivo, para el que también puede pactarse dicha cláusula<sup>234</sup>.

---

limitación de la indemnización por el juez, que cabe entender se proyecta sólo sobre las obligaciones no pecuniarias.

<sup>234</sup> En este artículo, además, se prevé que la indemnización consistirá en la cantidad debida a propósito de la cláusula penal a menos que las partes hubieran pactado la indemnización de ulterior daño (apartado primero); que la cantidad debida en concepto de cláusula penal no precisará de prueba de la existencia y alcance del daño sufrido (apartado segundo); la facultad de moderación judicial de la pena (apartado cuarto); y la general ineficacia de las cláusulas penales contenidas en cláusulas generales de contratos con consumidores (apartado quinto). De entre estos puntos, puede destacarse el último, por cuanto se refiere no ya la moderación de la cuantía de la cláusula por excesiva, según lo que se perfila en las nuevas tendencias, como veremos, sino su nulidad. Esto podría, a decir de De Castro Vítors, cimentarse sobre la idea de que se trataría de una cláusula abusiva (2003, p. 621).

Fuera de este apartado, se observan también referencias al retraso en otros artículos, como el 86.5, que dispone que el deudor será responsable por los perjuicios causados por la devaluación monetaria en caso de retraso, o el 111.3, en materia de ejecución en forma específica, que prevé que el juez pueda imponer el pago de una multa por el retraso —habla, incluso, de cada día de retraso—, sin que se haga referencia a una necesidad de previa constitución en mora.

Es evidente que el hecho de que se mencione al retraso en todos estos casos y no a la mora puede llevar a preguntarnos si el resarcimiento de los daños se anuda exclusivamente a ésta o también al retraso no constitutivo de mora.

Pues bien, en relación con los artículos relacionados estrictamente con el resarcimiento de los daños (tanto en obligaciones no pecuniarias como en obligaciones pecuniarias), parece que la referencia expresa contenida en el artículo 96 del Proyecto serviría como ligazón para entender la correspondencia entre el resarcimiento de los daños y la situación de mora. Sin embargo, dado que, además, no existe precepto que en general sancione la falta de relevancia del mero retraso, o la eficacia exclusiva de la mora a efectos indemnizatorios, cabe lamentar que la redacción del Proyecto en este punto no haya sido más precisa, puesto que deja cierto lugar a la indeterminación.

En relación con los otros artículos mentados, la duda puede ser todavía más razonable, especialmente en casos como el del artículo 111.3, especialmente considerando que en el artículo 96 del Anteproyecto no se contiene, como sucede en nuestro artículo 1100 CC, previsión alguna relacionada con una posible mora automática por ley (tampoco por convenio entre las partes), por lo que casos como éste parecen difícilmente reconducibles a ese concepto, y sólo podría entenderse que hacen referencia a la mora si toda mención del retraso se identifica con dicho concepto —es más fácil en el caso de los artículos dedicados al régimen de la responsabilidad civil, como se ha dicho, por remisión expresa del artículo 96—.

También quedaría bajo la sombra de la duda el artículo 170 sobre cláusula penal, aunque la referencia expresa al “simple retraso” no nos parece significativa, por lo ya explicado (no parece que haga referencia al simple retraso en contraposición con la mora, sino en contraposición con la inejecución definitiva); así como el 86.5 sobre devaluación monetaria por retraso, pudiendo entenderse tal vez como una referencia general al retraso, si bien el mismo contiene referencias al artículo 169, en sede de indemnización de las obligaciones pecuniarias, que ya se ha dicho que era más fácilmente relacionable con la mora del deudor (si bien ello no quiere decir que el art. 86.5 hubiera de serlo).

Por otra parte, y aunque no nombre al retraso, el artículo 116 sí dispone que “en caso de incumplimiento, sea cual sea su gravedad, el acreedor tiene el derecho de

obtener del deudor el resarcimiento de los daños sufridos”, lo cual podría dar la idea de que el retraso, en cuanto forma de incumplimiento o incumplimiento “menor” debería poder ser también indemnizado. Esto se ha de contrastar, empero, con el recordatorio de que la definición de incumplimiento en este Proyecto no se refiere, como sí hacen otros textos, a tipos concretos de incumplimiento, por lo que aquí sería más difícil establecer una conexión —como la que sí es fácilmente apreciable en esos otros textos— que directamente condujera a pensar que el mero retraso puede dar lugar a los remedios frente al incumplimiento en condiciones de igualdad con respecto a otros tipos de incumplimiento (o, en este caso, con respecto a la mora, para las consecuencias que le son propias).

En este sentido, puede también pensarse que los daños causados por el incumplimiento serán, claro está, resarcibles; pero que este incumplimiento debe revestir ciertas formas o requisitos mínimos a través de los cuales canalizar las reclamaciones y entenderse producido, además, el propio daño.

En fin, existiendo argumentos que pueden contraponerse entre sí (la falta de previsión de mora automática y la referencia al retraso y no a la mora como argumentos a favor de la relevancia del mero retraso; y la falta de descripción del retraso en sí mismo considerado como supuesto autónomo de incumplimiento, o la consagración de la mora del deudor y su expresa relación con el resarcimiento del daño como argumentos en contra), y que, incluso, en algún caso, pudieran funcionar en ambas direcciones (que no exista precepto alguno que resuelva esta cuestión), parece difícil llegar a una conclusión con una absoluta seguridad. Con todo, nos parece que tienen más peso los argumentos a favor de la opción que dicta que la mora habría de ser la única causa, en el marco del retraso, de resarcimiento de daños; si bien se ha de admitir que existen casos en los que el texto parece dictar consecuencias nacidas del mero retraso, en unas previsiones que sería difícil encajar en una categoría —faltando referencia a la mora automática por designación de ley— más allá de la del propio ministerio de la Ley (si este texto lo fuera).

Por otra parte, la escasa doctrina que se ha referido a esta cuestión ha considerado que las referencias hechas al retraso por los artículos mentados no pueden considerarse fruto de la casualidad o del descuido. La interpretación que estas menciones ha recibido es que los redactores del texto han querido anudar efectos al mero retraso (aunque se identifica, al mismo tiempo, la relevancia del mero retraso con la mora automática), y que por ello, precisamente, el artículo 96 se expresaría en sentido negativo: porque se habría querido transmitir la idea de que, partiéndose del principio general de

responsabilidad por retraso, existen supuestos en los que, sin necesidad de constituir en mora, se dan circunstancias para el deudor<sup>235</sup>.

En resumen, es evidente que la cuestión no está clara. En todo caso, si se admitiera esta postura, ni se acaba de comprender el alcance del artículo 96, ni tampoco que éste se refiera a los artículos 162 y siguientes del Proyecto ni, desde luego, cuáles serían los elementos diferenciadores entre ese mero retraso y la mora, puesto que no habría claridad alguna en torno a cuáles habrían de ser el régimen o las consecuencias de una y otra institución<sup>236</sup>.

#### **D. Pero, además, los intereses compensatorios**

Además de lo ya dicho, vale la pena reseñar que, en materia de obligaciones pecuniarias, y además de los intereses del artículo 169 del Proyecto, que pueden claramente identificarse —aunque ello no se diga— con intereses moratorios, es posible detectar la previsión que se hace, para algunos supuestos, de devengo de intereses que pueden ser identificados como compensatorios, y que deben igualmente tenerse en cuenta y distinguirse con respecto a los primeros.

Es el caso de la previsión que hace el artículo 86.3 del Proyecto, en el que se dice expresamente que “si una deuda pecuniaria debe ser pagada en un momento posterior a aquél en que ha nacido, el deudor, salvo pacto contrario o diverso, está obligado a satisfacer al acreedor intereses compensatorios”, incidiendo en el derecho del acreedor a ser compensado por la devaluación de la moneda, cuando ésta sea superior al 50% del valor de la deuda al momento de su vencimiento, a través de una suma ulterior a calcular según los criterios indicados en el artículo<sup>237</sup>.

---

235 Caballero Lozano, 2003, p. 397.

236 Caballero Lozano sugiere que el doble régimen que se apreciaría en el Anteproyecto se identificaría con la distinta protección que se habría de dispensar a los contratantes según nos encontráramos ante una relación entre empresarios o una relación con consumidores, entendiendo que deben regir principios distintos en una y otra (la rapidez del tráfico y el *favor debitoris*, respectivamente), lo cual, a su entender, conecta con la Directiva 2000/35/CE sobre morosidad en las operaciones comerciales (2003, p. 398; en particular, la nota al pie n.º 5). Sin embargo, se ha de apostillar que de esta Directiva se excluyen específicamente las relaciones de consumo, como veremos; y, sobre todo, que no parece posible distinguir en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos una doble regulación del retraso en función del sujeto. Por lo demás, tampoco parece muy claro que ésta pudiera ser una razón para la formulación negativa del artículo 96, como parece sugerirse. Si se hubiera querido establecer un régimen para el mero retraso y otro para la mora, habría sido mucho más sencillo y claro hacerlo así expresamente.

237 De todos modos, y aunque se permite pacto en contrario, el apartado quinto del mismo artículo 86 prevé de manera general que, siempre que el deudor se encuentre retrasado, deberá responder por los daños causados al acreedor por la devaluación monetaria sufrida, como también indica el artículo 169 (al que el mismo 86.5 se refiere y remite) para los intereses moratorios.

Puede considerarse que esta previsión se basa en la idea de la natural productividad del dinero, que determinará el devengo automático de intereses, salvo pacto en contrario, siempre que exista un intervalo de tiempo entre la entrega de una suma y su restitución, nos dice la doctrina, sin necesidad de que se llegue a incurrir en mora<sup>238</sup> —o siquiera, nos parece, en retraso simple—. A esto puede añadirse, además, que los intereses pagados espontáneamente en cantidades superiores a las debidas no darán derecho a la repetición, salvo que sean usurarias, como expresamente indica el apartado cuarto del mismo artículo.

Por último, ha señalado la doctrina que también se produce una previsión general de intereses, que tendrían el carácter de compensatorios, igualmente, para los casos de restitución, que vienen previstos por el artículo 160 del Proyecto<sup>239</sup>. El apartado quinto del precepto dispone específicamente el devengo de intereses, incluyendo una suma suplementaria en concepto de revalorización, para el caso de las restituciones de sumas de dinero; mientras que, para las restituciones de cosas, se estipula que deberá pagarse una suma de dinero por el uso de la misma y su depreciación, fijada por las partes o por el juez, a la que podrá añadirse los intereses de dicha suma y, en su caso, la revalorización. Todo ello calculado, según indica el apartado sexto del mismo artículo, en función del artículo 169, apartados 3 y 4.

Por lo demás, cabe suponer que en más de un supuesto unos intereses y otros —los moratorios y los compensatorios— coincidirían, toda vez que obedecen a consideraciones distintas.

### **3. Valoración general del texto y del tratamiento del retraso**

Como se ha dicho, el Proyecto de la Academia de Pavía responde a unas circunstancias particulares que determinan que en él no se deje notar la influencia de textos que con posterioridad han asumido un papel de clara relevancia en materia de modernización del Derecho de obligaciones y contratos; por lo que, aun respondiendo a muchos principios comunes, existen también notables variaciones, tanto en el fondo como en la forma, con respecto a estos textos.

No en vano, se ha dicho que, en parte por causa de la herencia recibida de sus principales inspiraciones<sup>240</sup> se trata de un texto clásico, en general, que pretende regular

---

238 Jiménez Muñoz, 2009, p. 426.

239 *Ibíd.*

240 En concreto, el *Contract Code* de McGregor antes mencionado, en cuanto a síntesis del Derecho inglés y el escocés, y el Código Civil italiano, por contener la influencia de los Códigos alemán y francés; sin perjuicio de otras influencias secundarias, como los Códigos suizo, portugués,



todos los aspectos de la materia que trata, condensando en un solo precepto, normalmente, cada institución, y aportando soluciones prácticas<sup>241</sup>, en lugar de suponer una suerte de *Restatement* de las doctrinas imperantes en Europa, como se ha entendido que lo son otros textos (como los PECL)<sup>242</sup>. Se admite que, probablemente por ello, la redacción del Proyecto no siempre alcanza la nitidez que habría sido deseable, resultando un tanto prolija y reiterativa, con numerosos reenvíos entre artículos del mismo texto que tampoco ayudan precisamente a clarificar su lectura<sup>243</sup>.

Pudiendo considerarse, entonces, un texto más bien clásico (dentro de la corriente modernizadora), no sorprende que, como se ha dicho con anterioridad, el principio *favor debitoris* haga su aparición a través de diversas manifestaciones; sin perjuicio de lo cual se evita el recurso al juez en exceso<sup>244</sup>, por lo que en este último aspecto no puede compararse a otros instrumentos de corte clásico o moderado.

Dicho esto, puede valorarse que, en concreto, el reconocimiento de la mora del deudor (así como, en general, el tratamiento de los remedios frente al incumplimiento) se corresponde con uno de los puntos en los que se aprecia una clara divergencia respecto de la corriente modernizadora principal. No obstante, se ha visto que los términos en los que esta mora se recoge dan pie a dudar sobre la eficacia omnicompreensiva de la mora en relación con el efecto indemnizatorio; así como sobre otras cuestiones relevantes en materia de mora, como el de la liquidez de la deuda o el de la culpabilidad en el retraso<sup>245</sup>, así como sobre la posibilidad de la existencia de un cumplimiento tardío.

---

holandés o español, y, además, las Directivas comunitarias dedicadas a la protección de los consumidores (Vattier Fuenzalida, 2008, pp. 1846, 1847).

241 Gandolfi, 2001, p. 458.

242 Vattier Fuenzalida, 2008, p. 1847.

243 *Ibíd.*

244 Explica Vattier Fuenzalida que “no por desconfianza, sino porque se ha querido evitar a toda costa la ‘renacionalización’ del futuro Derecho uniforme a la hora de ser aplicado por los tribunales en los distintos Estados miembros”, con la sorprendente excepción que supone el hecho de que, ante un conflicto entre una norma comunitaria y una constitucional, el artículo 140.3 dé preferencia (“inexplicablemente”) a la norma interna (2008, p. 1848).

Gandolfi comenta que a propósito de la claridad y la rapidez se dispone en el Proyecto que, para hacer valer un derecho, no será necesario acudir al juez, pudiendo la parte afectada enviar a la contraparte una declaración motivada (dice que “como en el Derecho alemán”) (2001, pp. 462, 463). A ello se suma, además, la disposición de un procedimiento arbitral para la resolución de las controversias (art. 173)

245 Que Caballero Lozano, entendiendo que se trata de un requisito connatural de la mora, extrae del artículo 45.2. del Proyecto (2003, p. 396); cuya literalidad no nos parece concluyente a estos efectos.

Se ha dicho que todas estas dudas pueden ser resueltas en una actividad deductiva a partir de la “común tradición histórica y del sistema”; no obstante lo cual, habría sido deseable contar con una redacción mucho más clara<sup>246</sup>.

Al margen de la configuración concreta, lo más relevante de este texto es, con seguridad, el hecho de que se trate de un texto de modernizador que expresamente acoge en su sistema la figura de la mora. Si buscamos una justificación para este hecho, además de la propia utilidad de la mora en la que sin duda confiaban los redactores, tal vez podría apreciarse también algún tipo de relación con el hecho de que el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos pretendiera regular todos los tipos de contratos, incluyéndose así tanto los que podrían caer en la categoría de contratos mercantiles, como aquellos otros que serían más puramente civiles<sup>247</sup>, en los que la figura puede resultar particularmente útil.

Por otra parte, del texto presentado puede valorarse también su detallada regulación del resarcimiento de los daños y, en concreto, de los intereses, incluyendo no sólo los de tipo moratorio —de carácter estrictamente objetivo— sino también, y en combinación con éstos, de intereses compensatorios para ciertos supuestos; así como, por otra parte, de aquellas previsiones relacionadas con la devaluación monetaria o la irrepetibilidad de las cantidades pagadas en exceso en concepto de intereses, que merecen ser destacadas entre las muchas cuestiones que pueden considerarse novedosas en este texto.

De todos modos, es importante resaltar que, al realizar el análisis del texto, nos hemos centrado meramente en aquellos aspectos que más interés podían despertar, sin ahondar excesivamente en otras cuestiones, entre otras razones, porque la importancia práctica de este texto ha quedado sumamente mermada con el paso de los años. Quizás porque el Proyecto Gandolfi se aleja en muchos aspectos de las pautas modernizadoras, ha sufrido una suerte peor que la de otros textos, teniendo, a la larga, un predicamento mucho menor.

Además, precisamente porque se aleja de la corriente modernizadora principal en muchos aspectos, la importancia del reconocimiento de la mora en el sistema es también menor que la que pueda tener, por ejemplo, la que hace la PCC, u otros textos, por ser mucho menos significativa, aunque también sea de interés, y aporte algunas soluciones que puedan ser en algún caso tenidas en cuenta.

---

246 En idéntico sentido, Caballero Lozano, 2003, p. 396.

247 Esto mismo lo comenta Vattier Fuenzalida, indicando que sus normas habrían de ser aplicables tanto a contratos nacionales como internacionales, civiles o mercantiles, y tanto entre empresarios como con consumidores (2008, p. 1847); y ello, aunque no observe especialidades al respecto en su redacción.

En suma, con su importancia diluida con el paso de los años, y siendo ya un texto muy particular en general, a pesar de su valor en cuanto a solución de equilibrio que supone, además, una propuesta de código completo, se comprenderá que su trascendencia —y la de sus soluciones— es ciertamente menor que la de otros textos hasta ahora estudiados.



## Capítulo V. Los textos que observan un sistema mixto o presentan casos dudosos de reconocimiento de la mora en su tratamiento del retraso

**Sumario:** I. LA DIRECTIVA 2011/7/UE Y LA LEY 3/2004, DE 29 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES: 1. Ámbito de aplicación y relevancia para el estudio de la mora desde la perspectiva del Derecho civil: 1.1. Justificación de la normativa y ámbito de aplicación; 1.2. Relevancia de la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales en el ámbito civil. 2. Los mecanismos legales frente a la morosidad en las operaciones comerciales: el conjunto de mecanismos a disposición del acreedor: 2.1. Las consecuencias pecuniarias de la morosidad. El devengo automático de los intereses; 2.2. El sistema legal de plazos de pago. El sentido de los plazos y su naturaleza jurídica. 3. El impacto de la normativa de lucha contra la morosidad sobre otras normas y principios de nuestro ordenamiento jurídico: 3.1. Efectos generales sobre el Código de Comercio y el Código Civil; 3.2. Efectos sobre el vencimiento de las obligaciones y los artículos 62 y 63 CCom: 3.2.1. Efectos sobre el artículo 62 CCom; 3.2.2. Efectos sobre el artículo 63 CCom. 3.3. La configuración de la mora civil y la unificación de los regímenes de la mora: 3.3.1. Los requisitos de la mora; 3.3.2. Los efectos de la mora; 3.3.3. Otras cuestiones relacionadas con la mora; 3.3.4. La unificación de los regímenes de mora en el Ordenamiento español. Su inclusión en el nuevo paradigma de incumplimiento y el sistema de remedios. 4. La caracterización del retraso en la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales: 4.1. La configuración formal en las normas y la interpretación de la doctrina mayoritaria; 4.2. La mora de la Ley 3/2004: una mora automática con caracteres propios: 4.2.1. Análisis de los distintos argumentos; 4.2.2. Conclusión. 5. Valoración general de la normativa sobre morosidad y de su tratamiento del retraso. II. EL CESL: 1. Planteamiento del texto y ámbito de aplicación; 2. El tratamiento del retraso en el CESL: 2.1. Retraso, incumplimiento y remedios; 2.2. El remedio indemnizatorio: la indemnización de daños y perjuicios y el devengo de intereses: 2.2.1. La indemnización de daños y perjuicios; 2.2.2. El devengo de intereses moratorios; 2.2.3. Algunas cuestiones irresueltas por el texto. 3. Valoración global del tratamiento del retraso y del texto. Su trascendencia. III. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL: 1. El contenido del ACM en materia de retraso; 2. Algunas conclusiones que pueden extraerse de la regulación del retraso en el ACM.

Hemos dicho ya que existe una serie de textos de modernización en los que se acoge una visión del retraso en la que no cabe la mora del deudor, que desaparece como categoría jurídica, y que junto a éstos hay otros, tal vez minoritarios, en los que la mora se mantiene, resultando incluida en el sistema que estos textos propugnan de manera expresa.

Sin embargo, junto a éstos existen otros textos asociados a la corriente modernizadora que, siguiendo los patrones principales de la misma, presentan una configuración del retraso que o bien ofrece lugar a la duda en cuanto al posible mantenimiento de la mora, o bien acoge un sistema que puede tildarse de intermedio o mixto, por diversas razones.

De entre estos instrumentos, que, como se verá, los hay de distinta naturaleza, se estudiarán con mayor detalle aquellos textos que puedan considerarse como de mayor importancia por su implantación, su influencia académica, o su relevancia práctica, siempre desde la perspectiva de nuestro estudio.

## **I. La Directiva 2011/7/UE y la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales**

En primer lugar, procede poner nuestra atención sobre las normas que sancionan y fijan el marco para la lucha legal contra la morosidad en las operaciones comerciales, a saber, la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (que viene, a su vez, a actualizar la anterior Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, sobre el mismo tema)<sup>1</sup>, y la norma nacional de trasposición de la Directiva 2000/35/CE, que es la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, Ley sobre Morosidad, Ley 3/2004 o LLCM), modificada posteriormente por la Ley 15/2010, de 5 de julio, y sucesivas reformas —la última de ellas de 2014— adoptadas con la finalidad, entre otras cuestiones, de adecuarla a la nueva Directiva de 2011.

La importancia de estos textos es clara, además de por su valor en el ámbito del Derecho privado europeo<sup>2</sup>, porque, a los efectos de nuestro estudio, se trata normas

---

1 Como explica Viciano Pastor, se trata de una Directiva de refundición, que mantiene parte del articulado de la anterior Directiva (2012a, p. 245, nota al pie n.º 3).

2 Se ha entendido que es la primera Directiva que se ocupa de un tema central del Derecho de

vigentes en nuestro ordenamiento que, además, son capaces de modificar algunos de los rasgos característicos del tratamiento del retraso en el ámbito de las obligaciones a las que resultan de aplicación.

## **1. Ámbito de aplicación y relevancia para el estudio de la mora desde la perspectiva del Derecho civil**

### **1.1. Justificación de la normativa y ámbito de aplicación**

A la vista de los Considerandos incluidos en las Directivas 2000/35/CE y 2011/7/UE<sup>3</sup>, se aprecia que este marco normativo responde a la preocupación del legislador europeo por los dilatados plazos de pago en las operaciones entre empresas en el ámbito de la Unión (en particular, en los países mediterráneos<sup>4</sup>) y por la inestabilidad que ello supone para el mercado interior y el perjuicio para la figura del acreedor, que aquí se reconoce expresamente como el sujeto más necesitado de protección en la relación obligatoria, especialmente, cuando se trata de pequeñas y medianas empresas (PYME)<sup>5</sup>, frente a un deudor que puede tratar de obtener liquidez a expensas del acreedor. Puede afirmarse, por tanto, que se da una clara inversión del clásico principio *favor debitoris*.

Lo primero que se ha de tener en cuenta al analizar este particular marco legal es que su ámbito de aplicación objetivo recae sobre los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales, según el artículo 1.2 de la Directiva de 2011. Si acudimos a la Ley española, esta previsión se matiza todavía más al determinar en su artículo 1 (“Objeto”) tanto las operaciones concretas sobre las que tiene efecto la norma, como los sujetos de estas transacciones y el objetivo de la norma (aunque, curiosamente, dejando fuera previsión alguna sobre las transacciones internacionales). Dice este precepto que “Esta Ley tiene por objeto combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias y el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de plazos de pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración”.

---

obligaciones y contratos y, además, no va dirigida a disciplinar las relaciones con consumidores (Vaquer Aloy, 2003, p. 536; Perales Viscasillas, 2007a, p. 5).

- 3 *Vid.*, entre otros, los Considerandos 16 y 19 de la Directiva de 2000, 3 y 12 de la Directiva de 2011, o, también, la Exposición de Motivos de la Ley española.
- 4 *Vid.* Considerandos 8 y 9 de la Directiva 2000/35/CE; Perales Viscasillas, 2006, pp. 26-28; 2007a, p. 6.
- 5 *Vid.* el Considerando 7 de la Directiva de 2000 y el 6 de la Directiva de 2011, así como el artículo 1.1 de esta última.

En primer lugar, por tanto, estas normas se aplicarán sobre los pagos efectuados como contraprestación de operaciones comerciales que, especificando más, den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. Nos encontramos, así, en el marco de obligaciones de tipo pecuniario<sup>6</sup>.

En cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo, la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales se aplica a la contratación entre empresas —y repárese en el hecho de que el concepto de *empresa* manejado por la Ley tiene un carácter amplio<sup>7</sup>—, así como entre éstas y los entes públicos, respecto de los que se hace algunas observaciones particulares.

Por otro lado, la norma realiza una serie de exclusiones que determinan que su ámbito de aplicación sea más reducido de lo que en un principio cabría pensar<sup>8</sup>, dado que no se aplicará ya a todos los pagos entre empresas —o empresas y entidades públicas— que funcionen como contraprestación por la entrega de un bien o la prestación de un servicio. Según el artículo 3.2 LLCM, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores (apartado a)), las indemnizaciones por daños (incluidos los pagos por entidades aseguradoras)<sup>9</sup> y los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio (apartado b)), así como las deudas sometidas a procedimientos concursales (apartado c)).

La mayor parte de estas exclusiones han sido objeto de algún tipo de discusión doctrinal, entre otras razones, por la falta de concreción en la propia normativa comunitaria, que tiende a enumerar las exclusiones de forma vaga en sus

---

6 Expresa Viciano Pastor que, mientras esto se explicita de manera muy clara en la normativa española, no puede decirse lo mismo con respecto a la comunitaria, en la que hay cierto espacio para la duda (2012b, p. 262). Para Díez Picazo, por otra parte, está claro que esta normativa se refiere al retraso en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias (2008, p. 687).

7 *Vid.* arts. 2.a) LLCM y 2.3 Directiva 2011, además de las precisiones que efectúa el TJUE en su sentencia de 15 de diciembre de 2016.

8 Desde otro punto de vista, el ámbito de aplicación de la norma puede parecer excesivo, si se aprecia que se aplica a cualquier forma contractual. En este sentido, Alfaro Águila-Real, 2005, p. 14; Perales Viscasillas, 2007a, p. 7. Para una exhaustiva disección del ámbito de aplicación de la norma puede verse a Perales Viscasillas, 2006, pp. 39-95, y también a Viciano Pastor, 2012a, pp. 330-356.

9 Díez Picazo se refiere a aquellas obligaciones que “aun siendo pecuniarias sean accesorias de una obligación principal como la de reparar una indemnización, los reembolsos y los pagos de las empresas aseguradoras” (2008, p. 687). Perales Viscasillas puntualiza que no se aplicará tampoco al pago de una deuda dineraria que surja de una obligación secundaria en el contrato, como pudiera ser la devolución de los gastos al vendedor derivados de la conservación de la cosa (2007a, p. 18).



Considerandos, pero luego no las incluye en su articulado (salvo por lo que hace al artículo 1.3, que incluye uno sólo de los supuestos), y deja la cuestión a la libre elección de los Estados. Así, con una redacción poco clara, pasan al texto español, al que además se añaden complicaciones a la hora de ponerlas en coordinación con otras normas del ordenamiento español. Entre otras cuestiones, la doctrina ha denunciado que la norma no contemple definición alguna de lo que considera consumidor<sup>10</sup>, o las diferentes interpretaciones que puede recibir la previsión relativa a los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio —operaciones que, además, son muy importantes cuantitativamente en la práctica mercantil—<sup>11</sup>.

Por otra parte, también ha destacado la doctrina la improcedencia de algunas de estas exclusiones —nos parece que con razón—, por entender que se trata de supuestos que, de todos modos, en ningún caso conforman operaciones comerciales en el sentido determinado por la norma. Así, las operaciones de consumo o las indemnizaciones de daños y perjuicios, que no parecen suponer “pagos como contraprestación por la entrega de un bien o la prestación de un servicio”, utilizando las palabras de la Ley. Se ha llegado a decir, en fin, que la única exclusión legal propiamente dicha —el resto serían supuestos que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley— es la que se realiza con respecto a las deudas sometidas a procedimientos concursales; la cual se justifica por la propia especialidad del régimen concursal<sup>12</sup>.

Por último, y más allá de las exclusiones examinadas, es también de relevancia la Disposición Derogatoria de la Ley 3/2004, que expresamente dispone que no quedarán afectadas por el efecto derogatorio de la misma aquellas normas que “en relación a la determinación del plazo de pago, resulten más beneficiosas para el acreedor”; previsión que, como es lógico, también ha dado lugar a distintas interpretaciones<sup>13</sup>.

## **1.2. Relevancia de la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales en el ámbito civil**

Una vez que, al margen de las cuestiones referidas, conocemos el ámbito de aplicación de esta normativa, puede surgir la duda sobre su relevancia a efectos civiles, toda vez que se refiere a operaciones en las que siempre intervendrán *empresarios* negociando entre sí o con la Administración. Sin embargo, el concepto “operación comercial”

---

10 Perales Viscasillas, 2007a, p. 7; Viciano Pastor, 2012a, pp. 300-305.

11 Viciano Pastor, 2012a, pp. 305-319.

12 Viciano Pastor, 2012a, pp. 301, 320-324.

13 *Vid.* Perales Viscasillas (2006, p. 167), para un análisis de las posibles previsiones normativas que podrían verse respetadas en su vigencia por esta Disposición.

incluye, a efectos de esta normativa, tanto los actos mercantiles o de comercio, como, incluso, los actos civiles de carácter profesional<sup>14</sup>; respecto de los cuales se ha pronunciado la jurisprudencia (en particular, en el caso de la actividad de profesionales liberales) para ratificar la aplicabilidad de la LLCM<sup>15</sup>.

De otro lado, se ha dicho que la regulación que la Ley sobre Morosidad hace del retraso supone la unificación de los regímenes civil y mercantil en materia de mora, por lo que es imprescindible estudiar su posible incidencia a estos efectos, sin perder de vista la unificación que entre ambas materias se da en el ámbito supranacional; teniendo en cuenta, además, el valor del Código Civil como regulador de las bases de las obligaciones, que tal vez pudieran verse afectadas en el ámbito de estas normas.

Por último, además, las previsiones de esta normativa, así como su forma de entender y tratar el retraso, pueden ser de influencia para otros textos con incidencia directa en el ámbito civil. A este respecto, se ha apuntado a la existencia de una comunicación entre la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la concepción de retraso que se tiene en la generalidad de los textos modernizadores.

## **2. Los mecanismos legales frente a la morosidad en las operaciones comerciales: el conjunto de mecanismos a disposición del acreedor**

Con el objeto anunciado de remediar la dilación en los plazos de pago, en la Ley sobre Morosidad se disponen una serie de mecanismos concretos a manos del acreedor. Entre ellos, destacan la fijación de una serie de plazos máximos de pago (art. 4 LLCM); la imposición de un tipo de interés alto<sup>16</sup> (art. 7 LLCM); la previsión expresa de la indemnización de los costes de cobro, independiente de los propios intereses de demora (art. 8 LLCM); se regula también la nulidad de las posibles cláusulas y prácticas abusivas contenidas en el contrato para con el acreedor en relación a varias cuestiones

---

14 *Vid.* Díez-Picazo Giménez (“se incluye cualquier organización que actúe en el ejercicio de su actividad independiente, económica o profesional, incluso si la lleva a cabo una única persona (pequeños comerciantes, profesionales liberales, agricultores, etc.)”) (2002, p. 1743); Viciano Pastor, 2012a, p. 263.

15 *Vid.* entre otras, la STS de 17 de octubre de 2017, referida a la prestación de servicios jurídicos, o la SAP Barcelona, Sección n.º 13, de 26 de marzo de 2019, en relación con los servicios de un diseñador.

16 Pérez Serrabona lo califica de “disuasorio”, entendiéndolo que se trata de un tipo de interés subsidiario, que permitiría a las partes pactar uno siempre que éste fuera superior al indicado por la norma; pues, de lo contrario, dicho pacto sería abusivo por ir contra los intereses del acreedor (2012, pp. 685, 686). Sobre el acierto de la fijación de intereses altos a los fines de la normativa, *vid.* Díez-Picazo Giménez, 2002, p. 1745.

(fecha o plazo de pago, tipo de interés de demora, compensación por costes de cobro) (art. 9 LLCM); así como la reserva del dominio de los bienes por el acreedor hasta el pago total del precio (art. 10 LLCM)<sup>17</sup>.

Como puede verse, la norma no se limita a disponer simplemente una serie de consecuencias pecuniarias para el deudor que cumple tarde —en particular, a través de la fijación de intereses, que pueden entenderse como la consecuencia más propia de la morosidad—, sino que regula toda una serie de mecanismos a disposición del acreedor, que se diferencian profundamente de cualesquiera remedios frente al incumplimiento dispuestos por la generalidad de los textos modernizadores. Aquí no nos encontramos, por tanto, ante consecuencias generales y abstractas del incumplimiento extensibles o predicables de una regulación general de las obligaciones, sino ante previsiones y mecanismos muy concretos.

Podríamos decir que estos mecanismos se estructuran en torno a cuatro grandes bloques: la fijación de plazos de pago máximos por defecto; el devengo automático de intereses altos; el control de la abusividad; y la adopción de un procedimiento capaz de resolver las reclamaciones con la suficiente celeridad.

Esta última medida, relativa a la adopción de un procedimiento ágil y rápido (“acelerado”, en palabras de la Directiva), se considera que es uno de los aspectos que mayores garantías van a ofrecer al acreedor en cuanto al cobro puntual de la deuda, por lo que en la Directiva de 2011 se prevé la obligación para los Estados miembros de disponer de un procedimiento a través del cual se pueda obtener un título ejecutivo para aquellos créditos no impugnados por el deudor (art. 10<sup>18</sup>). Sin embargo, ello no quiere decir que las normas internas de transposición necesariamente hubieran de disponer la creación de un procedimiento específico a estos fines, si ya contaban con uno capaz de dar las garantías suficientes de cobro rápido demandadas por la Directiva<sup>19</sup>; es por ello por lo que nuestra Ley sobre Morosidad no realiza ningún tipo de previsión a estos efectos, al estimarse que estas peticiones pueden encauzarse a través del procedimiento monitorio, que, con matices, se considera apto para ventilar este tipo de reclamaciones<sup>20</sup>.

---

17 En virtud de la reforma operada por la Ley 15/2010 se introduce, además, la posibilidad de acordar medidas cautelares relacionadas con el cobro de los intereses para las operaciones de las que la Administración forme parte, incorporada en el art. 200.bis de la Ley de Contratos del Sector Público.

18 *Vid.*, también los Considerandos 33 y 35 de la misma Directiva.

19 Viciano Pastor, 2012b, p. 233.

20 *Vid.* Perales Viscasillas, 2007a pp. 12, 23, 24; Viciano Pastor, 2012a, p. 423.

Sin embargo, las dos medidas que más interés presentan a los efectos de nuestro estudio son, por un lado, la fijación de intereses de devengo automático, y, por otro, la fijación de plazos de pago; por lo que las estudiaremos separadamente y con mayor detalle.

## **2.1. Las consecuencias pecuniarias de la morosidad. El devengo automático de los intereses**

En realidad, de entre todas las previsiones que la norma dispone como medidas de lucha contra la morosidad, los únicos mecanismos que asocian directamente con la morosidad propiamente dicha, tanto en relación con los efectos que tradicionalmente se le aparejan, como en el sentido de que se despliegan necesariamente a partir del momento en el que se produce la mora —en principio la llamaremos así, sin perjuicio de posteriores aclaraciones—, son los de tipo pecuniario, y, en particular, el devengo de los intereses de demora, que tiene, como de seguido veremos, carácter automático y que en esta norma se hace acompañar por la indemnización de los costes de cobro de la deuda.

A este último respecto, el artículo 8 LLCM dispone que el acreedor tendrá derecho a recibir una cantidad fija de 40 euros<sup>21</sup>, que se añadirá en todo caso a la deuda principal sin necesidad de petición expresa, a partir de lo cual podrán concederse cantidades mayores *por todos los costes de cobro debidamente acreditados* que superen esta cantidad fija, y que todavía podrían verse completados por una —discutida— indemnización por otros daños causados por el retraso, que se acumularía a los intereses y a la compensación por los gastos de cobro<sup>22</sup>.

La identificación de las consecuencias pecuniarias de la morosidad como única consecuencia directa y necesaria de la propia morosidad no implica que el resto de herramientas que la norma pone al servicio del acreedor puedan funcionar con independencia de dicha mora o retraso: las disposiciones que la norma contiene dependen, siempre y en todo caso, de que el deudor se retrase en el cumplimiento de su obligación pecuniaria, puesto que, no dándose esta circunstancia, la Ley no es siquiera de aplicación. En este sentido, es evidente que el marco legal al completo que ofrece la norma es necesariamente una consecuencia de dicho retraso o mora, si bien no sean necesariamente consecuencias directas del mismo, o no necesiten producirse como efecto del retraso y con posterioridad a éste; sino que su producción, aunque pueda ser

---

21 Para Perales Viscasillas, la combinación de los artículos 7 y 8 de la Ley revela un método de “forfaitización” que hace posible la fijación apriorística de los intereses y la indemnización por los costes de cobro (2007a, p. 12).

22 Para Vaquer Aloy, nos encontraríamos ante tres “remedios” acumulados: los intereses moratorios, la compensación “razonable” de los costes de cobro y la indemnización de daños y perjuicios (2003, p. 537).

reconocida, examinada o sancionada con posterioridad al retraso, puede situarse en un momento anterior a aquel en el que se haya producido dicha demora.

Así, por ejemplo, las cláusulas y prácticas abusivas, independientemente del momento en el que se controlen, se habrán acordado previamente; también la cláusula de reserva de dominio debe haber sido pactada con anterioridad a la propia entrega de los bienes —y, por tanto, siempre con anterioridad al momento en que se puede considerar demorado al deudor—, y surtirá efectos desde el perfeccionamiento de la relación obligatoria, hasta el pago íntegro del precio; como, en último lugar, los deberes de transparencia en las buenas prácticas comerciales que demanda el artículo 11 de la Ley deberán observarse durante el transcurso completo de la operación.

Esto es, si quiere afinarse más, lo que provoca que sea muy complicado poder distinguir entre unas consecuencias aparejadas a la mora —que lo serían, en principio, y según la propia literalidad de la norma, las pecuniarias— y otras asociadas a un posible retraso que pudiera ser relevante en orden a unos u otros efectos. La norma —que tampoco es excesivamente prolija, ni contiene previsiones sobre otros efectos habitualmente anudados al retraso o a la mora— apenas sí se pronuncia en torno a estas consecuencias pecuniarias, a las que acompañan de una serie de mecanismos que no se despliegan a partir de un momento concreto, sino que en algunos casos acompañan a toda la relación obligatoria, sin perjuicio de que se expliciten legalmente por razón de la demora.

En este sentido, la Ley sobre Morosidad liga expresamente esta mora al devengo de los intereses, refiriéndose a las condiciones necesarias para que el deudor incurra en mora y se considere obligado al pago de los intereses de demora (art. 5) y para su exigibilidad por el acreedor (art. 6); condiciones que se presume que pueden asociarse también a la reclamación de la indemnización por los costes de cobro (art. 8), aunque esto no se diga en la norma<sup>23</sup>. Es decir, la norma explicita así los requisitos necesarios para la producción de los *efectos directos* de la mora —que, en realidad, no se distinguen en exceso de los que se desprenden del art. 1100 CC<sup>24</sup>—, sin perjuicio de otras previsiones o efectos complementarios asociados al fenómeno de la morosidad.

---

23 Lo que se hace en la Ley 3/2004 es ligar el derecho al cobro de estos costes al hecho propio de la mora del deudor (“cuando el deudor incurra en mora”, dice el artículo 8). Por lo tanto, cabe entender que los artículos 5 y 6 contienen requisitos relacionados, precisamente, con la mora del deudor, de la que se derivarán para el acreedor tanto el derecho a cobrar intereses, como el derecho a cobrar la indemnización por los costes de cobro.

24 Esto mismo lo ha dicho el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias, como la STS de 5 de diciembre de 2011, cuando dice que “de forma similar a como dispone el artículo 1100 del CC, subordina el derecho a obtener un interés especial de demora a que el acreedor haya cumplido sus obligaciones contractuales y a que no haya recibido a tiempo la cantidad debida a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso”.

Y en estos artículos realiza, además, algunas previsiones importantes en relación con la caracterización del régimen de retraso que la norma dispone y sus consecuencias, puesto que el artículo 5 declara que el deudor “incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación<sup>25</sup> alguna por parte del acreedor”.

Por su parte, el artículo 6, partiendo de esta misma idea, dispone que los únicos requisitos a los que tendrá que sujetarse el acreedor para poder demandar los intereses de demora serán el propio cumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales (apartado a) y que, como es evidente, no haya recibido a tiempo la cantidad debida, salvo que el deudor *pueda probar que no es responsable del retraso* (de esta última previsión, que también se repite respecto del resarcimiento de los costes de cobro, nos ocuparemos más adelante).

Nos encontramos, por tanto, ante una mora automática; al menos, en principio.

Ahora bien, para conocer exactamente cuándo comienza esa mora, así como su configuración, habremos de acudir tanto al artículo 5, recién citado —que nos indica que el deudor incurre en mora sin necesidad de aviso de intimación—, como a la regulación relativa a los plazos de pago del artículo 3, que es la que verdaderamente dispone, entendiendo que la mora es, según se ha dicho, automática, cuándo se entiende producida esta mora<sup>26</sup>.

Y aquí es donde podemos encontrar, tal vez, alguna contradicción.

## **2.2. El sistema legal de plazos de pago. El sentido de los plazos y su naturaleza jurídica**

El sistema legal de plazos de pago supone uno de los ejes principales sobre los que la normativa de lucha contra la morosidad se asienta, hasta el punto de que supera

---

25 Por la doctrina se ha destacado la inclusión de la palabra “intimación”, que supone un añadido con respecto a lo que la Directiva prevé en su artículo 3.1, en el que únicamente habla de “aviso de vencimiento”. Para Perales Viscasillas, resulta un diseño legal más correcto, por considerar que lo que realmente quiere precisarse es que no se requerirá la propia intimación (2006, p. 122); cosa que efectivamente parece cierta, especialmente desde el prisma del ordenamiento español.

26 De hecho, algunos autores se refieren a estas reglas como “las normas establecidas en el artículo 3 para la constitución en mora”; así, Díez-Picazo Giménez, quien a la vez agrupa como requisitos de la mora los recogidos en los artículos 5, 6, y 3 (en relación a los plazos de pago) (2002, p. 1743, 1744), lo que evidencia, sin perjuicio de las matizaciones que haremos sobre la naturaleza de estos plazos y otras cuestiones, la importancia de este sistema de plazos para entender producida la propia mora.

ampliamente en importancia a la mayor parte de las medidas antes destacadas como principales puntos de apoyo de la normativa. Esto ha provocado no sólo ciertas críticas doctrinales muy encendidas<sup>27</sup>, sino también que haya sido uno de los objetivos principales de las diversas reformas a las que la Ley se ha visto sujeta desde su promulgación en el año 2004.

Este precepto fija el comienzo del plazo de cumplimiento —en la actualidad, de 30 días de duración— en función de distintas circunstancias (que son las que, además del plazo, han ido variando ostensiblemente de una reforma a otra), según la obligación concreta ante la que nos hallemos.

En concreto, el apartado primero del precepto dispone en su primer párrafo que, en los casos en los que no se haya fijado plazo para el cumplimiento de la obligación por las partes, éste será de 30 días, a contar desde la recepción de las mercancías o la prestación del servicio<sup>28</sup>, con independencia de que se hubiera podido recibir la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad. Por el contrario, el párrafo segundo del mismo apartado prevé que, cuando en el contrato se hubiera fijado plazo de cumplimiento —que cabe presumir que deberá respetar los límites máximos marcados por la norma—, éste comenzará a correr desde la recepción de la factura por medios electrónicos, que, según el precepto, “producirá los efectos del inicio del cómputo de

---

27 Se ha criticado que la normativa española (en particular, tras la reforma de 2010) traslade el foco principal de las consecuencias de la propia morosidad a la libertad de establecimiento de plazos de pago, yendo más allá de lo que indica su propio título para enfocarse sobre la regulación imperativa de los plazos de pago en el sistema económico español; lo que, además, supone un cambio de sentido con respecto a la normativa comunitaria (Viciano Pastor, 2012a, pp. 245, 255-259). En contra, Alfaro Águila-Real entiende que la fijación de un sistema de plazos es una medida necesaria en la lucha contra la morosidad, considerando que, de haber impuesto únicamente intereses moratorios elevados, sin prever una limitación en los plazos de pago, las partes podrían haber reaccionado alargando dichos plazos, de manera que tardaran más en situarse en esa situación que determina el devengo de los intereses y la normativa fracasara en su intento por luchar contra la morosidad (2005, p. 14). Cuestión distinta es, claro, la configuración concreta que se haga de estos plazos y, en concreto, de su grado de imperatividad, que es lo que decanta la balanza en la consideración sobre su posible excesiva importancia en el marco de la Ley sobre Morosidad.

28 Por tanto, parece que el interés comenzará a devengarse a partir del día 31º, toda vez que el artículo 3.3.a) dispone, para las operaciones entre empresas, que los Estados velarán por que el acreedor tenga derecho al mismo “a partir del día siguiente a la fecha de pago o al término del plazo de pago que se fije en el contrato”, y el legislador español guarda silencio al respecto. Esta solución encajaría con lo previsto por el artículo 63.1 CCom, que establece que los efectos de la mora se producirán a partir del día siguiente a aquél en el que termine el plazo de cumplimiento. A favor de esta idea, Pérez de la Cruz Blanco (2007, p. 482).

Cabe entender que nuestro legislador podría haber establecido el devengo a partir del propio día 30º, a la vista de lo dispuesto por el artículo 12.3 de la Directiva, que expresamente declara que “los Estados podrán mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva”.

plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura, y la recepción por el interesado”.

El artículo continúa ordenando otras cuestiones, como lo relativo al plazo de pago en caso de haberse dispuesto un procedimiento de aceptación o comprobación, que se establece que podrá durar un máximo de 30 días desde la recepción de los bienes<sup>29</sup> o prestación de los servicios, concluido el cual comenzará a contar —con independencia de que la factura o solicitud de pago se hubieran recibido con anterioridad a dicha aceptación o verificación<sup>30</sup>— el plazo de pago de 30 días (apartado 2). También se refiere a la posibilidad de ampliar los plazos de pago previstos en los apartados anteriores en virtud de pacto, hasta un máximo de 60 días<sup>31</sup> (apartado 3); o a cuál debe ser el plazo de pago en caso de agrupación de facturas (apartado 4), en una previsión que ha sido también objeto de crítica doctrinal<sup>32</sup>.

Como se ve, la determinación del *dies a quo* se va a hacer depender de dos criterios diferentes: bien la fecha de recepción de los bienes o prestación servicios, para el caso en que no se hubiera fijado plazo de cumplimiento, en cuyo caso éste será de 30 días (también cuando se hubiera dispuesto un procedimiento de aceptación o comprobación sumándose otros 30 días al plazo); bien la fecha de recepción de la factura por medios electrónicos, cuando se hubiera fijado un plazo en el contrato.

El criterio de la recepción de la factura se ha cuestionado por la doctrina<sup>33</sup>, resaltándose al respecto un buen número de cuestiones.

En primer lugar, se ha criticado, por una parte, que permite una extensión del plazo de pago irrazonable<sup>34</sup>; y, por otra, que supone mantener en la Ley una norma que

---

29 Se ha criticado la utilización de los términos “entrega” y “recepción” como si éstos fueran sinónimos, entendiéndose que debería haberse utilizado siempre “entrega” (Viciano Pastor, 2012a, p. 377).

30 Prescindir por completo del criterio de la recepción de factura, al que expresamente se exige de relevancia (art. 4.2 *in fine*), podría resultar criticable, pudiendo haber sido más coherente con el resto del precepto mantener las dos opciones. Vid. también Castilla Barea, 2013, pp. 960, 961.

31 En realidad, la Directiva permite plazos todavía mayores para las operaciones entre empresas cuando dice que “Los Estados velarán por que el plazo de pago fijado en el contrato no exceda de 60 días naturales, *salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor (...)*” (art. 4.5) (la cursiva es nuestra). La limitación más estricta impuesta por el legislador español se permite, en principio, por suponer una protección todavía mayor para el acreedor que la que implica la previsión de la Directiva; por lo que se ha considerado menos respetuosa para con la libertad de las partes que la propia Directiva (Viciano Pastor, 2012a, p. 366).

32 Vid. Miranda Serrano, 2015, pp. 19, 20.

33 Vid., en general, Perales Viscasillas, 2006, pp. 175, 1756; Castilla Barea, 2013, p. 961.



otorga efectos sustantivos a una comunicación de las partes que, en principio, sólo debería tener efectos formales (probatorios, fundamentalmente), además de reconocer distinta eficacia a su envío en función de si la obligación se ha sometido o no a plazo de cumplimiento<sup>35</sup>.

También llama la atención el hecho de que se haga referencia únicamente a la factura remitida por medios electrónicos. Aunque cabría imaginar que el legislador realmente trataba de explicitar que la factura remitida por medios electrónicos es tan válida como la tradicional, la doctrina ha entendido que el legislador quería, efectivamente, disponer que sólo la recepción de la factura por medios electrónicos altera el régimen previsto; lo cual se corresponde, en efecto, con la literalidad del precepto. Si esto es así, la previsión resulta todavía menos comprensible, puesto que no sólo las facturas recibirían un trato distinto según si la obligación tuviera fijado momento para el cumplimiento o no lo tuviera, sino que además se la factura tendría o no eficacia en función del medio por el que se hubiera remitido, privándose de toda eficacia a la factura tradicional, lo cual carece de justificación<sup>36</sup>.

Otra cuestión que puede destacarse es la elección del criterio de la recepción de la factura y no el de su emisión como momento determinante del inicio del cómputo del plazo<sup>37</sup>; criticado por la doctrina al considerar que hace cargar al acreedor con los riesgos derivados de la posible pérdida y retraso de la factura, por lo que se sitúa más próximo al principio de *favor debitoris* que al objeto de la propia norma<sup>38</sup>. Hemos de resaltar, con todo, que la incidencia práctica de este aspecto se verá muy atenuada con la introducción de la factura remitida por medios electrónicos —especialmente, con la relevancia que adquiere con la última redacción de la norma—, en la que los riesgos de pérdida o retraso, aunque ocurren, son ciertamente menores.

---

34 Viciano Pastor, 2012a, p. 380. Para Castilla Barea, podría dar lugar al efecto contrario, si se recibe la factura con anterioridad a la entrega de los bienes o la prestación de los servicios (2013, pp. 958, 960).

35 Castilla Barea, 2013, p. 960.

36 En el mismo sentido, Gómez Ligüerre, que destaca que se trata de una novedad sin parangón en nuestra legislación, que si para algo se había referido a la factura electrónica, era simplemente para asegurar que ésta tenía, en los casos previstos legalmente, la misma eficacia que la factura tradicional (2011, p. 26).

37 Esta discusión recuerda a la que se ha tenido a propósito de la interpelación de mora tradicional a través de la interposición de demanda en vía judicial, o a la diferencia, acogida por alguna doctrina, entre interpelación e intimación (*vid.*, por todos, Hernández Gil, 1962, p. 334; Cano Martínez de Velasco, 1978, pp. 32-34; o, más recientemente, Vaquero López, 2016, p. 830).

38 *Vid.* Perales Viscasillas, que aboga por una interpretación correctora de la norma (2006, pp. 178-182).

En fin, independientemente de éstas y otras cuestiones<sup>39</sup>, la recepción de la factura se convierte en criterio determinante para el comienzo del plazo de pago. Esto es relevante, puesto que parece que la factura puede perfectamente asociarse con una intimación, a la vista del Considerando 18 de la Directiva, que dispone que “las facturas equivalen a solicitudes de pago”. Lógicamente, este sólo puede aceptarse cuando sea el acreedor el que emite la factura; y éste es el supuesto en el que parece estar pensando la norma<sup>40</sup> —el Considerando 18 de la Directiva, desde luego— y que parece ha de ser el más habitual<sup>41</sup>.

Pues bien, si la factura equivale a una solicitud de pago y, en los casos en los que se hubiera dispuesto un momento para el cumplimiento, determina el comienzo del plazo, podría pensarse que la mora no es tan automática como el artículo 5 LLCM reza, si resulta que para que el plazo comience a correr se precisa una solicitud de pago en forma de factura<sup>42</sup>. Sin embargo, y como ha acertado a decir la doctrina, no se trata de una intimación para que dé comienzo la mora, sino para que dé comienzo, precisamente, el plazo de pago<sup>43</sup>; transcurrido el cual, eso sí, de manera automática sobrevendrán los efectos de la mora sancionados por la norma, como indica el artículo 5 LLCM. En este último sentido, claro está que sin dicha factura no pueden en ningún caso darse los efectos de la mora, pero la mora no es efecto directo de la intimación, sino que lo es del incumplimiento, una vez transcurrido el plazo fijado. El efecto de la intimación, si la hay, sería el comienzo del plazo de cumplimiento.

Esta concepción de la intimación supondría, como es evidente, un cierto cambio con respecto a su función típica y, además, implica arrojar un manto de certidumbre sobre la cuestión planteada por la doctrina sobre si la emisión de factura podía considerarse intimación, si no abrogar la autorizada interpretación doctrinal que

---

39 Por ejemplo, las que se plantean en torno a la autenticidad de la firma de la factura (Viciano Pastor, 2012a, pp. 381-384).

40 En este sentido, Castilla Barea considera que la normativa se basa en la hipótesis del acreedor como emisor de la factura, pues es el único caso en el que ésta puede considerarse como solicitud de pago, resultando que el envío de la factura por el deudor podría, como mucho, considerarse como una aceptación o reconocimiento de deuda (2013, pp. 958, 960). Si esto es así, cabría preguntarse si la emisión de la factura por el deudor podría suponer problemas en el comienzo del plazo, y cuál podría ser su solución.

41 Matizando esta idea, Viciano Pastor, 2012a, p. 380. Véase también el artículo 5 del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento de Impuesto sobre el Valor añadido, y que expresamente prevé que la obligación de extender factura pueda ser cumplida por el destinatario del servicio.

42 Esto mismo se lo ha preguntado Díez-Picazo Giménez (2002, p. 1743).

43 Así lo indican la propia Díez-Picazo Giménez (2002, p. 1743) o Vaquero López (2016, p. 834).

entiende que esta comunicación podrá constituir intimación cuando su contenido no sea meramente informativo, sino que el acreedor efectivamente exija el cumplimiento de la obligación (o, como mínimo, de la comunicación trasluzca su voluntad de recibir el pago)<sup>44</sup>.

Podría también observarse, desde otro punto de vista, que tanto la intimación como el transcurso del plazo son requisitos para la constitución en mora del deudor; aunque parece que, en todo caso, incluso la doctrina que ha planteado esta visión considera que la mora instaurada a través de esta norma no deja de ser automática<sup>45</sup>. Del mismo modo, también se ha dicho que, aunque la factura sirva en determinados casos a efectos del cómputo del *dies a quo* de la mora, no puede considerarse que la normativa instaure un sistema de intimación, aunque en un primer momento la duda pudiera plantearse<sup>46</sup> y, al parecer, existan valoraciones discordantes con esta idea<sup>47</sup>.

En todo caso, y considerado el plazo como plazo de pago, parece que la intimación que la factura supone no sería escollo alguno para entender perfectamente coherentes los artículos 4 y 5 de la Ley.

De otro lado, existe una corriente doctrinal que podría decirse que es minoritaria, aunque está respaldada por autores de reconocida autoridad, para la que la Ley establece este plazo “no para que surja la obligación de pago, ni siquiera para que puedan desplegarse las consecuencias de la mora, sino *para que surja para el deudor la obligación de pagar unos intereses de demora claramente superiores a los legales*”<sup>48</sup>. Según este pensamiento, el objeto del plazo se traslada del vencimiento de la

---

44 Por todos, Díez Picazo, 2008, p. p. 673.

45 Díez-Picazo Giménez considera que “la factura o solicitud de pago equivalente, aun siendo una intimación, no basta para poner al deudor en mora, sino que deberán transcurrir 30 días desde su recepción para que el deudor sea considerado moroso”, por lo que “ambos requisitos parecen ser, pues, necesarios”, a pesar de que justo antes expresa que “para lo que sirve la intimación es para fijar el *dies a quo*” del término (2002, p. 1743), pudiendo detectarse una pequeña contradicción. También añade que “la emisión de una solicitud de pago del acreedor carece de trascendencia para la constitución en mora del deudor, puesto que lo único que hace es fijar el *dies a quo* (...). Es por este motivo por lo que el legislador comunitario habla de mora *ex re* o sin necesidad de interpelación” (p. 1744). Esto podría entrar en conflicto con la función tradicionalmente asignada a las manifestaciones del acreedor dirigidas a la obtención de la deuda.

46 Perales Viscasillas, 2006, p. 132.

47 Perales Viscasillas se refiere a Zaccaria, para quien estos casos son supuestos de mora *ex persona*, así como a la transposición que algunos Estados miembros parecen haber hecho de la Directiva, en la que sí se prevería una demanda de pago como necesaria para el devengo de los intereses —es el caso, por ejemplo, del artículo 101.6 de la Ley de obligaciones de 5 de junio de 2002 de Estonia— (2006, p. 132).

48 Alfaro Águila-Real, 2005, p. 21; en el mismo sentido, Pérez de la Cruz Blanco, 2007, p. 482.

obligación, con el que podemos conectar la primera visión (sería un plazo de pago a cuya expiración la obligación habría vencido), al particular efecto del devengo de intereses sancionado por la norma.

De este planteamiento pueden destacarse, principalmente, dos cuestiones: la primera de ellas es que indica que el plazo no condiciona el surgimiento de la obligación de pago; algo que es claro si se entiende que la obligación nace con el perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio de que uno o varios de sus efectos se supediten al acaecimiento de otras circunstancias (como sucede, también, con las obligaciones regulares sujetas a plazo o a término de cumplimiento). Y, en segundo lugar, parece que nos encontraríamos ante una distinción entre la mora y sus efectos, por un lado, y la obligación de pagar intereses de demora, por otro, según la frase citada<sup>49</sup>. Ésta es una diferenciación que podría dar lugar a interesantes consideraciones sobre la naturaleza de la mora, la del plazo —que parece que dejaría de ser de pago—, y la propia configuración del retraso en esta normativa, y con ello, de los efectos del retraso en las obligaciones reguladas por esta normativa; amén de lo tocante al momento de vencimiento de la obligación.

Aunque este planteamiento ostenta un interés que justificaría un análisis detallado, parece que la opinión de la doctrina mayoritaria es la que expresábamos en un primer momento: esto es, que los plazos son de pago<sup>50</sup>; algo que también se comprueba

---

49 La posición de Pérez de la Cruz Blanco podría matizar un tanto esta idea, pues indica que el plazo no se dispondría para que el deudor incurriera en morosidad, sino “para que se sancione a esta última con el nuevo régimen” (2017, p. 482). Podría entenderse como una suspensión de este efecto, mientras que la mora se habría producido con anterioridad. En contra, no obstante, debe verse la literalidad del art. 5 LRCM (el deudor “incurrirá en mora y deberá pagar el interés”).

50 Aunque ahora la cuestión parece clara, no deja de tener interés el *iter* seguido por las normas comunitarias para llegar a este punto. En este sentido, llama la atención cómo en el proceso que antecedió a la Directiva de 2000 y para la redacción de su Proyecto se utilizaron diferentes denominaciones para hacer referencia a estos plazos: así, en un primer momento se habló de “fecha de vencimiento”, para después utilizar la expresión “fecha de demora”, y más tarde optarse por eliminar toda referencia a estas cuestiones y simplemente hablar de intereses de demora, con lo que, al parecer, se transmitiría la idea de que la regulación se referiría únicamente al devengo de intereses y de que no se pretendería interferir con cuestiones relativas a la determinación del momento del pago (Perales Viscasillas, 2006, p. 147, 148). Esta última idea podría, en efecto, relacionarse con la segunda de las corrientes doctrinales que hemos reseñado en el texto, según la cual los plazos harían referencia únicamente al momento en el que surge para el deudor la obligación de pago de los intereses. No obstante, a entender de la doctrina mayoritaria, finalmente la Directiva optó por una opción sólo aparentemente menos neutral, pues queda claro que regula el momento de pago (*ibíd.*, pp. 147-149).

atendiendo a la propia literalidad de la norma (el artículo 4 habla expresamente de “plazo de pago”), amén de a la jurisprudencia<sup>51</sup>.

Si esto es así, y se trata de plazos de pago que marcarían el vencimiento y la exigibilidad de la obligación (o alguno de estos dos elementos), puede resaltarse algo que ha señalado la doctrina, y es que la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales impide la existencia de obligaciones puras<sup>52</sup>. En efecto, todas las obligaciones, se haya fijado plazo de cumplimiento en el contrato para ellas o no, se sujetarán a un plazo de cumplimiento, por lo que ninguna será exigible en función de los términos marcados por el artículo 62 CCom (ni tampoco *desde luego*, como indica el artículo 1113 CC para las obligaciones de carácter civil).

Esta misma consideración implica, claro, que las previsiones generales sobre el vencimiento de las obligaciones mercantiles y la mora en las obligaciones mercantiles queden asimismo afectadas por estas disposiciones. Lo mismo podría ocurrir con la regulación general de la mora, así como con otras previsiones y principios de nuestro ordenamiento.

La importancia de esta cuestión requiere que cada uno de estos aspectos se examine de manera separada.

### **3. El impacto de la normativa de lucha contra la morosidad sobre otras normas y principios de nuestro ordenamiento jurídico**

Como podrá imaginarse, una normativa que dispone las consecuencias (o algunas consecuencias, más bien) del retraso para un buen número de supuestos de los que se presentan en el tráfico jurídico necesariamente tendrá algún tipo de impacto sobre las normas que en nuestro ordenamiento ya regulan el retraso en el cumplimiento de las obligaciones, así como respecto de ciertos principios generales en materia de obligaciones y contratos.

Será preciso estudiar la relación de la Ley 3/2004 sobre las normas que tratan esta cuestión tanto en el ámbito mercantil como en el civil, en la medida en que las de este último ámbito queden afectadas.

---

51 Esta concepción se desprende de algunas sentencias del Tribunal Supremo. Entre otras, puede destacarse la STS de 2 de noviembre de 2015, que se refiere explícitamente a los plazos “para que el deudor incurra en morosidad, esto es para que (...) se considere que existe incumplimiento de la obligación de pago”.

52 En este sentido, Viciano Pastor, aunque añade que cabría pacto en contrario (2012a, pp. 252, 350, 360).

### **3.1. Efectos generales sobre el Código de Comercio y el Código Civil**

Adoptando, en primer lugar, un enfoque amplio, se ha de analizar el efecto que la Ley 3/2004 puede tener sobre los dos cuerpos normativos principales en las áreas mercantil y civil de nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta que, aunque un sector doctrinal ha entendido que la introducción de esta normativa en España bien podría haberse hecho a través de la modificación del Código de Comercio<sup>53</sup> (o, incluso, se ha dicho, del Código Civil<sup>54</sup>, aunque esto resulta inverosímil), se eligió por el legislador la vía de la ley especial, lo que determina la relación de la norma con los Códigos, que pasan a funcionar como Derecho supletorio de la Ley<sup>55</sup>.

De entre las materias codiciales que podrían resultar afectadas o desplazadas, se han señalado las relativas a la mora, los intereses, o los plazos de pago<sup>56</sup>.

Además, se ha defendido que, por lo que hace al Código Civil, la Ley sobre Morosidad tomará ahora el lugar que el mismo tenía en cuanto a norma supletoria del Código de Comercio: es decir, que la Ley sobre Morosidad se aplicará sobre cuestiones en las que, por no ser reguladas por el Código de Comercio, y aun encontrándonos ante obligaciones claramente mercantiles, tradicionalmente se ha aplicado el Código Civil.

Este desplazamiento vendría justificado tanto si la Ley se considera especial como si se le confiere el carácter de general, por la aplicación de los principios *lex specialis derogat generali* y *lex posterior derogat priori*<sup>57</sup>, ya que se ha defendido que la Ley 3/2004 puede ostentar ambos caracteres, siendo ley especial en el sentido de que derogaría parcialmente, se ha dicho, el artículo 63 CCom<sup>58</sup>, y general por establecer un régimen general para la mora en las obligaciones mercantiles pecuniarias, que se

---

53 *Vid.* Perales Viscasillas, 2006, pp. 109, 111; Miranda Serrano, 2015, pp. 26, 27.

54 Perales Viscasillas, 2006, p. 109.

55 *Vid.* Pérez Serrabona, 2012, p. 682. Viciano Pastor cree que no está muy claro si el derecho supletorio para este tipo de supuestos debería ser el Código de Comercio o el Código Civil (2012a, p. 253). Parece posible pensar que el CCom debería funcionar como primera fuente supletoria en este caso, siendo la Ley general con respecto a la LLM, mientras que el CC podría mantener un papel como fuente legal supletoria de segundo grado.

56 Perales Viscasillas, 2006, p. 110.

57 *Ibid.*

58 Como veremos más adelante, más bien parece que el contenido del artículo 63.1 CCom se generaliza, mientras que el del apartado segundo del mismo artículo deviene inaplicable (que no derogado). De todos modos, y en la medida en que, como se dice en el texto, esta Ley no es de aplicación general, no parece que pudiera en ningún caso hablarse de una derogación del mismo.

aplicaría en lugar del régimen general hasta el momento<sup>59</sup>; esto es, claro, respecto a las obligaciones bajo el ámbito de aplicación de la norma, en principio.

Ahora bien, el entendimiento de la norma como general ha dado lugar a un planteamiento en virtud del cual se entiende que de este carácter de norma general podría derivarse la aplicación extensiva de la Ley a otros supuestos distintos de los inicialmente previstos por la propia norma. No sólo se refiere esta doctrina a supuestos típicamente mercantiles, sino que, al parecer, y dado que se trataría de un interés legal y específico para el caso de mora, el artículo 7 LLCM (dedicado a los intereses moratorios) se erigiría como norma general de aplicación a los supuestos de mora civil y mercantil<sup>60</sup> (lo que, como efecto paralelo, incidiría también en la unificación de ambos regímenes).

Nos parece que aceptar esta idea implicaría otorgar a la norma un alcance que no tiene, desde luego, y, en particular, por lo que hace a la mora civil; pero también incluso respecto de los supuestos mercantiles que esta doctrina aporta, como la misma doctrina que defiende esta posibilidad reconoce<sup>61</sup>.

Por otra parte, procede traer a colación el Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante, Anteproyecto de Código Mercantil o ACM) elaborado por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación y publicado en 2014, que hace referencia a la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la incorpora en su propio texto.

El ACM hace algo que nos parece de importancia: recoge de manera separada la regulación de la mora o retraso de las obligaciones sometidas al régimen de la LLCM, por un lado, y la de las obligaciones que no forman parte del ámbito de aplicación de la misma, por otro. De esto puede extraerse, de la manera más clara posible, que el ámbito de la Ley sobre Morosidad sigue o seguiría siendo limitado en función de lo que la propia norma establece, sin que sus límites puedan extenderse más allá de lo previsto, convirtiéndose en norma general capaz de derogar el régimen general de mora del Código de Comercio (o incluso, como se ha dicho, del Código Civil). Y, por tanto, el régimen general de las obligaciones a las que no puede aplicarse esta normativa se mantendría perfectamente vigente.

---

59 Perales Viscasillas, 2006, pp. 132, 133. Por otra parte, también se ha estimado que la Ley 3/2004 es general con respecto a la LOCM (Miranda Serrano, 2015, p. 1518).

60 Perales Viscasillas, 2006, pp. 135, 136.

61 *Ibíd.*

La inclusión separada de los dos regímenes en el ACM puede juzgarse, junto con la doctrina, positivamente<sup>62</sup>. Con ello no sólo se ataja la posible especulación sobre una eficacia desmesurada de la Ley sobre Morosidad, sino que también se transmite la idea de que, ante una multiplicidad de regímenes, la norma general (aún más si es un Código) debe reflejarlos todos ellos, aunque sea en lo esencial, con el objetivo de dejar claro el ámbito de aplicación de cada uno de dichos regímenes.

Después de lo dicho, y teniendo en cuenta que en la actualidad ninguno de los Códigos vigentes hacen referencia alguna a la normativa sobre morosidad y que, a pesar de ello, se ven afectados por su contenido, probablemente lo más útil sea estudiar exactamente qué preceptos, sistemas y principios contenidos o extraíbles de los Códigos aludidos deben considerarse afectados por la introducción en nuestro ordenamiento de la Ley sobre Morosidad.

## **3.2. Efectos sobre el vencimiento de las obligaciones y los artículos 62 y 63 CCom**

### **3.2.1. Efectos sobre el artículo 62 CCom**

Comenzando con la cuestión del vencimiento de las obligaciones y, en conexión con ésta, el artículo 62 CCom, hemos de retomar el sistema de plazos antes explicado.

Lo primero que se ha de decir es que, aunque hay cierto acuerdo en la doctrina sobre que los plazos que marca el artículo 4 LLCM son plazos de pago, los efectos de estos plazos sobre el vencimiento y la exigibilidad de la obligación han sido discutidos<sup>63</sup>.

En concreto, se ha argumentado que, con la introducción del sistema de plazos de pago, tal vez la normativa comunitaria podría estar escindiendo exigibilidad y vencimiento, de manera que sólo se postergara el segundo. Esta idea podría venir corroborada tanto por el hecho de que algunas normas de transposición nacionales así lo hagan<sup>64</sup>, como por que ambas Directivas indiquen que el interés es automático *sin*

---

62 Miranda Serrano, 2015, p. 1535.

63 *Vid.* Perales Viscasillas, que se ocupa con profundidad de esta cuestión, refiriéndose a la expresión “principio del sinalagma” (2006, pp. 146-172).

64 Perales Viscasillas reseña la solución del legislador alemán, que habla expresamente de una obligación que ya se encuentra vencida con anterioridad; o la legislación de Lituania, que establece un plazo no de pago, sino “de intereses”, al igual que la norma finlandesa, la de Reino Unido, Portugal, o la de Polonia. Más dudosos parecen los ejemplos que reseña sobre la legislación de Luxemburgo o, como la misma autora reconoce, la de Italia (2006, pp. 150, 151, nota al pie n.º 122).



*necesidad de aviso de vencimiento*, lo que ha sido interpretado en el sentido de que no hará falta dicho aviso, precisamente, porque el vencimiento ya se habría producido<sup>65</sup>.

Si esto fuera así, podría defenderse con mayor facilidad la corriente doctrinal alternativa que defiende que el transcurso del plazo no conduce al vencimiento de la obligación, sino más bien a la producción de uno de los efectos ordenados por la norma (a saber, el devengo de los intereses de demora).

Sin embargo, lo que también reseña la doctrina es que, mientras que en la Directiva el vencimiento de la obligación se mantiene en el momento legal oportuno y es sólo la exigibilidad la que se sujeta al transcurso del plazo de pago marcado, en la Ley 3/2004 tanto vencimiento como exigibilidad quedan postergados al transcurso del plazo<sup>66</sup>, dado que el artículo 5 de ésta se refiere, además de al comienzo del devengo de los intereses, a la entrada del deudor en situación de mora, lo que da lugar a la idea de que no incumple hasta el momento en el que el plazo expira, o, como ha señalado la doctrina, a la idea de que el artículo 4 LCCM, más que un plazo de pago, estaría señalando un término de cumplimiento, llegado el cual el deudor debería cumplir<sup>67</sup>. Parece, con todo, que la cuestión no es pacífica entre la doctrina<sup>68</sup>.

Finalmente, si se entiende que el vencimiento de la obligación se ve postergado por el sistema de plazos instaurado por la Ley 3/2004, entonces podrá considerarse que ésta tiene efectos directos sobre el artículo 62 CCom, referido a la determinación del momento de vencimiento en las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por el propio Código<sup>69</sup>. En este sentido, se ha dicho que, si ahora todas las obligaciones se consideran aplazadas, este precepto quedaría derogado<sup>70</sup>, aunque parece mucho más adecuado entender que este precepto se verá afectado únicamente respecto

---

65 *Vid.* Perales Viscasillas, 2006, p. 151.

66 Perales Viscasillas, 2006, pp. 149-151; considerando que en la normativa española se produce una ruptura del sinalagma que no tenía por qué haberse producido, de haberse seguido el modelo de la Directiva.

67 Perales Viscasillas, 2006, p. 152.

68 En este sentido Perales Viscasillas, 2006, p. 152.

69 Existe una corriente doctrinal que estima que el objeto de este artículo es, más bien, imponer un plazo para todas las obligaciones de carácter mercantil; lo cual implicaría, a su vez, que la previsión contenida en el artículo 63.2 (la necesidad de intimación para la constitución en mora de la obligación no sometida a plazo) deviniera inútil (*vid.*, al respecto, a Díez-Picazo Giménez, 1996, pp. 550-551; 2002, p. 1714). Sin embargo, creemos que es más coherente la interpretación defendida en el texto, que determina que en las obligaciones puras el acreedor deberá intimar al deudor para constituirlo en mora, cosa que sólo podrá hacer una vez transcurran los plazos señalados por el propio precepto.

70 Es la opinión, de corte más radical, de autores como Estupiñán Cáceres (2004, p. 1771).

de las obligaciones que formen parte del ámbito de aplicación de la norma, mientras mantendrá perfecta vigencia en relación con todas aquellas operaciones sobre las que la Ley sobre Morosidad no resulte de aplicación.

### 3.2.2. Efectos sobre el artículo 63 CCom

En segundo lugar, también se ha dicho que el artículo 63 queda afectado por la Ley sobre Morosidad. Este artículo dispone el momento en que comienzan los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones, para lo cual establece una diferenciación entre aquellos *contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento*, y aquéllos que no lo tuvieren. Respecto de los primeros, dice la norma que la mora comenzará al día siguiente de su vencimiento, mientras que para los segundos dispone la necesidad de una intimación en una forma determinada, marcada por el artículo. Es decir, que el artículo 63 CCom dispone una mora automática para las obligaciones a plazo<sup>71</sup>, mientras que sujeta al requisito de la intimación a las obligaciones puras (que se considerarán vencidas en función de los términos dispuestos por el artículo 62 CCom).

Pues bien, observamos que el efecto que la Ley 3/2004 va a tener sobre el artículo 63 CCom es, en primer lugar, el de hacer innecesario su apartado segundo en lo relativo a su ámbito de aplicación. Como es lógico, si en el ámbito de la Ley no existen las obligaciones puras, perderá toda virtualidad una previsión destinada precisamente para este tipo de obligaciones. En segundo término, puede considerarse que, en realidad, lo que hace la Ley sobre Morosidad, a través de la imposición de plazos de cumplimiento, es generalizar la previsión que se contiene en el artículo 63.1 CCom para las obligaciones a plazo y que dispone la mora automática para este tipo de obligaciones<sup>72</sup>.

---

71 Perales Viscasillas cree que la cuestión puede tomarse con mayor rigor estimando que, teniendo en cuenta que el Código de Comercio es anterior al Código Civil, en realidad el art. 63.1 sigue la concepción romanista de la mora automática en las obligaciones a plazo o a término, en las que se aplica la máxima *dies interpellat pro homine* (2006, pp. 120, 121, nota al pie n.º 34). No nos parece, sin embargo, que una concepción y otra sean excluyentes: es evidente que el artículo 63.1 se acoge al viejo brocardo, mientras que el artículo 1100 CC, al permitir la mora automática por disposición legal, incluye como posibilidad lícita este supuesto para las obligaciones mercantiles, entre otros que pudieran determinarse en virtud de ley.

72 En el mismo sentido, Viciano Pastor (p. 395). Perales Viscasillas se expresa en modo similar, añadiendo un matiz que podría resultar acertado, cuando dice que el efecto que la Ley 3/2004 tendrá sobre el artículo 63 CCom es que el sistema coincidirá ahora siempre con el instaurado por el art. 63.1 CCom, mientras que el artículo 63.2 quedará desplazado (2006, pp. 120, 128). Puede entenderse, en este sentido, que el sistema *coincide* con el del 63.1, pero que éste no se aplica directamente, sino que la que se aplica es la previsión de la LLCM. Al mismo tiempo, el precepto se seguiría aplicando de manera directa sobre aquellas obligaciones (y, tal vez, también sobre aquellos aspectos) sobre los que la LLCM no resulte de aplicación (en este mismo sentido, *ibíd.*, p. 132, nota al pie n.º 66). La diferencia entre un planteamiento u otro puede ser de carácter más bien teórico, puesto que, como hemos dicho antes, en ningún caso la Ley sobre Morosidad provoca la derogación del artículo 63 CCom, pudiendo ser sólo relevante a efectos de conocer si

### **3.3. La configuración de la mora civil y la unificación de los regímenes de la mora**

#### **3.3.1. Los requisitos de la mora**

De entre los requisitos de la mora que pudieran quedar afectados por la Ley 3/2004, existen algunos que ofrecen poco lugar para la discusión. Así, por ejemplo, parece claro que una entrega de un bien o la prestación de un servicio no podrá constituir una omisión, por lo que es relativamente sencillo concluir que el debatido requisito tiene aquí poco recorrido: la mora de la Ley 3/2004 no podrá darse en las obligaciones negativas<sup>73</sup>.

Sin embargo, otros de los requisitos de la mora sí dan lugar a cuestiones que resolver en torno a la aplicación sobre los mismos de los presupuestos de la Ley sobre Morosidad. Aquí se tratarán los que, a nuestro juicio, presentan mayor interés.

#### **A. La interpelación**

El primero de los efectos que la Ley 3/2004 tiene sobre la regulación de la mora civil, en cuanto a sus requisitos, es la eliminación del requisito de la interpelación.

En realidad, pudiendo considerarse que se produce una generalización del criterio dispuesto por el artículo 63.1 CCom para las obligaciones a plazo; y, en este sentido, entenderse que ni el artículo 1100 CC ni el 63 CCom, por lo que hace a los requisitos de la mora, se ven afectados por la norma, si nos situamos ante obligaciones de las tradicionalmente entendidas como mercantiles y hablamos de la aplicación general de dicho artículo 63, que se corresponde, en todo caso, con el sistema previsto por el artículo 1100 CC<sup>74</sup>.

Es posible, en este sentido, que lo único que haga la Ley sobre Morosidad sea determinar que todas las obligaciones estarán sujetas a plazo, y, en este caso, confirmar que se les aplicará el régimen que, por otra parte, se contiene ya en el artículo 63.1 CCom para este tipo de obligaciones; si bien se ha de observar que no existe en la Ley

---

éste se aplica directamente sobre las obligaciones bajo su ámbito de aplicación o no, lo cual no parece tener incidencia práctica alguna.

73 Sin embargo, para Perales Viscasillas, la alusión a la “prestación de servicios” a propósito del ámbito aplicativo de la norma “resulta útil para entender que las obligaciones de hacer y no hacer quedan incluidas” (2007a, p. 7).

74 En el mismo sentido se pronuncia la doctrina de otros países cuyos sistemas legales observan una configuración similar de la mora automática, como sucede en el caso italiano cuando Riccio dice que la Directiva establece un nuevo caso de mora *ex re* que incluir a los que ya se encuentran previstos en el artículo 1219.2 del *Codice* (2002, pp. 1308, 1309).

sobre Morosidad remisión expresa a este artículo, quizá en atención a la aplicabilidad de la Ley sobre relaciones tradicionalmente entendidas como civiles, según se ha visto.

Respecto de este tipo de supuestos sí se produciría un cambio completo de régimen, al aplicarse a las mismas lo dispuesto por la Ley, que en la práctica supone lo que ya se ha dicho; la generalización del criterio que preside al artículo 63.1 CCom. No en vano, se ha hablado de que a través de esta normativa se produce, además de una unificación de los distintos regímenes de la mora en el ordenamiento español, también una *mercantilización* de las obligaciones<sup>75</sup>, que sin duda se constata en este aspecto. Con todo, la aplicación del régimen de mora automática de la Ley 3/2004 quedaría, de nuevo, justificada por mor de la previsión de mora automática *ex lege* del artículo 1100.2.1 CC.

## **B. La culpabilidad en el retraso**

En segundo lugar, se ha defendido que el régimen de la mora de la Ley sobre Morosidad altera, además del requisito de la intimación, el del carácter culpable del retraso<sup>76</sup>.

En concreto, los pronunciamientos que la LLCM hace en relación con esta cuestión se encuentran en los artículos 6 y 8.2 de la Ley.

En relación con el primer supuesto, el artículo 6 se detiene en los *requisitos para que el acreedor pueda exigir los intereses de demora*, respecto a los cuales dispone que el acreedor, además de haber cumplido sus obligaciones contractuales y legales (apartado a)), no deberá haber recibido a tiempo la cantidad debida, a menos que *el deudor pueda probar que no es responsable del retraso* (apartado b) (la cursiva es nuestra).

Por lo que hace al artículo 8.2 LLCM, dedicado a la indemnización por costes de cobro, se hace también una referencia a la *responsabilidad* del deudor cuando dice que “el deudor no estará obligado a pagar la indemnización establecida en el apartado anterior *cuando no sea responsable* del retraso en el pago” (la cursiva es nuestra).

Pues bien, estas manifestaciones, que para algunos autores han supuesto entender que la Ley sobre Morosidad abandona el requisito de la culpabilidad en la mora<sup>77</sup>, en otras ocasiones han sido entendidas en un sentido radicalmente opuesto, pasando a ser leídas en clave de culpabilidad.

---

75 *Vid.* Viciano Pastor 2012b, p. 216; 2012a, pp. 243, 254.

76 Viciano Pastor, 2012a, p. 391.

77 Es la posición doctrinal mayoritaria. Puede verse, por todos, a Vaquero López, 2016, p. 837; o a Perales Viscasillas, que habla de una “evolución hacia la mora objetiva” (2006, pp. 124, 125).

Y es que la formulación exacta empleada por el legislador español no es todo lo clara que debiera ser. Efectivamente, la llamada a la responsabilidad es excesivamente indeterminada, y, si bien no necesariamente implica una referencia a la culpabilidad, también se aleja de la claridad apreciable en la mayor parte de los textos de modernización; textos que, como sabemos, configuran un incumplimiento objetivo en el que el deudor sólo podrá desentenderse del remedio resolutorio cuando concurran unas causas de exoneración que se encuentran bien determinadas en ellos. Algo que, en efecto, la Ley sobre Morosidad no hace.

Estas mismas dudas sobre el carácter de las previsiones contenidas por la norma han sido acogidas por algunos autores<sup>78</sup>, mientras que otros directamente acogen la idea de que el sistema presentado por la LLCM mantiene el criterio de la *mora debitoris* basada en culpa<sup>79</sup>.

Esta falta de claridad en la norma es todavía más llamativa si se tiene en cuenta que ni siquiera hablamos únicamente de una indemnización, cual sería el caso del artículo 8, según su propia rúbrica, sino que a la misma formulación se somete el derecho al cobro de los intereses, que, según las más modernas doctrinas<sup>80</sup>, parece muy complicado entender que puedan llegar a vincularse a cualquier viso de culpabilidad o de reproche de la conducta del deudor.

La diferenciación entre el devengo de los intereses, por un lado, y el derecho a la indemnización de los daños previsto por el artículo 8 LLCM, por otro, ha propiciado un planteamiento doctrinal según el cual mientras que el devengo de intereses no estaría sujeto a requisitos de culpabilidad, la indemnización de los daños y perjuicios sí podría estarlo<sup>81</sup>. En este sentido, nos parece que todavía hay que afinar más para distinguir entre la indemnización resultante del artículo 8, que únicamente se refiere a los costes de cobro de la deuda, y una posible indemnización ulterior de otros daños sufridos por el retraso.

En cuanto a la indemnización por los costes de cobro del artículo 8 LLCM, el propio artículo indica que se trata de una indemnización, y este concepto parece, en

---

78 Díez-Picazo Giménez expresa que “respecto de la no imputabilidad del retraso al deudor, hay que esperar que rijan las reglas de responsabilidad objetiva (sólo podrá exonerarse mediante la oportuna prueba del acaecimiento de un caso fortuito) y que, por tanto, no haya tintes de culpabilidad o negligencia en esta norma” (2002, p. 1744).

79 Vaquer Aloy, 2003, p. 537.

80 Para referencias de esta cuestión en el análisis de los textos de modernización, *vid. supra* Cap I. *Vid.* también, por todos, a Jiménez Muñoz, 2009, pp. 422 y ss.; Fenoy Picón, 2010, pp. 81 y ss.; Zurita Martín, 2015, p. 684.

81 Vaquero López, 2016, p. 837.

principio, más fácilmente vinculable a requisitos culpabilísticos<sup>82</sup>. Sin embargo, el hecho de que en el artículo se utilicen los mismos términos que emplea el artículo 6 LLCM, refiriéndose ambos a la responsabilidad del deudor, nos parece que conduce a la conclusión de que a una y otra partida deberían vincularse los mismos presupuestos<sup>83</sup>. Por tanto, si defendiéramos una concepción objetiva de la responsabilidad que determina el deber de pago de los intereses devengados por el retraso —algo que, lo hemos dicho ya, no está claro—, habríamos de seguir la misma línea al hablar de la indemnización de los costes de cobro prevista por el artículo 8 de la Ley.

No obstante, sería posible distinguir, atendiendo al Considerando 8 de la Directiva, una indemnización que fuera más allá de estos costes de cobro, y que, atendiendo a la redacción de dicho Considerando, sería configurada con mayor libertad por los Estados (“La compensación por los costes de cobro debe fijarse sin perjuicio de las disposiciones nacionales en virtud de las cuales un tribunal nacional pueda reconocer el derecho del acreedor a una indemnización adicional por los daños y perjuicios relacionados con la morosidad del acreedor”). Es en este sentido en el que creemos que podría defenderse, si se estima que el devengo de los intereses atiende únicamente a criterios objetivos, y entendiendo que la indemnización del artículo 8 LLCM debería, en principio, sujetarse a idénticas condiciones<sup>84</sup>, que la indemnización por los daños sufridos por el retraso podría juzgarse tomando la culpabilidad como fundamento<sup>85</sup>.

Ahora bien, lo cierto es que ni la Ley sobre Morosidad dispone nada en este sentido, limitándose a hablar de indemnización en su artículo 8, ni el legislador español ha dispuesto nada específico para este supuesto extramuros de la Ley sobre Morosidad<sup>86</sup>.

---

82 Se ha dicho, en general, que la indemnización “requiere en todo caso incumplimiento imputable” (Gómez Pomar, 2007, p. 19). Sin embargo, la cuestión está en qué se entiende por imputabilidad, ya que es perfectamente posible que el título de imputabilidad sea ajeno a la culpa (de hecho, el autor citado es poco sospechoso de defender la teoría culpabilística —véanse, del mismo trabajo, las pp. 6-12—, y por esta razón decimos que este tipo de términos pueden responder a distintos conceptos. *Vid.* también Fenoy Picón, 2010, p. 81; 2011, pp. 1634 y ss.

83 Un punto de apoyo de este planteamiento puede encontrarse en Vaquer Aloy, 2003, pp. 537, 538.

84 Si se entiende lo contrario, cabría concluir que ambas indemnizaciones pueden sujetarse a criterios culpabilísticos.

85 Si esto se entiende así, por tanto, sí podría respaldarse la visión de Vaquero López (2016, p. 837).

86 En relación con esta cuestión, Viciano Pastor no cree que la posibilidad que la Directiva prevé se identifique con un principio general establecido en nuestro ordenamiento jurídico relativo a la indemnidad total de este tipo de daños (2012a, pp. 409, 410, 438).

El precepto que, claro, se refiere a esta cuestión en el ámbito civil, y que es también aplicable a las obligaciones mercantiles en cuanto que es Derecho común general, es el artículo 1108 CC. Sin embargo, al margen de ser un artículo que no se pronuncia directamente sobre la cuestión de la culpabilidad —la respuesta habría que buscarla, en todo caso, en la aplicación que del mismo hacen los Tribunales—, ni, tampoco, sobre la posibilidad de indemnización del mayor daño, puede argüirse que la propia aplicación de la Ley sobre Morosidad a los supuestos sobre los que es aplicable determina la exclusión del artículo 1108 CC.

Al mismo tiempo, la previsión del Considerando 8 de la Directiva no sirve para prejuzgar el carácter (subjetivo u objetivo) de esta posible indemnización, por lo que quedará a lo que el legislador nacional determine en cada caso. Y, al menos en el nuestro, no existiendo previsión específica al respecto, no está clara ni siquiera la posibilidad de una indemnización superior a la dispuesta por el artículo 8 LLCM, por lo que todavía menos lo está el carácter objetivo o subjetivo de una posible indemnización en este sentido.

Volviendo a los artículos 8 y 6 de la Ley, parece que la falta de claridad en su redacción podría determinar que se efectuara una interpretación en cualquiera de los dos sentidos posibles; cosa que, a la postre, y como bien ha señalado la doctrina, dependerá de la realidad social del tiempo en que se interprete<sup>87</sup>. Teniendo esto en cuenta, tanto se podría interpretar que, siendo una normativa que, en principio, se encuadra en la nueva corriente modernizadora del Derecho de obligaciones y contratos, el sistema que presenta necesariamente ha de conducirnos a una concepción objetiva de la mora; como que, precisamente por comparación con estos textos, la norma podría estar desmarcándose de ellos y apuntando en otra dirección en materia de imputabilidad.

Si se comparan los términos de la Ley con los empleados por la normativa comunitaria en relación con esta cuestión, puede observarse que la LLCM reproduce los términos de la Directiva de 2000, que habla también de la responsabilidad del deudor; mientras que la Directiva de 2011 elige hablar, en su lugar, de imputabilidad de retraso al deudor (“...el acreedor no ha recibido la cantidad a tiempo, a menos que el retraso no sea imputable al deudor”). Esta nueva forma de aludir a esta cuestión por parte de la Directiva de 2011 ha sido interpretada por la doctrina como un acercamiento a la doctrina objetiva<sup>88</sup>, si bien sigue siendo una fórmula alejada de las expresiones

---

87 Viciano Pastor, 2012a, pp. 402, 403.

88 *Ibid.*, pp. 401, 403.

comúnmente empleadas por los textos de modernización<sup>89</sup>; y, de todos modos, cabe que nos planteemos si la diferencia terminológica implica realmente un cambio de criterio.

De otro lado, también puede ser significativo el modo en que las normas internas de otros países europeos han interpretado y transpuesto la normativa comunitaria, pudiendo constatarse cómo en más de un caso se opta por una solución que, sin incluir criterios de culpabilidad, tampoco supone un fiel reflejo de lo dispuesto por las nuevas tendencias en materia de Derecho de obligaciones y contratos<sup>90</sup>.

Si acudimos a la jurisprudencia existente sobre la cuestión en el ámbito comunitario, ha sido comentada la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008<sup>91</sup> que, en un caso en el que se discute si se producen intereses moratorios a propósito de una transferencia bancaria, entiende que no procede apreciar este efecto en los casos en los que “el retraso del pago no es consecuencia del comportamiento del deudor, que tuvo en cuenta diligentemente los plazos normalmente necesarios para la ejecución de una transferencia bancaria”; introduciendo una llamada a la diligencia que resulta más bien cercana al criterio de la culpabilidad. No obstante, se ha destacado que esta interpretación podría ser particularmente prevalente en la traducción española de la sentencia, toda vez que, al parecer, las versiones en otros idiomas prescinden de estos tintes subjetivistas<sup>92</sup>.

En la jurisprudencia española, por otra parte, podemos encontrar algunas sentencias de las cuales inferir el sentido en el que se entiende esta llamada a la “responsabilidad” del deudor en la LLCM. Puede destacarse la STS de 8 de marzo de 2017, que trata esta cuestión a propósito del pago a tercero, en un caso en el que la

---

89 Vidal Olivares realiza una crítica de esta expresión a propósito de un los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos, que usan esta forma a pesar de seguir la corriente de las nuevas tendencias (2015, p. 752).

90 Es el caso, por ejemplo, de la Ley de trasposición italiana (el decreto legislativo de 9 de octubre de 2002, n.º 231), que dispone que el deudor deberá pagar intereses salvo cuando pruebe una imposibilidad en el cumplimiento debida a causa a él no imputable. Resulta llamativo el tránsito de una regulación que dispone una responsabilidad totalmente objetiva en materia de intereses, según la interpretación general, a otra en la que se admite la exoneración; aún más si se tiene en cuenta que se coloca al acreedor en una posición más desventajosa que la que tenía en virtud de la normativa común, aún a pesar de pretenderse lo contrario. Por otra parte, es también cuestionable la llamada a la imposibilidad (que puede ser, como mínimo, discutida en el ámbito de las obligaciones pecuniarias), y que sitúa esta previsión en un punto incierto que debe interpretarse de modo objetivo, suponiendo de nuevo un trato perjudicial al acreedor (*vid. Riccio*, 2002, pp. 1310, 1313-1316).

91 Evidentemente, la sentencia es anterior a la Directiva de 2011, sobre la que, salvo error u omisión, no existe jurisprudencia más reciente que se adentre en este preciso extremo.

92 En este sentido, Viciano Pastor (2012a, pp. 403 y ss.).



Audiencia<sup>93</sup> había determinado que este hecho no excluía la responsabilidad del deudor y, con ello, el deber de pagar los intereses que se consideraban devengados, por considerar que el pago realizado a quien no tenía la condición de acreedor, independientemente de que se hubiera realizado o no “con desidia”, no era válido para excluir la aplicación automática de los intereses.

Lo que hace el Tribunal Supremo es considerar que no es procedente aplicar la legislación sobre morosidad porque “los supuestos de pago a terceros que constituyen situaciones de controversia, como la del presente caso, no representan supuestos que puedan ser asimilados a la morosidad que es objeto de atención en la citada normativa”, la cual, según el Tribunal, viene referida al retraso en el pago de las deudas en las operaciones comerciales entre empresas y, “por tanto, sin extensión a otros supuestos de distinta índole o justificación”. Es decir, se declara que al supuesto no le es aplicable la Ley 3/2004, pero, al mismo tiempo, en los razonamientos de la sentencia se reproducen algunos de los argumentos de la parte recurrente que explican que “no debía ser condenada a abonar intereses de demora, al no haberse demorado en el pago”, indicando además que “el concepto de responsabilidad encierra un componente subjetivo o intencional que debe ser examinado para saber si concurrió o no en el comportamiento del deudor”, resultando que en este caso no es que la parte recurrente no pagara “porque no quiso o tuviera intención de no pagar, sino porque fue requerida” para ello por una entidad pública, siendo advertida de que, de no pagar, quedaría “sujeta a responsabilidad”. A renglón seguido, indica el Alto Tribunal que “el motivo debe ser estimado”, y que el artículo 6 LLCM “debe ser interpretado de un modo sistemático y teleológico”, a lo que sigue el razonamiento antes expresado relativo al pago a tercero y la aplicabilidad o no al supuesto de la Ley 3/2004<sup>94</sup>.

En fin, aunque la sentencia no reflexione sobre estas cuestiones, y finalmente utilice otros argumentos como *ratio decidendi*, el caso es que tampoco los desmiente y cree conveniente, como se ve, añadirlos al texto de la sentencia.

Por otra parte, si revisamos la regulación del ACM, vemos que el artículo 418-5 (1), siguiendo la estela de la Directiva de 2011, habla también de imputabilidad para los intereses, lo cual ha sido interpretado como un sistema coincidente con el de la Ley sobre Morosidad, sin perjuicio de la diferencia en los términos<sup>95</sup>. Para la misma

---

93 La sentencia de la Audiencia, que resulta revocada por el Supremo, es la SAP Madrid, Sección 18ª, 91/2014, de 11 de marzo.

94 Existen otras sentencias que, sin ser tampoco excesivamente claras sobre este asunto, y hablando en general sobre la *responsabilidad del deudor por el retraso*, son llamativas porque hacen algunas llamadas a la culpabilidad del deudor; así, por ejemplo, la STS de 30 de diciembre de 2014.

95 Miranda Serrano, 2015, p. 1534.

doctrina, ambos textos acogerían, a través de distintos términos, un sistema en el que el deudor sólo podría verse exonerado de su responsabilidad probando la concurrencia de un caso fortuito<sup>96</sup>.

Lo que puede resultar más significativo todavía —y, a la par, críptico— es que el artículo 418-5 (2) ACM, al regular la indemnización por costes de cobro, sí elige hablar, directamente, de culpabilidad (“Como costes de cobro, cuando el deudor incurra en retraso culpable...”). Esto podría dar lugar, en primer término, a entender que los intereses y la indemnización por costes de cobro, en contra de lo que se ha dicho, podrían sujetarse a criterios de imputación distintos; así como que los primeros probablemente no estarían sujetos a culpa, pero sí la segunda (admitiéndose, así, la entrada de la culpabilidad al sistema).

Por lo demás, y aunque sea complicado llegar a una conclusión indubitada con respecto a la Ley 3/2004, sí puede afirmarse que esta Ley se aparta de lo dispuesto por el CC, por lo menos, por lo que hace a la gradación de la responsabilidad del deudor en función de la mayor o menor reprochabilidad de su conducta, en la medida en que la LLCM no atiende a una posible distinción según que concurra la culpa o el dolo; sentido en el que también se aparta de otros textos de modernización, que en ocasiones incluyen disposiciones particulares para el caso de que concurra dolo en el comportamiento del deudor<sup>97</sup>.

Por último, puede reflexionarse que el sistema de la Ley 3/2004, con independencia de que se vincule o no a requisitos de culpabilidad respecto a algunas partidas indemnizatorias, es más favorable para el deudor que algunos de los sistemas de los textos de modernización, en los que se observa una responsabilidad objetiva estricta<sup>98</sup>.

### **C. La posibilidad de cumplimiento posterior**

Por algún autor se ha destacado que otro aspecto que distinguiría esta particular mora de la tradicional sería el relacionado con la posibilidad de cumplimiento posterior de la obligación como requisito. La doctrina que ha apreciado diferencias en este aspecto indica que lo que suele entenderse como requisito para la mora común no lo sería para la mora de la normativa sobre morosidad, de manera que, aun ante un incumplimiento definitivo, ésta seguiría siendo posible y devengaría sus efectos<sup>99</sup>.

---

96 *Ibíd.*

97 *Vid.* a este respecto Zurita Martín, 2014, pp. 2358-2361.

98 *Vid. infra* apartado II.3.

99 Perales Viscasillas, 2006, pp. 116-118.

En materia de obligaciones dinerarias, se ha de partir de que, por aplicación del principio *genus nunquam perit*, la imposibilidad de cumplimiento se ve privada de eficacia<sup>100</sup>. Por tanto, un buen número de supuestos que sobre cualquier otra obligación determinarían el incumplimiento definitivo, aquí no podrán producirlo.

No obstante, existen otros casos, distintos de la imposibilidad, que pueden dar lugar al incumplimiento definitivo de la obligación pecuniaria.

La doctrina que ha entendido que la mora de la Ley 3/2004 no precisaría de posibilidad de cumplimiento posterior ha señalado, en concreto, a los casos de término esencial en los que, a pesar del término, el acreedor acepta el cumplimiento extemporáneo. En estos supuestos, se ha dicho que podría haber lugar a mora por el tiempo que media entre el incumplimiento inicial del término y el efectivo cumplimiento tardío<sup>101</sup>. Efectivamente, estamos de acuerdo en que, en este tipo de supuestos, podrá apreciarse la mora; sin embargo, cuestión distinta es que este razonamiento sirva para apoyar la idea de que la mora pueda darse sin posibilidad de cumplimiento posterior.

Lo que sucede es que lo que en un primer momento era o parecía ser un incumplimiento definitivo basado en un término esencial, con posterioridad resulta ser un incumplimiento no definitivo que permitía un cumplimiento posterior y en el que, por tanto, se ha dado la mora. Y es que, aunque en un primer momento pareciera definitivo, el hecho de que posteriormente el acreedor acepte el cumplimiento, bien revela el verdadero carácter del término, que no era esencial, bien era un término esencial impropio<sup>102</sup>. En cualquier caso, de forma retroactiva, se aprecian los efectos de la mora desde el momento en el que se debió cumplir; una mora automática, que lo sería tanto en el caso de la Ley 3/2004, porque la propia Ley así lo dispone, como en virtud del régimen general del art. 1100 CC, ya que claramente sería un supuesto de los que el precepto señala como de mora automática (1100.2.2 CC).

De igual modo, podrían producirse otros incumplimientos en los que se produjera, previamente, un retraso; y, al igual que sucede con la mora común, este retraso podría

---

100 Aunque se entiende que en sede de obligaciones genéricas, la prestación siempre es posible, la doctrina ha matizado que el rigor de este principio puede suavizarse en algunos supuestos, entendiéndose que existen algunas causas que podrían dar lugar a la imposibilidad, distintas a la pérdida de la cosa, o que podría apreciarse la incidencia de la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación (Caffarena Laporta, 1982, pp. 294-296; Díez Picazo, 2008, pp. 337 y 688 y ss).

101 Perales Viscasillas, 2006, pp. 116-118.

102 Al igual que podría pensarse, siguiendo el funcionamiento original del pacto comisorio (*vid.* Ataz López, 2013c, p. 10.646, 10.647.), que el término esencial inscrito en un pacto de esta clase pudiera configurarse como una opción facultativa, y no automática, de cara a la resolución.

resultar indemnizable. Ahora bien, uno de los argumentos empleados por esta doctrina para defender su postura es el relativo a que en este tipo de obligaciones lo común será que el acreedor no quiera pedir la resolución, y que, por ello, precisamente, raro será que se pacte un término esencial en este tipo de obligaciones. En este sentido, se argumenta que, si nos situamos en todo caso ante operaciones en las que, como sabemos, el acreedor ha cumplido ya con su parte de la obligación, que consistirá en la entrega de bienes o en la prestación de servicios, normalmente estará más interesado en el cumplimiento que en la resolución. Particularmente, cuando se trate de un servicio ya prestado o de la entrega de un bien perecedero o que haya perdido sus cualidades, pues, en estos casos, la restitución será muy difícil o imposible, o bien no será ya de interés para el acreedor<sup>103</sup>.

Es cierto que en un buen número de casos existen pocas posibilidades de que se dé la resolución, como también lo es que uno de sus efectos —el restitutorio— puede encontrar serias dificultades en la práctica<sup>104</sup>; lo cual es concordante, por otra parte, con el hecho de que no se regule mecanismo alguno en la Ley 3/2004 dirigido a la ruptura de la relación contractual. De todos modos, la resolución podría darse en casos en los que, por ejemplo, el acreedor ha entregado unos bienes que prefiere recuperar ante la tardanza, o, también, cuando la resolución se ejercite transcurrido un tiempo tras el incumplimiento inicial, y el acreedor pueda preferir solicitar la indemnización por retraso junto con la derivada del incumplimiento, si esta cantidad es mayor que el precio inicialmente acordado y, sobre todo, si ve que el deudor no va a pagar.

Y, sobre todo, tanto el término esencial como la resolución recobrarán su importancia en los supuestos en los que, permitidos por la redacción actual de la norma este tipo de pactos, las prestaciones deban entregarse simultáneamente en virtud de pacto expreso de las partes. Éste es el único supuesto, de hecho, para el que alguna doctrina cree posible el pacto de término esencial<sup>105</sup>. En este caso, se seguirá el régimen general en todos los aspectos, por lo que no habrá lugar a indemnización por retraso, al igual que en otros casos en los que el incumplimiento definitivo no conlleva un retraso (por ejemplo, cuando el deudor hubiera declarado no querer cumplir, o en los casos de incumplimiento anticipado, previstos por algunos textos).

---

103 Perales Viscasillas, 2006, pp. 116-118; también, Viciano Pastor, que no cree que el cumplimiento tardío frustre el interés del acreedor en las dinerarias. Añade también que sólo cuando la prestación se hubiera tornado definitivamente imposible, por insolvencia o iliquidez del deudor, podrá el acreedor solicitar la resolución del contrato y la devolución del bien entregado (2012a, pp. 394, 395).

104 Para los casos en los que la restitución no sea posible o conveniente para el acreedor, podría entregarse el equivalente al valor del bien o servicio a restituir.

105 Viciano Pastor, 2012a, p. 394.

Fuera de estos supuestos (sobre todo, del caso en el que se pacte el intercambio simultáneo de las prestaciones), es cierto que será poco habitual tanto que las partes pacten un término esencial, como que acudan a la resolución, porque los objetivos de estos mecanismos quedarán fuera del interés del acreedor.

Sin embargo, esto, de nuevo, no tiene relación con el requisito de cumplimiento posterior para la mora. Y, si precisamente estamos diciendo que será muy complicado encontrar supuestos en los que exista un incumplimiento definitivo, por la idea de que en las obligaciones dinerarias no se observa la figura de la imposibilidad (y que, además, en estos casos será difícil encontrar supuestos de resolución), parece que con menor razón se habrá de defender que la mora de la Ley 3/2004, como mora aplicable sólo a obligaciones pecuniarias, se diferencia respecto de la mora común en que es posible su constatación en supuestos en los que no es posible el cumplimiento posterior.

En todo caso, no nos parece que la mora que establece la Ley 3/2004 presente diferencias con respecto a la mora común en relación con el requisito a examen. Si se quisiera haber excepcionado las normas generales para disponer que las consecuencias de la mora previstas en la Ley habrían de seguirse devengando incluso en los supuestos en los que se da un incumplimiento definitivo (siendo el ejemplo más claro el del término esencial, cuando no se convalida), esto habría de haberse especificado en la norma. Por ende, el régimen de la mora en la Ley 3/2004 parece resultar idéntico al de la mora común.

### **3.3.2. Los efectos de la mora**

Como es evidente, la normativa sobre morosidad comprometerá en cierto grado los efectos de la mora generalmente considerados, en primer lugar porque retrasará su producción en función de los plazos fijados<sup>106</sup>. Esto ha determinado que, para la doctrina, la situación de las obligaciones —más bien, cabría decir, de los acreedores— sujetas a este régimen sea considerada más desventajosa que la de las obligaciones sujetas al régimen general<sup>107</sup>, probablemente con acierto.

Además del efecto general de retrasar —por redundante que suene— los efectos de la mora, la LLCM puede tener un impacto específico sobre cada uno de sus efectos típicos, que conviene analizar separadamente.

---

106 Como bien indica Perales Viscasillas, tanto el inicio de la mora como sus efectos quedan postergados por imperativo legal (2006, p. 166), lo cual puede suscribirse salvo que se estime que es sólo la producción de intereses la que queda postergada a la expiración del plazo, siguiendo la posición doctrinal alternativa.

107 *Ibíd.*

## **A. El efecto indemnizatorio**

### **a) La interacción entre los artículos 7 LLCM y 1108 CC**

En primer lugar, resulta evidente que la Ley 3/2004 tiene una influencia particular sobre el efecto indemnizatorio de la mora, que, en el caso de las dinerarias, se refiere al devengo de intereses, y se ordena, en el régimen común, en virtud de lo dictado por el artículo 1108 CC.

Así las cosas, el primer efecto que tendrá la norma a este respecto será la exclusión del artículo 1108 CC para las operaciones que caen bajo su ámbito de aplicación<sup>108</sup>, toda vez que el 1108 CC es norma aplicada tanto a la contratación civil como a la mercantil, ante la falta de cualquier otra disposición general a este respecto en el CCom. Por tanto, se aplicará el tipo de interés determinado por el artículo 7 LLCM en lugar del que el 1108 CC indica a falta de acuerdo por las partes.

Por lo demás, el artículo 7 LLCM sigue el esquema del 1108 CC al permitir a las partes pactar un interés de demora distinto del dispuesto por el propio artículo, que estará —eso sí— sujeto al control de abusividad detallado por el artículo 9 LLCM, que en concreto se refiere, como criterio para determinar la posible abusividad, al tipo de interés y a la “razón objetiva para apartarse del tipo de interés legal de demora” del artículo 7 LLCM, y que va dirigido, recuérdese, a la protección del acreedor.

### **b) Dinámica del devengo de los intereses. Intereses sustantivos y procesales**

Por otra parte, y en relación con el comienzo de devengo de intereses, ya hemos visto que la norma dispone el comienzo automático del devengo a partir del sistema de plazos establecido<sup>109</sup>. Parece poco discutible que, de no darse el pago voluntario por parte del

---

108 Algunas sentencias han dispuesto la aplicación de la normativa común ante supuestos a los que, de ordinario, cabría aplicar la Ley 3/2004. Un ejemplo puede apreciarse en la SAP Barcelona, Sección 14ª, de 27 de febrero de 2019, con respecto a un caso en que la parte demandante, habiendo solicitado la aplicación de los intereses de la LLCM, no había cumplido con sus obligaciones contractuales de manera perfecta (puesto que había instalado deficientemente una serie de aparatos). En este caso —y aunque existe jurisprudencia que apoya la idea de que tanto según el CC como según la LLCM el demandante debe haber cumplido la prestación que le compete (*vid.* STS de 5 de diciembre de 2011, ya mencionada)—, el órgano sentenciador determina que la Ley 3/2004 no será aplicable, si bien sí podrán aplicarse los intereses moratorios comunes del art. 1108 CC, aunque sólo a partir de la fecha de interposición de la demanda.

109 Viciano Pastor señala que será el acreedor demandante quien deba probar el hecho que constituya, según el caso, la circunstancia que determine el *dies a quo* del plazo cuya expiración produce el inicio del devengo de los intereses. De lo contrario, parece que no está muy claro si el juez podrá conceder o no intereses desde el momento de la interposición de la demanda, toda vez que el sistema previsto por la Ley 3/2004 no acoge el sistema de mora por requerimiento (2012a, pp. 419, 420).

deudor, el acreedor deberá pedir expresamente el pago de los intereses en el escrito de demanda en virtud del principio de justicia rogada, aunque existe doctrina que ha dudado de su aplicabilidad en el ámbito de la Ley 3/2004<sup>110</sup>. No obstante, la jurisprudencia es clara en este punto: la condena de intereses debe pedirse expresamente por la parte, con independencia de que al caso sea aplicable la LLCM. Lo explica muy bien la SAP Barcelona, Sección 19ª, 260/2019, de 31 de mayo, cuando compara “lo que acontece con los intereses (...) tanto del artículo 1108 (en relación con el art. 1101) del CC como desde luego los de la Ley 3/2004, a diferencia de los del art. 576 LEC que nacen ex lege, deben ser interesados expresamente de un lado y de otro deben ser objeto de pronunciamiento”<sup>111</sup>.

En cuanto al momento en el que los intereses dejan de devengarse, la LLCM guarda silencio, por lo que parece que aquí no hay ninguna alteración con respecto al régimen general: el momento del pago habrá de considerarse como momento en que se extingue la deuda, al tiempo que los artículos 1173 y 1110 CC se mantienen perfectamente vigentes y aplicables con respecto al pago de los intereses<sup>112</sup>, al igual que los artículos 1109 CC —para las obligaciones civiles— y 317 y 319 CCom —para las mercantiles— respecto al anatocismo<sup>113</sup>.

No obstante, si la deuda no se paga de manera voluntaria y el acreedor debe recurrir a un procedimiento judicial, debe hacerse una serie de precisiones distintas.

En primer lugar, se discute si es aplicable la doctrina según la cual el acreedor deberá indicar el *dies a quo* de devengo de los intereses para evitar que se concedan únicamente desde la demanda, por la particular ordenación que de este asunto hace la Ley sobre Morosidad. Respecto de esta cuestión hay opiniones diversas en la doctrina<sup>114</sup>, y existe jurisprudencia que ampararía la aplicabilidad de esta teoría también

---

110 Perales Viscasillas se plantea si podría dudarse de la aplicación de este principio dado el carácter de norma especial de la Ley 3/2004 con respecto a la LEC (2006, p. 228, nota al pie n.º 28). Viciano Pastor responde a este planteamiento indicando que sólo puede tratarse de una propuesta de *lege ferenda*, que no puede ser defendible a propósito del estado actual de nuestro Derecho (2012a, p. 418).

111 En el mismo sentido, otras, como la SAP Valencia, Sección 8ª, de 29 de diciembre de 2006, o, en relación con los arts. 1101 y 1108 CC, la STS de 8 de marzo de 2006 y las nombradas en ella.

112 Perales Viscasillas, 2006, p. 227; Viciano Pastor, 2012a, p. 416.

113 Viciano Pastor, 2012a, p. 417.

114 A favor de la aplicación de esta doctrina, Viciano Pastor, 2012a, pp. 418, 419. En contra, Perales Viscasillas, 2006, pp. 228, 229.

para estos intereses<sup>115</sup>, aunque pueda resultar extraño que unos intereses automáticos se devenguen a partir de la demanda, que puede considerarse intimación<sup>116</sup>.

Por otra parte, se ha considerado que la Ley 3/2004 modifica el régimen general que disciplina la relación entre el interés por mora sustantiva y el interés por mora procesal del artículo 576 LEC, en el sentido de que el determinado por la LLCM resultaría aplicable tanto hasta la fecha de la resolución como con posterioridad a la misma, hasta la completa ejecución<sup>117</sup>.

Puede señalarse que la doctrina citada parece sugerir que el tipo de interés de la Ley 3/2004, o bien el pactado por las partes, será aplicable con preferencia al del art. 576 LEC en tanto en cuanto resulte superior a éste<sup>118</sup>; lo que nos puede hacer dudar de la fundamentación dada, que se basa en el carácter de ley especial de la Ley 3/2004. A este respecto, cabe simplemente decir que el artículo 576 LEC se refiere expresamente a la posibilidad de que una disposición especial de la ley determine el tipo de interés aplicable a la mora procesal, cual sería este caso, sin ningún tipo de matización o requerimiento adicional en relación con un tipo de interés más alto o más bajo; por lo que simplemente cabe admitir que el interés fijado por una ley especial, como la LLCM, será aplicable en lugar del reflejado por el artículo 576 LEC<sup>119</sup>.

### **c) Conceptos indemnizables según la Ley 3/2004**

Como se ha visto, en la Ley 3/2004 se prevén expresamente el devengo de intereses y la indemnización por costes de cobro como dos conceptos indemnizatorios separados<sup>120</sup>, mientras que el Considerando 8 de la Directiva 2011 prevé que los Estados puedan arbitrar sistemas que permitan procurar la completa indemnización de los daños sufridos por el acreedor<sup>121</sup>.

---

115 SAP Valencia, Sección 8ª, de 29 de diciembre de 2006.

116 Viciano Pastor, 2012a, p. 419.

117 Con alguna distinción, en función de si los intereses de demora del artículo 7 LLCM se hubiesen solicitado por la parte o no (*vid.* Perales Viscasillas, 2006, pp. 230-233).

118 Véase a Perales Viscasillas, 2006, p. 233.

119 También se pronuncia en este sentido, sin matizaciones y con cita de jurisprudencia, Viciano Pastor (2012a, pp. 420, 421). Parece que podría haber alguna reserva en torno a los supuestos en los que las partes no hubieran solicitado la condena de intereses, como expresamente señala Perales Viscasillas (2006, pp. 230-233).

120 A favor de que se produce una disociación entre ambos conceptos, Perales Viscasillas (2006, p. 125), Vaquero López (2016, p. 837). En contra, Viciano Pastor (2012a, p. 409).

121 Para Perales Viscasillas, esta previsión encuentra un límite que debe situarse en la posibilidad de que estos daños se encontraran ya compensados por el derecho a cobro de los intereses (2006, p. 248).



Frente al debate existente en torno a la amplitud de los términos del artículo 1108 CC, la Ley 3/2004 presenta un nuevo sistema en el que se distinguen partidas indemnizatorias que van más allá de los meros intereses. El caso claro es el de la indemnización por los costes de cobro, que se reconoce con independencia de los intereses, y que además en su redacción actualmente vigente reconoce una cantidad fija de 40 euros, con independencia de que puedan probarse mayores daños. Ahora bien, lo que podría discutirse es si la previsión del artículo 8 LLCM engloba únicamente los costes de cobro (cuya entidad concreta también ha sido discutida<sup>122</sup>), o si sería posible extender esta previsión a otros daños producidos por el retraso, que entrarían en el sistema a través de este precepto.

Respecto a esta cuestión, lo primero que se observa es que tanto la rúbrica del artículo 8 LLCM como su contenido son meridianamente claros; hablan únicamente de costes de cobro. Por otro lado, el Considerando 19 de la Directiva únicamente precisa que en dicho concepto deberán incluirse los “costes administrativos y una compensación por los gastos internos derivados de la morosidad”, lo que no es excesivamente aclaratorio. El mismo Considerando dispone, empero, que esta compensación por los gastos de cobro debe darse sin perjuicio de las disposiciones nacionales en virtud de las cuales se reconozca el derecho a “una indemnización adicional por los daños y perjuicios relacionados con la morosidad del deudor”, lo que traslada la idea de que esta indemnización debería estructurarse a través de otra disposición, ordenada por el legislador interno.

---

122 Cuestiones debatidas han sido, por ejemplo, si debían incluirse en este concepto también las costas judiciales y otros gastos relacionados con el procedimiento judicial (cuestión sobre la que ahora se pronuncia, parcialmente —pues habla de la contratación de abogado, obviando otros gastos—, el art. 6.3 de la Directiva; y que en la Ley española ha sufrido cambios tras derogarse en 2010 el segundo inciso del art. 8.1, que excluía la indemnización de concurrir condena en costas que cubriera estos daños); si la indemnización debía serlo por todos los costes de cobro o sólo debía tratarse de una “compensación razonable por todos los gastos de cobro” (expresión contenida en la Directiva de 2000, y ahora eliminada de la de 2011), así como si estas dos expresiones se referían a lo mismo (Miranda Serrano, 2008, pp. 315, 316, Viciano Pastor, 2012a, p. 423); si los costes de cobro podrían cobrarse incluso aunque su cuantía ya estuviera cubierta por la cantidad a pagar por el deudor en concepto de intereses (que parece claro que sí) (Viciano Pastor, 2012a, pp. 409, 410, 438); o cuestiones sobre la debida acreditación de estos costes que requiere la Ley, y que, para Viciano Pastor, podría —y debería— haberse evitado configurando esta partida como una compensación en lugar de como una indemnización (2012a, p. 425); *compensación* de la que, por cierto, sí habla expresamente la Directiva.

Por su parte, la STJUE de 13 de septiembre de 2018 ha dispuesto que la compensación de estos costes de cobro puede, desde luego, superar la cantidad fijada de 40 euros, que en ningún caso se considera como límite máximo, si bien dice el Tribunal que, precisamente porque la compensación “debe ser razonable, tal compensación no puede cubrir la parte de los costes que ya quede cubierta por la cantidad fija de 40 euros”.

Así las cosas, ya hemos dicho antes que el legislador español no se ha pronunciado específicamente sobre esta cuestión, y que lo único que nos queda es el artículo 1108 CC, por lo que la cuestión se traslada a si éste permitiría la reparación integral del daño sufrido<sup>123</sup>. Aunque la cuestión es, efectivamente, muy discutible, tendemos a pensar que, aunque en nuestro ordenamiento el principio de reparación integral de los daños tenga plena vigencia, en esta materia existe una fuerte limitación impuesta por el artículo 1108 CC, que probablemente habría que reformar con el fin de poder admitir sin ningún tipo de duda que el derecho a la reparación íntegra de los daños causados por el retraso en las obligaciones dinerarias es reconocido por el Derecho español, sin perjuicio de que ello resulte en una diferencia de trato injustificada hacia los acreedores de obligaciones pecuniarias<sup>124</sup>. Por lo demás, el hecho de que el art. 8 LLCM contenga una previsión que supera lo previsto por el 1108 CC no implica que el debate sobre el resarcimiento del mayor daño se vea superado, puesto que el propio artículo 8 LLCM implica una limitación al derecho a la reparación de los daños sufridos por el acreedor, que el precepto circunscribe a los costes de cobro.

Examinando la cuestión desde otra perspectiva, se ha resaltado que los artículos que la CISG dedica a esta cuestión (arts. 74 a 77), en los que se reconoce el derecho a una indemnización por todos los daños sufridos, serían de aplicación preferente, con lo que también quedaría resuelto el debate<sup>125</sup>. No obstante, no está claro que el artículo 50 CCom —que es el que, según esta doctrina, permitiría la aplicación preferente de la CISG sobre el art. 1108 CC— realmente tenga como efecto este resultado. Además, puede apreciarse que el ámbito aplicativo de la Convención no resulta enteramente coincidente con el de la Ley 3/2004; sobre todo, porque la CISG es aplicable únicamente a compraventas, mientras que la Ley 3/2004 sería aplicable sobre otro tipo de contratos (por ejemplo, el arrendamiento de servicios, toda vez que es aplicable a contraprestaciones pecuniarias de prestaciones de servicios), al tiempo que la Ley 3/2004 incluye bajo su ámbito de aplicación también ciertas obligaciones de carácter civil, como se ha dicho, a las que es dudoso que la CISG se aplique (entre otras cosas, porque la mayor parte de estos supuestos consistirán, en todo caso, en una prestación de servicios, que la CISG no regula). Por último, es posible que las partes excluyan la

---

123 A propósito de esta concreta regulación, en contra, Viciano Pastor, 2012a, pp. 409, 410, 438. A favor, Perales Viscasillas, con base en el art. 1106 CC, así como en el art. 74 CISG (2006, pp. 125, 249-251).

124 En este sentido, Díez-Picazo Giménez dice que el artículo 1108 CC, más que un favor, parece un *disfavor* para con el acreedor (1996, pp. 590, 591).

125 Perales Viscasillas, 2007a, p. 17; también, de la misma autora, 2006, p. 251, donde dice que entiende que sería preferible acudir a la CISG en lugar de a la normativa general del CC en esta materia.

aplicación de la CISG (v. art. 6 CISG), cosa que no será posible con respecto a las previsiones de la Ley 3/2004.

Es procedente añadir por último que, aunque sea de manera independiente a los efectos propios de la mora, se considera que los diferentes conceptos previstos por la Ley 3/2004 (devengo de intereses, gastos de cobro y, en su caso, indemnización de daños y perjuicios) pueden darse sin perjuicio de una posible cláusula penal<sup>126</sup>, respecto a lo cual nos parece que habrá que atender a lo dispuesto por el artículo 1152 CC, que indica que, salvo acuerdo por las partes en sentido contrario, la pena sustituirá a la indemnización daños y perjuicios y al abono de los intereses, debiendo existir un pacto expreso en relación con la pena que la haga efectiva (en particular, en un supuesto como el de la Ley 3/2004, en el que los intereses y la indemnización por otros daños se configuran como de producción automática).

## **B. La *perpetuatio obligationis***

En relación con el segundo efecto típico de la mora común, habida cuenta de que la normativa que estamos analizando no regula este efecto, no parece que de ella pueda derivarse ninguna especialidad.

Este efecto es mucho más sencillo de explicar que el indemnizatorio, si se considera que las obligaciones pecuniarias, tratándose de obligaciones genéricas, quedan afectadas por el brocardo *genus nunquam perit*, por lo que no parece que puedan darse la pérdida o la destrucción fortuitas de la cosa debida por las que el deudor debiera responder al encontrarse incurso en situación de mora<sup>127</sup>. Por ello, este efecto no tendría relevancia en este tipo de obligaciones, siendo natural que ni la Ley sobre Morosidad lo explicita, ni ésta tenga tampoco efecto alguno sobre las normas que para el régimen común lo ordenan<sup>128</sup>.

---

126 Vaquero López, 2016, p. 837.

127 Perales Viscasillas, 2006, pp. 127, 128. Miranda Serrano, 2008, pp. 293, 294; Viciano Pastor, 2012a, p. 411. Perales Viscasillas señala, además, que el acogimiento por parte de la Ley sobre Morosidad de una mora automática determinaría un previo reparto de los riesgos (2006, p. 127).

Desde un punto de vista general, Díez-Picazo Giménez señala para las pecuniarias que la mora deja de tener este efecto, siendo posible únicamente el cumplimiento retrasado (1996, pp. 586-588; en el mismo sentido, De Cupis, 1975, p. 462).

128 Se podría plantear, empero, la posible relevancia de un caso fortuito que determinara una imposibilidad temporal de cumplimiento. Esto lo sugiere Díez-Picazo Giménez cuando dice que podría jugar el caso fortuito del que el deudor debería responder salvo que probara que la imposibilidad temporal de hacer el pago fue debida a una causa que no le fue imputable (2009, pp. 316, 317). Es posible que la eficacia de un impedimento (y sus efectos concretos), en este tipo de obligaciones, dependiera del caso concreto. En esta dirección, Corbal Fernández, 1996, pp. 418 y ss.; y Ordás Alonso, 2004c, pp. 3617, 3618.

### 3.3.3. Otras cuestiones relacionadas con la mora

Existen muchas otras cuestiones que no quedan prejuzgadas por la Ley sobre Morosidad y que, sin embargo, es preciso resolver en la aplicación de esta norma.

En concreto, la doctrina se ha preocupado por señalar un buen número de aspectos que resultarían alterados con respecto al régimen común a resultas de la ruptura del *principio de sinalagma* provocada por la normativa sobre morosidad al introducir un sistema de plazos de pago que determina que las partes ya no tengan que cumplir simultáneamente<sup>129</sup>. Ha de apostillarse que no parece que verdaderamente pueda hablarse de ruptura de este principio, por cuanto la obligación no deja de ser sinalagmática; lo que queda afectado es, más bien, el principio de cumplimiento simultáneo en las obligaciones recíprocas.

En relación con la mora, se ha estudiado su impacto sobre ciertas cuestiones propias del desarrollo de la institución, como lo son la *compensatio morae* y la *mora credendi*.

Se ha de tener en cuenta que la aplicación de esta normativa presupone, en primer lugar, el cumplimiento del acreedor de su propia prestación, como aclara el artículo 6 LLCM, que indica que será requisito para que el acreedor tenga derecho a intereses de demora, además de que el deudor no haya cumplido a tiempo con su prestación (apartado b), que el propio acreedor “haya cumplido sus obligaciones legales y contractuales” (apartado a))<sup>130</sup>.

De esta forma, si, salvo en los casos en los que se pacte el cumplimiento simultáneo, el acreedor deberá cumplir en primer lugar, desde luego no habrá lugar a una *compensatio morae* aplicable a la mora de quien tiene que cumplir en segundo lugar, puesto que no habría posibilidad de que la mora del deudor quedara compensada por la del acreedor, que ya habría cumplido.

Se ha dicho, así, que la compensación de mora podría aplicarse únicamente al acreedor que, sin ejecutar su prestación, pretende acusar de mora al deudor<sup>131</sup>. Es claro

---

129 Se ha llegado a decir que se pasa de un “cumplimiento simultáneo base ideal de los contratos bilaterales”, al “cumplimiento diferido” (Perales Viscasillas, 2006, pp. 164, 165).

130 En relación con esta cuestión se han estudiado el concepto y el grado de cumplimiento (efectuado por el acreedor) que debe aplicarse a la Ley 3/2004 (que no especifica nada al respecto). *Vid.* Perales Viscasillas, 2006, pp. 203-209; Viciano Pastor, 2012a, pp. 396-401.

De otro lado, también sería de interés examinar la incidencia de un incumplimiento parcial o defectuoso del propio deudor; si bien en estos casos, probablemente, sería posible entender que nos encontramos ante un retraso con respecto a la prestación completa o correcta y considerar aplicable la LLCM.

131 Perales Viscasillas, 2006, pp. 202, 203. En general, Fernández Urzainqui, 1996, pp. 208, 209.

que en este caso no se desplegarían las consecuencias de la morosidad para el deudor —evidentemente, pues no se cumpliría con el presupuesto recogido en el artículo 3.a) LRCM—, pero además el propio deudor podría constituir al acreedor en mora por el retraso respecto de su propia prestación, y sólo si posteriormente el deudor no cumple, entonces podría compensarse la mora del primero<sup>132</sup>.

Ahora bien, se ha de tener en cuenta que esa constitución en mora, aun trayendo causa de la misma relación obligatoria bilateral, se daría con independencia de la aplicación de la Ley 3/2004 sobre la prestación del deudor, puesto que ésta sólo se aplica sobre la obligación del pago del precio, y no sobre la de la entrega del bien o prestación del servicio. Ésta puede ser la razón por la cual la LRCM no ha previsto las consecuencias de un posible retraso del propio acreedor.

En segundo lugar, y por lo que hace a la mora del acreedor, relacionada con la falta de cooperación en el cumplimiento, puede observarse que ésta tampoco ha sido observada por la Ley 3/2004. Respecto de ella, se ha dicho que la exigencia del previo cumplimiento del acreedor “evidencia la incompatibilidad entre la *mora solvendi* y la *mora credendi*”, de manera que, si el comprador no coopera con la obligación de cumplimiento del vendedor, negándose a la recepción de las mercancías, no podrá escudarse posteriormente en el incumplimiento del deudor (se entiende que para no cumplir él mismo, o no pechar con las consecuencias de su propio incumplimiento)<sup>133</sup>.

Este supuesto, de todos modos, y desde el punto de vista de la prestación consistente en la entrega del precio, que es a la que se aplica la Ley sobre Morosidad, se refiere a la falta de cooperación del deudor con respecto al cumplimiento del acreedor, que tendrá que cumplir en primer lugar. Pero si hablamos de mora del acreedor de la prestación dineraria, tendríamos que situarnos en el caso del vendedor que no efectúa la cooperación necesaria para que el comprador le haga entrega de la suma adeudada.

Si nos situamos, entonces, en el caso prototípico de la Ley 3/2004, el vendedor ya habría entregado los bienes, mientras que el comprador estaría tratando de hacer efectiva la entrega del dinero como contraprestación por los bienes. Si el primero impide, dificulta o no coopera con el acto de cumplimiento del segundo (comportamiento que, además, se entiende que constituye un supuesto de incumplimiento en algunos textos modernizadores), efectivamente se puede entender concurrente una mora del acreedor que, además, produciría, en su caso, una compensación de la mora del deudor y de los efectos de la misma hasta el momento devengados, en su caso.

---

132 *Ibíd.*

133 Perales Viscasillas, 2006, p. 203.

Visto así, nos parece que, en realidad, este régimen no introduciría modificaciones en torno al funcionamiento de esta figura, al menos, por lo que hace a la obligación de entrega de dinero, que es la que es objeto de la norma.

También se ha dicho que el régimen de la Ley 3/2004, al provocar la ruptura del mencionado *principio de sinalagma* (que ya hemos dicho que no es tal ruptura), afectaría a la posibilidad de las partes de interponer la *exceptio non adimpleti contractus*, también relacionada con la mora<sup>134</sup>. Aparentemente, la idea manejada por la doctrina giraría en torno a que, una vez que el acreedor ha de cumplir en primer lugar, se vería privado de la posibilidad de interponer la *exceptio* frente al incumplimiento del deudor, resultando que sólo éste podría beneficiarse de esta situación, al poder elegir no cumplir ante el incumplimiento de la contraparte<sup>135</sup>.

Si la cuestión se contextualiza debidamente, teniendo en cuenta tanto el presupuesto de aplicación de la Ley 3/2004, como el modo de funcionamiento de la *exceptio*, no parece que el problema alegado sea tal. Y ello porque parece inimaginable que el deudor pudiera interponer una demanda de cumplimiento frente al acreedor, que ya habría cumplido. Siendo esto así, ni el acreedor se vería en ningún caso en la necesidad de interponer la excepción frente al deudor, ni tampoco tendría sentido que el deudor la ejercitara contra el deudor, toda vez que lo que la *exceptio* pretende es poner de manifiesto el incumplimiento de la contraparte que demanda el cumplimiento, y, en todos los casos en los que la LLCM resulte de aplicación, el acreedor ya habría cumplido.

Por tanto, no se comprende la pretendida especialidad; no pareciendo que la situación a la que da lugar esta Ley varíe, en esta cuestión, con respecto a otras en las que se produzca un cumplimiento no simultáneo de la obligación, y una de ellas ya hubiera cumplido (toda vez que la *exceptio* requiere que las dos partes hayan faltado a su deber de cumplimiento). En todo caso, se podrá apreciar que, efectivamente, esta Ley sólo se aplicará en supuestos en los que se produzca esta inoperancia de la *exceptio*, porque en todos ellos nos encontraremos ante el cumplimiento no simultáneo de las partes.

Tampoco resultaría justificado, como se ha planteado, estimar que la ruptura del principio mencionado pudiera afectar a la posibilidad del acreedor de solicitar algunos remedios que pueden proceder ante la mora del deudor, como son el cumplimiento o la

---

134 Ogáyar y Ayllón, 1983, p. 34. Es bastante expresiva de la relación entre esta excepción y la sinalagmaticidad, por otra parte, la clasificación que Pantaleón Prieto hace entre los distintos remedios frente al incumplimiento, en la que incluye a la *exceptio non adimpleti contractus* en el apartado de lo que denomina “remedios sinalagmáticos” (1993, p. 1727).

135 Perales Viscasillas, 2006, pp. 163, 164; Viciano Pastor, 2012a, pp. 372, 373.

resolución; estas vías quedarán expeditas, sin perjuicio de que el vencimiento de la obligación se retrase y, con ello, la posibilidad de ejercitar estos remedios<sup>136</sup>.

### **3.3.4. La unificación de los regímenes de mora en el ordenamiento español. Su inclusión en el nuevo paradigma de incumplimiento y el sistema de remedios**

Con independencia de los muchos puntos discutibles que pueden detectarse en la Ley sobre Morosidad, parece que hay cierto consenso doctrinal en torno a la consideración de que el sistema que la misma presenta supone una unificación —deseada por alguna doctrina<sup>137</sup>— de los distintos regímenes de mora existentes en el ordenamiento jurídico español (a saber, el de la mora civil y el de la mora mercantil)<sup>138</sup>.

Según esta visión, se presenta un régimen unitario de la mora que entroncaría perfectamente en el sistema presentado en los textos modernizadores, en el cual el retraso (o la mora<sup>139</sup>) se identifica con un incumplimiento que podría invocarse con independencia de otros remedios y mecanismos típicos de los textos de modernización<sup>140</sup>; si bien se admite que la LLCM no trata las consecuencias que respecto de los distintos tipos de incumplimiento puede tener el retraso<sup>141</sup>.

En relación con esta cuestión, en la LLCM no se hallan las previsiones contenidas por otros textos, puesto que simplemente se dedica a ordenar su particular régimen de mora. El cometido de esta norma es otro, y, en efecto, la Ley se circunscribe a la materia que le toca regular. Así, no puede decirse que exista ni una definición ni una descripción de lo que se considera incumplimiento para la Ley 3/2004 (lo único que se dice es que se considerará morosidad “el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago” (art. 2 c); como tampoco se resuelve expresamente la relación que con el sistema de remedios la mora contemplada por esta norma habría de observar, puesto que, de hecho, estos remedios no son siquiera mentados por la Ley.

---

136 Lo plantean, resolviendo también negativamente, Perales Viscasillas (2006, p. 164) y Viciano Pastor (2012a, 373).

137 Así, Martín Rodríguez (2006, pp. 140, 141, 231, 232), quien, sin embargo, no repara en la unificación (parcial y sectorial) producida en virtud de la Ley 3/2004.

138 Por todos, Perales Viscasillas (2006, p. 108), Pérez Serrabona (2012, p. 682), Viciano Pastor (2012a, pp. 251, 253 y 391 y ss.).

139 Perales Viscasillas habla del “simple retraso, o si se prefiere de la mora que engloba al simple retraso, como un incumplimiento” (2006, p. 119).

140 Perales Viscasillas, 2006, p. 116.

141 Perales Viscasillas, 2006, p. 127.

Respecto del concepto de incumplimiento manejado por la norma, en primer lugar, lo cierto es que nada parece arrojar la conclusión necesaria de que el retraso o mora sean entendidos como incumplimiento, salvo quizás por el hecho de que se disponga una mora que es automática —o cuyos efectos se dan de manera automática— una vez transcurrido el plazo (pero eso nos da pocas pistas sobre el concepto), o que el sistema de responsabilidad que se desprende de la norma sea objetivo. Parece que, a la postre, estas ideas podrían atribuirse a la sensación general que deja el hecho de que los efectos de la mora se devenguen de manera automática, que el que la norma efectivamente se decante por un tipo concreto de incumplimiento en conexión con el concepto que del mismo se maneja en los textos de modernización.

Por otro lado, también falta la mención del sistema de remedios, que, como sabemos, es el complemento casi necesario del nuevo concepto de incumplimiento; algo que hemos dicho ya que no es del todo extraño, si se tiene en cuenta que el objeto de esta norma es otro.

Todo esto no quiere decir que esta norma no fuera operativa o que hubiera de entrar en conflicto con los dictados de las nuevas tendencias en materia de incumplimiento o remedios; pero sí es cierto que, no pronunciándose la Ley 3/2004 sobre las cuestiones reseñadas, sin duda surgirían ciertos puntos que deberían ser solventados para el correcto funcionamiento de un sistema que aunara todos los mecanismos señalados.

En relación con las nuevas tendencias, por último, cabe señalar que esta consideración de la mora o el retraso como incumplimiento autónomo se ha valorado como una de las mayores innovaciones de la LLCM<sup>142</sup>; respecto a lo cual cabe decir que, en todo caso, este planteamiento no es en absoluto nuevo. Como se ha comentado ya, desde la CISG son múltiples los textos que incluyen al retraso como una manifestación o clase más de incumplimiento, y, desde luego, varios de estos instrumentos —incluyendo la propia CISG, pero también otros, como los Principios Unidroit— se encontraban publicados en el año 2000, esto es, con anterioridad a la publicación de la primera de las dos Directivas que sobre esta materia se han promulgado. Y, aunque, a su vez, se haya defendido que el modelo CISG fue una importante fuente de inspiración para la normativa antimorosidad<sup>143</sup>, no cabe despreciar sus diferencias.

Por otra parte, no puede olvidarse que la LLCM, como Derecho vigente que es, debe convivir con un sistema en el que mantienen su vigencia las normas generales

---

142 Perales Viscasillas, 2006, p. 119.

143 *Vid.* por todos, a Palau Ramírez (2012, p. 28); Perales Viscasillas, 2007a, p. 17.



sobre Derecho de obligaciones y contratos contenidas en el Código Civil, con las que deberá coordinarse, así como con la propia CISG<sup>144</sup>, igualmente vigente en nuestro ordenamiento.

De igual modo, su integración en nuestro Derecho tiene efectos para con otras normas y principios, que quedan afectados por su regulación.

Además de su impacto sobre algunos principios basilares de nuestro ordenamiento, tales como la libertad de pacto y la autonomía de las partes (en relación, sobre todo, a la determinación de los plazos de pago)<sup>145</sup>, en materia de normas concretas se ha señalado que la aplicación de la Ley 3/2004 da lugar a conflictos, en algunos supuestos, con la Ley Orgánica del Comercio Minorista (que dispone en su artículo 17 un régimen de pago a los proveedores en el que se regulan la morosidad y sus consecuencias que, a pesar de haber sido reformado por la Disposición final segunda de la propia Ley 3/2004, no se acompasa en absoluto con ésta<sup>146</sup>), la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (o LVPBM)<sup>147</sup>, o incluso con las propias Directivas de Morosidad<sup>148</sup> o la Constitución<sup>149</sup>.

---

144 En este sentido, se ha señalado que se producen algunos solapamientos (también, entre la CISG y las Directivas —*vid.* Viciano Pastor, 2012a, pp. 331-336—), que podrían tener respuesta, en algunos supuestos, en función de la materia concreta: así, el tipo de interés podría venir determinado por la LLCM, mientras que la determinación de los plazos de pago o el concepto de la incumplimiento vendrían regidos por la CISG (en este sentido, Perales Viscasillas, 2006, pp. 137 y ss.).

145 Viciano Pastor, 2012a, p. 373; también, Perales Viscasillas, 2007a, pp. 17, 18, 20.

146 Por todos, *vid.* Alfaro Águila-Real, 2005, pp. 20 y ss.; Perales Viscasillas, 2006, pp. 183 y ss.; Gómez Ligüerre, 2011, p. 37; Pérez Serrabona, 2012, pp. 682, 683; Miranda Serrano, 2015, pp. 17 y ss. (con petición expresa de derogación del régimen de la LOCM). Ha de añadirse que, con independencia de la relación que se estime que tiene con la LLCM (en cuanto a ley especial, salvo, aparentemente, por lo que hace al tipo de interés), su contenido también debería cumplir con los límites establecidos por la normativa comunitaria sobre morosidad (Perales Viscasillas, 2006, pp. 186 y ss.; 2007, pp. 15-17). Nótese que existe, incluso, jurisprudencia comunitaria sobre la interacción entre esta precisa norma y la Directiva 2000/35/CE (STJUE de 11 de diciembre de 2008).

147 La posible confluencia se aprecia en los supuestos en los que el comprador es un empresario que desea obtener un bien que quiere destinar a una finalidad ajena a la venta al público. Aunque este ejemplo está excluido del ámbito de aplicación de la LVPBM, según su artículo 5.1, se ha dicho que la adquisición de maquinaria para su incorporación al proceso productivo constituiría una operación comercial. Siendo la LVPBM ley especial con respecto a la LLCM, la primera sería aplicable con preferencia con respecto a la segunda (*vid.* Gómez Ligüerre, 2011, p. 38).

148 Alfaro Águila-Real, 2005, pp. 20 y ss.; Viciano Pastor, 2012a, pp. 362 y ss.

149 Viciano Pastor, 2012a, pp. 367, 368.

## **4. La caracterización del retraso en la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales**

Si hablamos de la caracterización del retraso en la normativa que estamos estudiando, el primer punto que llama la atención y que, a su vez, la diferencia con respecto al grueso de los textos de modernización, es que la mora toma, al menos desde el punto de vista formal y en apariencia, un papel totalmente central y protagonista.

Ello sugiere dilucidar si verdaderamente estamos ante un supuesto de mora o ante otra cosa distinta, como pueda ser el mero retraso relevante, en concordancia con lo que se ha expresado con respecto a los textos de modernización ya analizados.

### **4.1. La configuración formal en las normas y la interpretación de la doctrina mayoritaria**

Lo primero que salta a la vista es que tanto las Directivas como la Ley 3/2004 hacen alusión a la “morosidad” de manera literal. Esto puede suponer una clara indicación, si se tiene en cuenta que podría haberse elegido la referencia única al “retraso” (aunque esto tampoco fuera definitivo), como también puede no implicar una clara alusión a la mora, bajo la consideración de que el término “morosidad” puede ser utilizado en un sentido más general o vago para referirse a una situación de retraso y a sus consecuencias.

Adentrándonos en el contenido de los textos, se comprueba que la Ley 3/2004 efectivamente utiliza la palabra “mora” de manera, además, bastante inequívoca, como cuando en el artículo 5 LLCM se dice que el deudor “incurrirá en mora y deberá pagar el interés (...) automáticamente por el mero incumplimiento (...)”; así como en el artículo 8.1 LLCM. Del mismo modo, la Directiva de 2000 habla igualmente de “mora” en su Considerando 16, empleando en el resto de ocasiones el término “demora”, que es el único que, por otro lado, utiliza la Directiva de 2011.

Tanto la Ley 3/2004 como las dos Directivas se refieren en un buen número de ocasiones a la “demora” (por ejemplo, cuando hablan de los “intereses de demora”), así como, en relación con alguna cuestión, de “retraso”. No obstante, las menciones al retraso<sup>150</sup> no detraen de la idea de que lo que aquí se regula es, según parece, una mora, del mismo modo que las menciones a la “demora” pueden entenderse referidas a la

---

<sup>150</sup> En la Ley 3/2004, por ejemplo, se utiliza este término para hablar de las causas de exoneración del deudor. Así, se hace referencia, por ejemplo, a que éste pueda probar que no es “responsable del retraso” para evitar responder por intereses (art. 6.b) LLCM) o por los costes de cobro (art. 8 LLCM). Las veces que este término se recoge en las Directivas funciona de igual modo: sin importunar a la interpretación de que estas normas se refieren a una mora automática.

mora, funcionando ambos términos como sinónimos en el contexto del sistema presentado por estas normas.

Realizado este examen formal de la normativa —y, sobre todo, a la vista de lo que dispone el artículo 5 LLCM, recién citado, en el que se habla de “incurrir en mora automáticamente”— cabe concluir que estamos ante una mora automática.

A esta misma conclusión llega la mayor parte de la doctrina que analiza la normativa sobre morosidad, con los matices que más adelante introduciremos, considerando que los distintos actos que tal vez podrían interpretarse como un “aviso de vencimiento o intimación” —en palabras de la Ley— no suponen tal cosa, como ya se ha adelantado y en coherencia, también, con lo que el antedicho artículo 5 LLCM proclama<sup>151</sup>.

## **4.2. La mora de la Ley 3/2004: una mora automática con caracteres propios**

### **4.2.1. Análisis de los distintos argumentos**

Aunque acabamos de decir que la doctrina mayoritaria converge en considerar que en el caso de la Ley 3/2004 estamos ante una mora automática, se advertirá también un patrón consistente en identificar esta mora automática con el simple retraso. Son diversas las formas de plasmar esta asociación, aunque la idea general que late bajo este planteamiento es que “la mora se equipara al simple retraso”<sup>152</sup>; que se prescinde del requisito de intimación para la constitución en mora del deudor y se anudan consecuencias jurídicas al mero retraso<sup>153</sup>, y, de manera significativa, que el carácter automático de la mora *obvia* la discusión sobre si la mora es algo distinto al simple retraso, considerándose que el legislador ha unificado ambos conceptos bajo el manto del nuevo concepto de incumplimiento, que determina, además, la superación del debate

---

151 Hemos indicado también que existe una corriente doctrinal minoritaria, que entendía que la expiración de los plazos no daba lugar al vencimiento de la obligación, sino al devengo de intereses. Además de las puntualizaciones hechas con anterioridad, si se entiende que los plazos no son de pago, entonces podría también considerarse que la mora no es automática, por lo que necesitaría de un acto de intimación. En todo caso, parece que también nos encontraríamos ante una mora y no ante un mero retraso relevante, a salvo de los efectos concretos de los plazos de la LLCM, que, independizados los intereses de esta Ley con respecto a la mora y a sus consecuencias, se darían autónomamente. No obstante, ya hemos dicho con anterioridad que nos parece más conveniente seguir la interpretación de la doctrina mayoritaria; entre otras cuestiones, en atención a la literalidad del artículo 5 LLCM.

152 Viciano Pastor, 2012a, pp. 391, 392; Perales Viscasillas, 2006, pp. 115.

153 Vaquero López, 2016, p. 861.

entre mora e incumplimiento definitivo de manera que puede dar lugar a todos los efectos asociados al incumplimiento<sup>154</sup>. Todo ello, en consonancia con “los caracteres modernos de la institución”, que se corresponden con las nuevas tendencias económicas<sup>155</sup>, en las que el enfoque se sitúa en los remedios frente al incumplimiento<sup>156</sup>.

Además de que no puede decirse que esto último sea cierto, al menos, en el marco de la Ley 3/2004 (que obvia por completo la cuestión de los remedios), cabe también plantearse si tiene sentido hablar de mora y de mero retraso relevante al mismo tiempo, y si estas ideas pueden servir para desvirtuar o redefinir el concepto de mora apreciable en la LLCM.

En este sentido, parece que los aspectos del régimen de la mora de la LLCM que podrían diferenciarla en mayor grado de la mora común —hasta el punto de considerar, incluso, que se trata de un mero retraso relevante— son los relacionados con la eliminación de dos de los requisitos básicos de la mora: la interpelación y la culpa.

Si se piensa en estos dos requisitos en particular, la equiparación entre la mora y el retraso resulta razonable, puesto que se trata de dos requisitos que son indudablemente propios de la mora y que en ningún caso se relacionan con el retraso; mientras que otros que esta mora puede seguir manteniendo son perfectamente relacionables también con un hipotético mero retraso relevante.

Sin embargo, una afirmación tajante al respecto debería ser puesta en duda.

Ocupándonos en primer lugar de la cuestión de la culpabilidad, por ser la más sencilla, hemos dicho ya que no existe certeza sobre si este requisito verdaderamente se elimina de la LLCM. Además de esto, no cabe desconocer que el criterio de la culpabilidad es susceptible de ser revisado también en relación con la mora; así como que, por otra parte, la visión de la mora objetiva se ha defendido ya para la institución en el régimen general por una corriente doctrinal mercantilista<sup>157</sup>; por lo que tampoco este aspecto supondría necesariamente un cambio de régimen claramente apreciable.

---

154 Perales Viscasillas, 2006, pp. 206, 207; Viciano Pastor, 2012a, p. 393.

155 Perales Viscasillas, 2006, p. 126.

156 Vaquero López, 2016, p. 821.

157 *Vid.*, por todos, a Miranda Serrano, 2008, pp. 261 y ss.; Pérez Serrabona, 2012, pp. 679, 680. En contra, Martín Rodríguez, 2006, pp. 138, 228, 229. También en el ámbito civil se trata esta cuestión por autores como Ruiz-Rico Ruiz (1989, pp. 766 y ss.), Santos Briz (1996, pp. 539, 540; 2000, p. 151), o Gramunt Fombuena (1994, pp. 85 y ss.).

En relación con la eliminación del requisito de la intimación, en segundo lugar, no puede decirse que la producción de efectos por el retraso sin interpelación sea exclusiva del mero retraso relevante, por mucho que el régimen general de nuestra mora (en particular, la civil) sea la de mora interpelatoria, puesto que también la mora automática prescinde de este requisito, y ello no implica dar relevancia al mero retraso.

Un punto importante a este respecto puede ser el hecho de que el otro efecto típico de la mora, el de traslación de riesgos, se vea desdibujado en relación con esta normativa; no ya porque la misma no lo trate expresamente —lo cual no es señal en ningún sentido y, en todo caso, podría serlo de que la Ley se dedica a disciplinar únicamente uno de los efectos típicos de la mora—, sino por su falta de relevancia, *a priori*, en las obligaciones pecuniarias.

No obstante, nos parece que existen otros elementos que, al enfrentarnos a la pérdida de vigencia del efecto traslativo de riesgos, y a la innecesariedad de interpelación para la producción de efectos por el retraso según se dispone por la norma, pueden ponerse en valor con el fin de tratar de discernir ante qué figura exacta nos encontramos.

1º.- Es preciso distinguir entre los sistemas de mora, que sujetan al acaecimiento de ciertos eventos (intimación, o llegada del día marcado para el cumplimiento) la relevancia del retardo, y en los que sólo algunos supuestos se anudan a la mora automática, y aquéllos en los que se contempla, en su lugar, la figura del retraso relevante, en los que se parte de la consideración de que el factor tiempo es lo suficientemente importante *en todos los casos* como para justificar que el retraso produzca efectos —todos los del incumplimiento— desde el momento en que se constata el incumplimiento. Ambos modelos responden a necesidades del tráfico distintas.

Y aunque en el ámbito de las relaciones comerciales el tiempo adquiera una importancia que, de hecho, motiva las diferencias existentes entre los regímenes de mora propios de los ámbitos civil y mercantil, parece que este supuesto se desvía de aquellos sistemas en los que toda falta de puntualidad supone un incumplimiento.

En la normativa sobre morosidad se sujeta el derecho del acreedor a cobrar intereses al transcurso de un plazo que, con independencia de que se considere que se trata de un plazo de pago, y ello determine que desde el punto de vista teórico los intereses se devenguen desde el momento marcado para el cumplimiento, implica que *de facto* el acreedor haya de esperar siempre para poder comenzar a cobrar intereses. Así, de modo similar a como en unos casos es precisa la intimación, aquí lo es el transcurso de un plazo. Y aunque las situaciones no sean idénticas ni enteramente equiparables —en sí, lo que se introduce es un sistema general de aplazamiento del

pago—, la segunda parece alejarse claramente, y en más de un aspecto, del modelo de retraso de los principales textos modernizadores. A este respecto, puede ser útil recordar las dudas de cierta doctrina sobre la existencia o no de una intimación en la LLCM.

Nos parece que mero retraso relevante y sistema con mora automática responden, por tanto, a dos modelos distintos en su base, aunque tal vez pudiera pensarse que el sistema implantado se encuentra a medio camino entre el mero retraso relevante y la mora común, al generalizar la mora automática<sup>158</sup>. En todo caso, es evidente que esta mora dista mucho de los “caracteres modernos de la institución”, que son los que habrían de predicarse de textos como la CISG (en los que, entre otras cosas, la mera introducción de un aplazamiento general de las obligaciones de pago resultaría inconciliable con el espíritu del texto<sup>159</sup>).

**2º.-** A pesar de las diferencias apuntadas, ciertamente existen similitudes entre un sistema en el que todo retraso es jurídicamente relevante y otro en el que se dispone una mora automática general. Sin embargo, si contextualizamos sistemas como el que presentan algunos textos de modernización, que tienen un ámbito de aplicación general (así, los PECL, el DCFR, o la propia PMCC)<sup>160</sup>, por una parte, y el de la Ley 3/2004, cuyo ámbito se ve reducido al tipo de operaciones comerciales que describe su artículo 3, por otra, observaremos una fundamental diferencia. La Ley 3/2004 se refiere a un grupo de obligaciones que, en su diversidad, son más o menos concretas, e instrumenta un régimen particular para éstas, por lo que ha de ponerse en relación con otras partes del ordenamiento en las que sí existe la mora. Los textos de modernización, por el contrario, pueden acoger sistemas completos —al menos, en materia de contratación (que, como sabemos, se presenta de manera unificada)— que eliminen de cuajo los aspectos más básicos de la mora, que no quedan ya reflejados en ninguna categoría ni en parte alguna del sistema.

**3º.-** En conexión con lo anterior, la Ley 3/2004 debe ponerse en relación con el resto del ordenamiento jurídico, debiendo tenerse en cuenta que se inserta en un sistema

---

158 Sobre esta cuestión, *vid.* Miranda Serrano, 2008, pp. 290-293.

159 E, incluso, podría alegarse, del propio CCom, atendiendo a su artículo 61.

160 Como indica Valpuesta Gastaminza, y al margen de algunos textos que indican expresamente que su ámbito de aplicación abarca todo el Derecho contractual privado (es el caso de los PECL), la caracterización de algunos de ellos como comerciales no se refiere a la distinción entre contratación civil y mercantil, sino más bien a la exclusión que con respecto a su ámbito de aplicación se hace de los contratos de consumo (2009, pp. 405-407; *vid.* también García Rubio, 2013, pp. 111 y ss.). Muy claro es el artículo 1.3 CISG, cuando refiere expresamente que a la hora de aplicar la Convención no se tendrá en cuenta “el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato”, en una pauta que se sigue en textos posteriores (a pesar de que la CISG sí centra su objeto a la compraventa de mercaderías, como se sabe).

en el que tanto el Código Civil como el Código de Comercio, aun desplazados en ciertos aspectos concretos por la propia Ley 3/2004, se mantienen vigentes. Y, en este marco, debe apreciarse que el sistema de mora que tanto CC como CCom observan como general es el de la mora interpelatoria, que al mismo tiempo admite la mora automática para algunos supuestos.

Siendo esto así, puede concluirse que, en primer lugar, se mantiene el régimen de la interpelación en el sistema, globalmente considerado, como régimen general; y, en segundo término, que, en este contexto, la mora de la Ley 3/2004 puede perfectamente identificarse como uno de los supuestos de mora automática previstos y permitidos por el artículo 1100 CC como supuestos de mora automática *ope legis*.

Por tanto, los efectos del retraso ordenados por la Ley sobre Morosidad pueden perfectamente ser reconducidos a una mora automática según ésta viene reconocida por el ordenamiento español; un contexto que no resulta equiparable con el propio de los textos de modernización.

De otro lado, esta Ley no armoniza *todo* lo que tiene que ver con la mora o el retraso que dispone, sino que sólo constituye una serie de normas concretas en relación con la morosidad. Esto mismo es lo que ha declarado la Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008, entre otras, que, refiriéndose en concreto a la Directiva de 2000, dispone que esta normativa no regula “todo el régimen de la mora, ni tampoco todo el régimen de los aplazamientos de pago”<sup>161</sup>.

Ello implica la posible existencia de cuestiones que no tienen por qué estar instrumentadas por la Ley 3/2004, y que se tomarían directamente de la regulación general de la figura.

**4º.-** La identificación de estos supuestos como mora automática, además, encaja perfectamente con el modelo de mora mercantil que para la mayor parte de los casos a los que se aplica supone un precedente.

A diferencia del régimen presentado en los textos de modernización, respecto del que decíamos que distaba demasiado con la mora común como para poder denominarlo *mora*, el modelo de la Ley 3/2004 cumple con el que ya se prevé en el artículo 63.1

---

161 En el mismo sentido, las STJUES de 26 de octubre de 2006, 15 de diciembre de 2016 y 16 de febrero de 2017.

Para Viciano Pastor, esta limitación tiene que ver con la falta de competencia de la Unión para regular otras cuestiones relacionadas con la morosidad. Según reseña, la Directiva se limita a lo necesario para procurar un mejor funcionamiento del mercado interior, respetando el principio de subsidiariedad (2012b, p. 184).

CCom para las obligaciones aplazadas<sup>162</sup>, que antes hemos dicho que se tornaba en régimen general de aplicación en virtud de lo dispuesto por la LLCM; como reconoce la propia doctrina que apuesta por la mora de la Ley 3/2004 como una institución en consonancia con el retraso de los nuevos textos<sup>163</sup>. Y, en particular, existe una clara identificación con aquellas obligaciones mercantiles pecuniarias aplazadas respecto de las cuales se podía seguir hablando de mora, aunque fueran necesariamente automáticas y en ellas, también, se viera desdibujado el efecto de traspaso de riesgos. Por ello, no parecería inadecuado seguir llamando “mora” a esta regulación particular del retraso que, con sus matices propios, no dista tanto de la mora mercantil del CCom.

5º.- Por otra parte, no podemos evitar fijarnos en los términos concretos en los que se expresa la Ley, en particular, en su artículo 5. Porque no sólo habla de “incurrir en mora”, lo cual es bastante claro pero pudiera, en algún caso, no ser necesariamente definitivo (si retraso y mora se equipararan por completo), sino que dice que *no será precisa la intimación*; y nos parece que existe una diferencia importante entre decir eso, y decir que las consecuencias que la Ley instrumenta *se desprenderán del mero retraso*.

En particular, se hace evidente que se está pensando en un sistema de partida en el que la regla general es la mora interpelatoria, y que éste es un supuesto concreto de mora automática *ex lege* que necesita explicitarse, por tanto, en la norma, en la que expresamente se exime al acreedor del deber de interpelar para que tengan lugar los efectos de la mora, pero que es, igualmente, mora.

De nuevo, un planteamiento diferente del que se tiene cuando simplemente es necesario disponer que del mero retraso se desprenden todos los efectos jurídicos.

Del mismo modo, también la jurisprudencia habla de “incurrir en mora” automáticamente, a propósito de esta Ley<sup>164</sup>.

---

162 En este mismo sentido, Miranda Serrano indica que la principal especialidad de la mora mercantil, ya con independencia de esta normativa, es que es automática en las obligaciones aplazadas (2015, pp. 1515, 1516).

163 Perales Viscasillas, 2007a, p. 9. Llama la atención que al mismo tiempo se está defendiendo que la Ley 3/2004 “revolucionaria la institución tradicional de la mora tal y como es concebida por nuestros Códigos y especialmente por nuestra doctrina, particularmente civilista, que es la que con mayor intensidad se ha ocupado de la figura” (p. 14). Si acaso, el mayor cambio se produce con respecto a los supuestos a los que tradicionalmente se les aplicaba la mora civil.

164 Aunque conforme jurisprudencia menor, muy clara es, por poner sólo un ejemplo, la SAP Guadalajara, Sección 1ª, 37/2019, de 14 de febrero, al decir que “el obligado (...) incurrirá en mora y deberá pagar el interés (...) automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo (...), sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor”, reflejando, sin mayores matices, el contenido del art. 5 de la Ley, o que “se ha de reconocer la constitución en mora de la entidad demandada”.



6º.- Sí que se constata que la unificación entre los regímenes de mora mercantil y civil para las obligaciones que quedan bajo el ámbito aplicativo de la LLCM responde al modelo que se presenta en la generalidad de los textos de modernización<sup>165</sup>; sin embargo, nos parece que ello se identifica, más que con un concreto modelo de retraso (aunque suelen ir de la mano), con la unificación que entre la contratación civil y la mercantil se observa en los países de nuestro entorno, y de los que estas Propuestas se nutren.

Ahora bien, si existe un aspecto en el que la normativa sobre morosidad sigue indudablemente los dictados de los textos de modernización, éste se encuentra en el hecho de que, en relación con los conceptos que se consideran indemnizables, se distinga entre el devengo de intereses y la indemnización de daños y perjuicios, como hemos visto que se hace, en particular, respecto de los intereses del art. 7 LLCM, por un lado, y la indemnización por costes de cobro, por otro, o, sobre todo, la posibilidad de indemnización ulterior del mayor daño causado al acreedor sobre el retraso, que ya hemos dicho que se produce también en los textos de referencia.

Con todo, de nuevo vuelve a haber una diferenciación entre la LLCM y el resto de textos aludidos, y otra vez en perjuicio del acreedor, ya que, según se ha comentado con anterioridad, la responsabilidad observable en la LLCM, sin perjuicio de las dudas consignadas al respecto, queda claro que no es una responsabilidad objetiva en sentido estricto, como la que se aprecia en muchos de estos textos al prever el devengo automático de intereses sin posibilidad de exoneración por caso fortuito.

También se identifica una clara confluencia con los textos de modernización en el espíritu que late bajo la Ley 3/2004, claramente influido por ese enfoque más a favor del acreedor, en el que se desdeña el principio *favor creditoris* y se dispensa una especial protección a los intereses del acreedor. En este sentido, probablemente no sea incorrecto afirmar que la normativa sobre morosidad encuentra una de sus inspiraciones en el Derecho uniforme, al tiempo que uno de sus objetivos en el acercamiento a su regulación.

Cosa distinta es que el efecto práctico de la aplicación de esta normativa (en particular, de la Ley 3/2004) sea justo el contrario: al introducir un sistema de plazos por defecto es el deudor el que termina por ser beneficiado. De tal suerte que, si se piensa bien, la aplicación de los textos de modernización no sólo consigue resultados que quedan alejados para el sistema presentado por la Ley 3/2004 en materia de protección de los intereses del acreedor, sino que terminan remando en sentidos opuestos; aunque ello se deba, sin duda, a una mala planificación legislativa.

---

165 Perales Viscasillas, 2007a, p. 14.

A la postre, la normativa de morosidad termina por aproximarse, en muchos más aspectos de los que en un primer momento parecería, a los viejos esquemas del *favor debitoris*; además de apartarse de estos textos tanto en su objeto, por su especificidad, como en los mecanismos puestos a manos del deudor, muy alejados de los conocidos remedios frente al incumplimiento, como, a la postre, en su modelo de retraso y sus consecuencias.

#### 4.2.2. Conclusión

Parece razonable defender que lo que la Ley 3/2004 llama “mora” es efectivamente una mora automática, sin perjuicio de que disfrute de un régimen un tanto distinto a los regímenes de mora comunes, tanto civil como mercantil.

Por otra parte, al igual que respecto de los textos de modernización analizados se ha creído más conveniente distinguir entre mora y retraso, aquí sucede lo mismo, habida cuenta de que la Ley se aplica en el contexto de un sistema de mora general interpelatoria, y en el que, por tanto, resulta necesario distinguir entre este grupo de conceptos.

A su vez, esta conclusión implica desdeñar o matizar algunas afirmaciones doctrinales, al tiempo que otras, como las relacionadas con las *nuevas bases dogmáticas de la mora mercantil*, sobre las que ya nos hemos pronunciado, en tono crítico, sobre su aplicación al modelo del retraso de la CISG<sup>166</sup>, pueden contextualizarse mejor e interpretarse bajo una nueva luz. Así, puede entenderse que la utilización del término “mora”, si se refiere a la Ley sobre Morosidad, resulta perfectamente adecuada; mientras que, en lugar del epíteto “mercantil”, habida cuenta que algunos supuestos de carácter civil pueden quedar afectados por esta norma (y, lo que aún es más, se está defendiendo que esta Ley da lugar a una unificación de los regímenes de mora civil y mercantil), probablemente habría sido más adecuado emplear el término “comercial”, para hacer referencia a la realidad sobre la que se aplica.

En relación con las propias *bases*, es posible comprobar que, en esta sede, la segunda (devengo automático de intereses y mora sin interpelación) y la quinta (especificación legal de los efectos de la mora en el pago de intereses y la indemnización por costes de cobro) resultan perfectamente adecuadas, por razones evidentes. Mientras que, de otro lado, la tercera (encuadramiento sistemático de la mora en el régimen del incumplimiento contractual) y la cuarta (objetivización de la mora), así como la primera (equiparación de la mora al retraso) pueden rechazarse, en función de lo expuesto hasta el momento.

---

166 *Vid. supra* Cap. III, apartado I.1.4.1.

En suma, cabe apreciar que la mora de la Ley 3/2004 es una institución quizá situada a medio camino entre las nuevas tendencias y el régimen de mora general de nuestro ordenamiento, pero que en todo caso parece más cercana en su configuración a éste último que al modelo CISG; sin perjuicio de que, ciertamente, en ella lata claramente el modelo *mercantilizador* que se aprecia en estos textos, y que en la LLCM se lleva a cabo a través de la unificación de los regímenes de mora y de la aplicación de sus dictados a un cierto número de obligaciones de carácter eminentemente civil.

## 5. Valoración general de la normativa sobre morosidad y de su tratamiento del retraso

La Ley 3/2004 deja en el aire, como se ha podido comprobar, un buen número de cuestiones sin resolver. Se trata de una norma que, a pesar de su brevedad, que puede resultar engañosa, es ciertamente compleja<sup>167</sup>.

Pero, además de esto, muchas de las soluciones que aporta no son en absoluto eficientes en orden a la obtención los resultados a los que la propia norma aspira; esto es, la mayor protección de los intereses del acreedor. En efecto, hemos visto que, en muchas ocasiones, éste se ve perjudicado tanto en relación con la figura del deudor<sup>168</sup> como con la propia posición de acreedor que se observa en otras relaciones similares pero no sometidas a la normativa sobre morosidad<sup>169</sup>; entendiéndose, además, que la norma introduce medidas que no siempre están justificadas, puesto que resultarían aconsejables únicamente cuando verdaderamente existiera un desequilibrio entre las partes<sup>170</sup>.

En particular, se ha señalado el sinsentido que supone que el acreedor deba esperar, por defecto, al transcurso de un plazo determinado para la percepción de los intereses por el retraso; algo que considera la doctrina que no parece compensado por el hecho de que el tipo de interés establecido por la Ley sea más alto<sup>171</sup>. En relación, precisamente, con la imposición de estos plazos de pago, se ha criticado que el foco haya cambiado de la lucha contra la morosidad, propiamente dicha, a la lucha contra la

---

167 En este sentido, Perales Viscasillas, 2007a, p. 8.

168 Dice Viciano Pastor que lo que se consigue con el sistema adoptado es, precisamente, opuesto al objetivo de la norma, ya que se termina por beneficiar al deudor (2012a, p. 360).

169 Aunque, matizando este planteamiento, Alfaro destaca que la falta de imperatividad de los plazos dispuestos por el CCom podría llevar a una extensión todavía mayor de los plazos, sentido en el cual la protección dispensada por la Directiva es de grado más alto (2005, p. 19).

170 Viciano Pastor, 2012a, pp. 373, 374.

171 Alfaro, 2005, p. 18.

libertad en la fijación de los plazos<sup>172</sup>; pudiendo incluso encontrarse opiniones autorizadas que cuestionan la propia necesidad de esta normativa, entendiendo que los aplazamientos no deberían reputarse tan negativos<sup>173</sup>, si bien el argumento contrario encuentra respaldo entre algunos autores de la doctrina civilista de mayor trascendencia<sup>174</sup>.

En todo caso, parece que puede concluirse que la valoración que esta Ley merece por parte de la doctrina, en términos generales, es negativa<sup>175</sup>, salvo por lo que hace, probablemente, a la ya mencionada unificación de los regímenes de mora existentes en nuestro ordenamiento producida en virtud de la Ley 3/2004, de la que no parece haber crítica.

Sin embargo, si un aspecto negativo puede y debe destacarse de esta solución, teniendo en cuenta que en su ámbito de aplicación se engloba un grupo de obligaciones regidas anteriormente por las normas civiles, es que, como se ha introducido ya, se produce una *mercantilización* de las obligaciones, que también ha sido puesta de manifiesto por algunos sectores de la doctrina en relación con la regulación concreta de la Ley 3/2004<sup>176</sup>.

En este sentido, es importante no olvidar que esta unificación se produce única y exclusivamente respecto del particular ámbito de aplicación de la Ley 3/2004, por lo que muchos otros sectores quedan fuera del alcance normativo de esta Ley. Con todo, sí se producirá una unificación del régimen de mora mercantil respecto de las obligaciones a las que se aplique, en contraste con la dualidad de regímenes moratorios que contempla el artículo 63 CCom (y la regulación del artículo 1100 CC, que se aplicaría a las obligaciones de naturaleza civil).

Con todo, a pesar de esta alabada unificación, finalmente terminan por existir varios regímenes de mora que hacen necesario un importante esfuerzo interpretativo, y

---

172 Perales Viscasillas, 2006, pp. 255-259; 2007, pp. 21, 24.

173 Muy tajante al respecto, Arruñada (2004, en especial, las pp. 3 y 11). En un sentido muy similar, Alfaro, quien además añade que, en todo caso, una norma sobre atrasos se justificaría, pero no una sobre fijación de plazos de pago (2005, pp. 9 y ss., 14 y 24) (que es lo que acaba siendo, en gran medida, esta normativa).

174 Díez Picazo, 2008, p. 687.

175 Destaca por expresarse en sentido contrario Díez-Picazo Giménez, quien reconoce en la normativa sobre morosidad “un eficaz intento para luchar contra la morosidad” (2002, pp. 1746, 1747) (de hecho, esta misma frase es parte del título del trabajo que estamos citando aquí), si bien se ha de destacar que lo que la autora estudiaba en su trabajo era la Directiva 2000, todavía no concretada en nuestro ordenamiento a través de ley alguna al momento de publicarse la obra.

176 Viciano Pastor, 2012a, pp. 253, 254; Perales Viscasillas, 2007a, p. 8.

que son, con seguridad, resultado de la falta de previsión legislativa<sup>177</sup>. Y es que no sólo tendremos ya la mora común, civil o mercantil, y la mora de la LLCM, sino que ésta última coexistirá con las previsiones sobre retraso de la CISG, como mínimo, y, de manera particularmente incidente, con el art. 17 LOCM.

Algo que cabe juzgar positivamente es que, como ha señalado la doctrina, en el marco de la configuración de la mora realizada por la Ley 3/2004 se eliminan algunas incertidumbres que presiden la mora común, como las relativas al momento en el que ha de comenzar el devengo de los intereses y, en particular, la elección de un momento concreto como *dies a quo*, que según las distintas interpretaciones ha basculado entre la fecha del requerimiento extrajudicial, de interposición de la demanda, o del emplazamiento del deudor<sup>178</sup>. Ahora bien, se ha de destacar que, además de que estas cuestiones han sido tratadas y resueltas por la jurisprudencia en un buen número de supuestos, la certeza que aporta esta norma no es exclusiva de la misma, sino que se deriva únicamente del carácter automático de la mora: al eliminar la interpelación, la llegada del *dies* determinará el comienzo de los efectos de la mora sin necesidad de esperar a una interpelación en torno a la cual orbitan dudas como la consignada.

También puede decirse que la Ley 3/2004 da respuesta al debate sostenido por la doctrina en relación con el valor interpelatorio de la factura, disponiendo que la misma puede ser interpretada como tal interpelación, al parecer, con independencia de su contenido exacto (aunque esto vaya en contra de la autorizada doctrina que en torno a esta cuestión, y respecto de la mora común, se ha pronunciado<sup>179</sup>); si bien se le reconozca ahora —según puede colegirse de las manifestaciones de la doctrina al respecto— una función que se separa de la habitual de la intimación, como se ha visto.

Por lo demás, el concepto de mora que a razón de esta normativa se emplea, supone una suerte de camino intermedio entre ciertas características del retraso propio de los textos modernizadores que incorporan el modelo CISG y la mora común de nuestro incumplimiento, en lo que tal vez podría entenderse como una “nueva fisionomía de la *mora debitoris*”<sup>180</sup>.

---

177 Perales Viscasillas, 2007a, p. 14, en contraste con lo que dice en la p. 9, en la que considera que la Ley no es problemática en este punto. En realidad, es posible entender que la Ley, en sí misma considerada, no presenta complejidades excesivas en relación con esta cuestión, mientras que su interacción con otras normas merece ya otra calificación.

178 Perales Viscasillas, 2007a, p. 10.

179 Díez Picazo, 2008, p. 673.

180 Miranda Serrano, 2008, pp. 248 y ss. El autor presenta un planteamiento similar al que Perales Viscasillas ofrece cuando habla de las “nuevas bases dogmáticas de la mora mercantil”, haciendo hincapié en cuestiones como la equiparación entre mora y retraso, la eliminación del requisito de culpabilidad, o la supresión de la interpelación, al tiempo que añade otras como la

## II. EL CESL

### 1. Planteamiento del texto y ámbito de aplicación

Otro de los textos cuya regulación particular del retraso debe estudiarse es el CESL (por sus siglas en inglés, de *Common European Sales Law*), por cuanto en él se aprecia un complejo sistema que se inserta en el movimiento modernizador del Derecho de obligaciones y contratos pero, a su vez, se aparta de la corriente mayoritaria en ciertos aspectos de importancia.

En primer lugar, se ha de tener en cuenta que se trata de un texto publicado a modo de Propuesta, que no obstante está revestida de cierta oficialidad al haber sido elaborada por el Parlamento Europeo y el Consejo (no en vano, la denominación completa con la que se conoce a este texto en castellano es “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)”).

A pesar de su origen oficial, y de que el proceso que llevó a su publicación parecía augurar un resultado más ambicioso<sup>181</sup>, planteándose incluso que terminara por ser adoptado como norma comunitaria vigente, nos encontramos con una —primera— cortapisa relevante al analizar su impacto en la práctica: y es que, en lugar de aprobarse un texto del que los particulares pudieran desligarse a través del acuerdo expreso incluido a tal efecto en el contrato (lo que se conoce como sistema *opt out*), el CESL se ha configurado en el sentido precisamente opuesto. Se trata, así, de un sistema *opt in*: es decir, que los contratantes deberán acogerse expresamente a él para que sea de aplicación a la relación jurídica concreta, según indica el texto en su art. 8. Visto de otro modo, el acuerdo de las partes deviene en presupuesto de aplicación de la Propuesta<sup>182</sup>; y, además, este acuerdo se sujetará a requisitos específicos para los contratos de consumo<sup>183</sup>, siguiendo una tónica general de mayor protección de la figura del consumidor.

---

irrelevancia del brocardo *in illiquidis non fit mora* (que debe decirse, además, que ha sido tratado por la jurisprudencia en relación con esta normativa —*vid.* la STS de 5 de diciembre de 2011, que relaciona esta doctrina también a los supuestos en los que la LLCM podría ser aplicable), o la disociación y compatibilidad entre los intereses moratorios y la indemnización por daños y perjuicios.

181 *Vid.* Fernández Masiá, 2012, pp. 2-4; también, sobre el proceso previo a la adopción del CESL, a Velasco San Pedro, 2013, pp. 468-472; y a Valpuesta Gastaminza, 2013, pp. 200-205. Con un matiz distinto, sobre un resultado más modesto que no pretendía una modificación de los Derechos internos, Esteban de la Rosa/Olariu, 2013, pp. 4-11.

182 Velasco San Pedro, 2013, pp. 479, 480).

183 Arts. 8.2 y 9 CESL

Como es lógico, y así lo ha lamentado la doctrina, esta previsión hará que la relevancia práctica del texto sea mucho menor de la que habría podido gozar de haberse optado por el sistema contrario<sup>184</sup>. En este sentido, también se han expresado dudas en torno a la efectividad del derecho de opción en cuanto a la aplicación del instrumento para las operaciones de consumo<sup>185</sup>.

Además, el texto tiene un alcance restringido en cuanto a su ámbito de aplicación, desde el punto de vista tanto objetivo como subjetivo: será aplicable sobre una serie de contratos de carácter transfronterizo<sup>186</sup> —entre los que se encuentran la compraventa de ciertos bienes<sup>187</sup>, el suministro de contenidos digitales y otros contratos de servicios relacionados<sup>188</sup> (art. 5 CESL)— suscritos entre un empresario o empresa y un consumidor (es decir, una compraventa de consumo; según las definiciones del art. 2 CESL<sup>189</sup>), por una parte, o bien entre dos empresas, siempre que al menos una de ellas sea considerada PYME (pequeña o mediana empresa), en función de los criterios a tal efecto recogidos en la Recomendación 2003/61 de la Comisión, de 6 de mayo de 2003; que, a decir de la doctrina, pueden resultar excesivamente restrictivos<sup>190</sup>.

---

184 Hay mucha doctrina que resalta esta cuestión, lamentando que se haya optado por este sistema, por creer que reducirá la eficacia práctica del texto (entre muchos otros, Lando, 2011, pp. 719, 720; Esteban de la Rosa/Olariu, 2013, p. 22; Arroyo i Amayuelas, 2014, p. 224). Esta opción también ha recibido, aunque en menor medida, algunas críticas positivas (*vid.* Fernández Masiá, 2012, pp. 5, 6). Para un examen detallado, con argumentos en uno y otro sentido, *vid.* Gómez Pomar/Ganuza, 2014, pp. 1-30.

185 Véase, por todos, a Arroyo i Amayuelas, cuando cuestiona qué parte de la relación obligatoria elige verdaderamente en este tipo de operaciones, concluyendo que, en la mayor parte de los casos, será el empresario el efectuará la elección, ya que el consumidor no estará preparado para analizar si la regulación que ofrece el CESL es más protectora o no que su regulación interna (2014, pp. 225, 226); una cuestión que, de todos modos, está por ver (pp. 218-220).

186 *Vid.* art. 4 CESL; Fernández Masiá, 2012, p. 9; Velasco San Pedro, 2013, pp. 477, 478.

187 En cuanto a los contratos de compraventa (en los que se entienden también incluidos los contratos de suministro con fabricación —Velasco San Pedro, 2013, p. 475—), la Propuesta se refiere a bienes en el sentido en que vienen definidos en el art. 2.h) CESL, esto es, artículos muebles materiales, por lo que muchos otros bienes —entre ellos, los inmuebles— quedarán excluidos.

188 Para más información sobre el ámbito de aplicación material, *vid.*, por todos, a Velasco San Pedro, 2013, pp. 474-477. Se han de tener en cuenta igualmente las exclusiones que realiza el art. 6 CESL en materia de contratos mixtos y contratos relacionados con el crédito al consumo.

189 Para Esteban de la Rosa/Olariu, la definición de consumidor contenida en el CESL debería identificarse con el concepto de consumidor existente en el acervo comunitario, incluyéndose las interpretaciones desarrolladas por el TJUE, aunque la cuestión no parece estar enteramente clara (2013, p. 15).

190 Arroyo i Amayuelas, 2014, p. 223. La autora apuesta por prescindir de esta restricción (p. 224).

Así las cosas, su ámbito de aplicación puede considerarse limitado, habiendo puesto la doctrina de manifiesto, igualmente, que no se trata de un código propiamente dicho, tanto por sus lagunas como por la forma en que se ordena su contenido<sup>191</sup>. Y ello, a pesar de que se refiera a un buen número de materias centrales del Derecho de obligaciones y contratos y de que, de hecho, componga, a decir de la doctrina, un régimen (supuestamente) completo que arroja una sensación de *generalidad*<sup>192</sup>.

Es importante resaltar que, aunque su regulación se limita únicamente a tres tipos de contratos (los recogidos en el art. 5 CESL), la doctrina ha señalado que, en realidad, un buen número de los preceptos del CESL contienen lo que podría identificarse como una “teoría general del contrato” potencialmente aplicable a cualquier contrato<sup>193</sup>. Se ha considerado que su regulación podría suponer un vehículo de entrada de una regulación básica de las obligaciones y los contratos<sup>194</sup> un tanto más simplificada que la que se aprecia en otros textos modernizadores precedentes<sup>195</sup> (sobre todo, en comparación con el DCFR, que también incluye normas de protección de los consumidores), y en la que se apreciaría tanto la influencia del modelo contenido en los distintos textos de modernización que preceden al CESL, como la de los principios generales existentes a

---

191 *Ibid.*, pp. 210-215.

192 Velasco San Pedro, 2013, p. 472.

193 A favor, Velasco San Pedro, 2013, p. 477; Esteban de la Rosa/Olariu, 2013, p. 26. Con una posición más matizada, Lando se ha preguntado sobre las verdaderas intenciones de la Comisión a propósito de este texto (2011, p. 718). En sentido contrario, Lehmann considera que ya desde su propia estructura, así como en los términos empleados (“buyer”, “seller”), el texto está claramente enfocado a la compraventa, de manera que sería muy complicado construir, a partir del mismo, otros instrumentos aplicables a otros tipos de contratos. (2015, p. 246).

Ha de tenerse en cuenta que, al margen de la posibilidad de aplicarlo a otros tipos contractuales, el art. 13 CESL permite que los Estados miembros puedan determinar la aplicación del instrumento a la contratación entre empresas en su territorio cuando ninguna de ellas ostente la categoría de PYME (*vid.* Lando, 2011, p. 721).

194 En este sentido, Valpuesta Gastaminza, que habla del CESL como un *caballo de Troya* mediante el cual se propone una regulación general de las obligaciones y los contratos que, de aceptarse y generalizarse en su uso, podría servir para avanzar en la tarea unificadora del Derecho europeo de obligaciones y contratos (2013, pp. 211, 212); también, Oliva Blázquez, 2014, p. 54. Para Zimmermann, este texto podría suponer el núcleo de un Código Civil europeo (2012, p. 338); culminando el camino que se inició a partir del Libro Verde, texto que puede considerarse el origen político más cercano del CESL (Oliva Blázquez, 2014, p. 52), y donde se aceptó, por vez primera, la posibilidad de constituir un Código Civil europeo (Augenhöfer, 2011, pp. 196 y ss.), intentado por primera vez en el DCFR (que, para Hesselink, es ya “a European Civil Code in all but name” —2009, pp. 919, 923—).

195 Para Lando, el CESL contiene una formulación entendible para empresas y consumidores que no sean especialistas en materia de Derecho contractual (2011, p. 721). En contra, Velasco San Pedro cree que el texto es excesivamente complejo y minucioso (2013, p. 473).



modo de núcleo común de los distintos Derechos nacionales de los Estados miembros<sup>196</sup>.

Al margen de estas consideraciones cuya concreción práctica dependería, en todo caso y a pesar de su relevancia, del éxito efectivo del instrumento, cabe añadir que el CESL, de haberse convertido en Derecho vigente, preveía que su aplicación, una vez las partes optaran por ella, desplazara las normas nacionales que hubieran debido aplicarse. En particular, en el caso de las operaciones de consumo, preveía el texto que su normativa debiera aplicarse en bloque, no pudiendo excluirse ninguna de sus previsiones (art. 8.3 CESL). Mientras que, por otro lado, en el caso de las compraventas entre empresas, por el contrario, todas las disposiciones se configuraban como sustituibles, salvo cuando en ellas expresamente se determinara lo contrario. Esto implicaría que las normas internas sobre consumo —en nuestro caso, el TRLGDCU<sup>197</sup>— quedarán sin aplicación, si bien otras normas internas que fueran aplicables al contrato podrían mantener su relevancia, en la medida en que seguirían rigiendo con respecto a los aspectos residuales no contemplados por el sistema del CESL, toda vez que el texto no cubre todas las cuestiones que pueden adquirir relevancia con ocasión de la relación contractual<sup>198</sup>.

Aunque el CESL no compone, a día de hoy, Derecho vigente (ni parece que vaya a adquirir este carácter en el futuro), tiene el valor de aunar —de manera novedosa, se ha dicho— reglas para la contratación entre empresarios, o B2B, y entre empresarios y consumidores, o B2C, en un mismo texto<sup>199</sup>.

---

196 Adar/Sirena, 2013, pp. 32, 33.

197 En todo caso, destaca Velasco San Pedro que la diferenciación entre contratación civil y mercantil no es recogida por el CESL (en el mismo sentido, Oliva Blázquez, 2013, p. 54), por lo que éste desplazaría la normativa nacional con independencia de su naturaleza según el Derecho interno (2013, p. 478).

198 Zurita Martín, 2014, p. 2349.

199 Y ello, aunque el DCFR ya contiene reglas claramente dedicadas a las operaciones de consumo; si bien su enfoque es un tanto distinto. Velasco San Pedro juzga positivamente el hecho de que se reúnan en un mismo texto las relaciones entre empresarios y aquellas entre empresarios y consumidores (2013, p. 474).

En sentido similar, Valpuesta Gastaminza defiende la opción ejercitada por los redactores del CESL, estimando que la adecuada protección de los consumidores no necesariamente pasa por la creación de un cuerpo de normas específico; aunque, en cuanto a su novedad, cree que muchos de los principios del texto podían encontrarse ya en las Directivas comunitarias (2013, pp. 210, 211, 214).

Pues bien, siguiendo esta doble regulación que distingue entre operaciones de consumo y operaciones entre empresas, el CESL realiza previsiones distintas en materia de retraso en el cumplimiento para cada caso.

## **2. El tratamiento del retraso en el CESL**

### **2.1. Retraso, incumplimiento y remedios**

Lo primero que se ha de tener presente a la hora de analizar el tratamiento que del retraso en el cumplimiento hace el CESL es que éste sigue, en lo general, los dictados de los textos modernizadores que le preceden, como pueden ser la CISG, los Principios Unidroit, los PECL, los Principios *Acquis* o el DCFR, amén de incorporar soluciones de otros textos de marcada relevancia en el ámbito europeo, como son las Directivas sobre consumo o las Directivas sobre morosidad en las operaciones comerciales.

Se ha dicho, incluso, que los preceptos del CESL suponen variaciones (o reproducciones, en algunos casos) de otras normas provenientes de algunos de estos textos<sup>200</sup>; cosa que, en realidad, nos permite encuadrarlo en la corriente modernizadora en lo relativo a sus presupuestos básicos, y detenernos con mayor atención en aquellos aspectos en los que presente alguna diferenciación de interés para nuestro estudio.

En efecto, de entre estos presupuestos básicos y comunes a los textos mencionados, se observa que el concepto de incumplimiento del CESL se corresponde con el que se contiene en los textos de referencia; esto es, el concepto de incumplimiento al que se ha llamado (en el contexto del CESL) “monista”<sup>201</sup>, en el que el retraso se contempla —además, expresamente— como supuesto de incumplimiento (art. 87.1. (e) CESL). También se describen en el texto los elementos que determinan la esencialidad del incumplimiento (art. 87.2), lo cual tendrá relevancia, en particular, a efectos de ejercitar el remedio resolutorio. Y, por último, se detallan las circunstancias que permiten al deudor excusar su incumplimiento a efectos de determinados remedios (art. 88), siguiendo, en general, los cánones habitualmente manejados en los textos de modernización.

Estas cuestiones, contenidas en el Capítulo 9 (“General provisions”) de la Parte IV (“Obligations and remedies of the parties to a sales contract or a contract for the supply of digital content”), se consideran generales y, por tanto, aplicables a los tipos de contratos indicados en la rúbrica de la Parte IV; así como a los contratos de servicios

---

200 Zurita Martín, 2014, p. 2350.

201 Blandino Garrido, 2015, pp. 327, 328.

relacionados, a pesar de que se regulan en la Parte V, en virtud de lo dispuesto por el art. 147, que declara aplicables las reglas del Capítulo 9 de la Parte IV.

Sin embargo, los remedios a disposición de las partes frente al incumplimiento, así como las obligaciones que incumben a cada una de ellas, se van concretando separadamente, en función del contrato concreto ante el que nos encontremos, dentro de las tres tipologías de contratos reguladas por el CESL. A su vez, dentro de cada tipo contractual se distinguen las obligaciones y remedios de cada parte del contrato separadamente (distinguiendo, así, entre obligaciones y remedios del vendedor, y obligaciones y remedios del comprador). Por tanto, si queremos conocer la regulación exacta del régimen de obligaciones y remedios de cada una de las partes, en cada uno de los contratos recogidos, deberemos acudir al Capítulo que corresponda. Se trata de un sistema que difiere del de textos análogos al CESL y que, aunque puede estar justificado por el contenido del instrumento, a la vez que por un intento de aportar mayor clarificación sobre la cuestión, no deja de resultar extraño al lector habituado al análisis de los otros textos de modernización<sup>202</sup>.

De esta sistemática se exceptúa la regulación del remedio indemnizatorio, que se contiene en la Parte VI del texto, a modo de previsión general o común a todos los posibles supuestos a los que resulte de aplicación el texto.

Partiendo de este esquema general, el tratamiento del retraso parte de la idea de que supone un incumplimiento autónomo, y, como tal, se relaciona con los remedios de manera tal que en ocasiones será suficiente para aplicar sólo algunos de ellos, mientras que en otras oportunidades podrá dar lugar a remedios más radicales como la resolución, bien de manera directa por suponer un incumplimiento esencial, bien después de la concesión de un plazo adicional de cumplimiento. Hasta aquí, por tanto, la regulación no difiere, en lo esencial, con respecto a lo ya visto en la generalidad de los textos que siguen al pie de la letra los dictados de las nuevas tendencias en la materia. Sin embargo, el aspecto en el que se aprecia una clara diferencia entre el CESL y sus textos de referencia, por lo que hace al retraso, es lo relativo al remedio indemnizatorio.

---

202 En realidad, además de una sistemática sin parangón, el CESL contiene un buen número de soluciones que lo individualizan con respecto a otros textos de modernización; en particular, por lo que hace a los remedios que corresponden a la parte contractual que ostenta la condición de consumidor. Así, por ejemplo, y entre muchas otras cuestiones, para los contratos B2B se dispone una jerarquía de remedios en virtud de la cual la generalidad de los mismos se supedita al derecho de subsanación (o “right to cure”) del deudor; algo que no se prevé para las relaciones B2C.

## **2.2. El remedio indemnizatorio: la indemnización de daños y perjuicios y el devengo de intereses**

A esta cuestión se dedica un apartado único —la Parte VI (“Damages and interest”)— que resulta de aplicación a todos los tipos de contrato previstos por el CESL, sin realizar los distinguos que sí se aprecian para el resto de remedios frente al incumplimiento<sup>203</sup>.

Lo primero que puede apreciarse a partir de la propia rúbrica es que se distingue entre daños e intereses (en la versión en castellano también se hace: “Daños y perjuicios e intereses”), por lo que se transmite la idea de que son dos conceptos distintos que, en principio, podrían sujetarse a requisitos y condiciones diferentes<sup>204</sup>.

### **2.2.1. La indemnización de daños y perjuicios**

La Sección Primera, dedicada, en general, a fijar las directrices sobre el daño y su indemnización, de un modo similar a como lo hacen otros textos de modernización<sup>205</sup>, determina, entre otras cuestiones, que el acreedor tendrá derecho a la indemnización de los daños sufridos a resultas del incumplimiento —de cualquier tipo de incumplimiento— salvo que dicho incumplimiento sea excusado, y siempre que exista un nexo causal entre el incumplimiento y el daño (art. 159 CESL). Se trata de una formulación amplia<sup>206</sup> que debe ponerse en conexión con el artículo 88 CESL, que establece las causas —de corte objetivo<sup>207</sup>— que permiten al acreedor excusar su

---

203 Zimmermann explica que, mientras que en los Principios Unidroit, los PECL o el DCFR se le considera un remedio más y, por tanto, se regula en el apartado dedicado a éstos, el CESL vuelve a la estructura que se aprecia en la CISG, que no atiende a remedios o a tipos de incumplimiento, sino que gira en torno a las obligaciones y los remedios del comprador, por un lado, y el vendedor, por el otro, junto a lo cual el remedio indemnizatorio se separa de los otros remedios y se coloca como uno de los pilares de la parte general del sistema (Zimmermann, 2014, p. 198). En el mismo sentido, Lehmann, 2015, pp. 245, 246.

204 Para Vaquer Aloy, esta concepción se corresponde con la idea de que los intereses se devengan con independencia de la posible concurrencia de una excusa para el incumplimiento; aunque, en realidad, la configuración concreta del deber de pago de intereses en el texto transmite la idea opuesta (2015b, p. 19).

205 Zimmermann, 2014, p. 198 (*vid.* también pp. 193-224).

206 *Vid.* Zurita Martín, 2014, pp. 2351, 2352.

207 Para Zurita Martín, aunque en principio no se exige culpa del deudor, este sistema pasa por entender que, si no se dan las circunstancias que permiten al deudor excusar su incumplimiento, debe presumirse que actuó negligentemente, lo que conecta con la presunción de culpa que detecta en nuestro Código Civil y que actúa haciendo responsable al deudor salvo que pruebe el caso fortuito o la fuerza mayor (2014, pp. 2375, 2376). Con un matiz distinto, Vaquer Aloy estima que los criterios que limitan el derecho a la indemnización del acreedor, además de partir de un concepto de incumplimiento objetivo y, por tanto, no ligado a culpa, tendrían un límite que le parece de marcado carácter subjetivo, como es el de la previsibilidad del daño (2015b, p. 10). Resultaría más acorde con las nuevas tendencias entender que el incumplimiento no depende de

incumplimiento. Partimos, repárese, de un modelo en el que la responsabilidad por los daños se ha de entender como responsabilidad primariamente pecuniaria, al contrario de lo que pueda suceder en otros sistemas, en los que se pueda primar una restitución *in natura*<sup>208</sup>.

El texto se pronuncia a favor del principio de plena compensación en su artículo 160<sup>209</sup>, blindando la total indemnidad del acreedor a través del resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante; pero haciendo depender la indemnización de la previsibilidad del daño (art. 161 CESL), con independencia de que el deudor hubiera actuado, incluso, con dolo<sup>210</sup>, al margen de otros criterios de determinación del montante indemnizatorio, como el deber de mitigación del daño del propio acreedor (art. 162 CESL) o la valoración de la contribución de éste en el daño causado (art. 163 CESL)<sup>211</sup>.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta que, aunque en general no es necesario notificar previamente al deudor del incumplimiento para poder solicitar la condena de daños y perjuicios, en los casos de falta de conformidad en los negocios de compraventa entre empresas sí es precisa una notificación, según se prevé por el artículo 122 CESL, por lo que se consideraría que esta comunicación sería precisa para poder ejercitar el remedio indemnizatorio en este tipo de casos<sup>212</sup>. Sin embargo, nada se especifica, en principio, para los supuestos de retraso; lo cual podrá dar lugar a ciertas consideraciones.

---

un juicio de reprochabilidad sobre la conducta del deudor. En este sentido se expresa Možina cuando dice que “the debtor’s liability is triggered by his non-performance alone and does not depend on fault on his part” (Možina, 2012a, p. 635), en una opinión seguida también por Lehmann (2015, p. 247).

208 *Vid.* Lehmann, 2015, p. 255.

209 Možina, 2012b, p. 639.

210 En este aspecto, el CESL se diferencia claramente de otros textos de modernización, como los PECL o el DCFR, así como de la regulación del propio Código Civil (Zurita Martín, 2014, p. 2376); mientras que puede acercarlo más a otros textos que tampoco contemplan este límite, como la CISG o los Principios Unidroit, lo cual ha suscitado alguna crítica doctrinal (Lehmann, 2015, p. 254).

211 También se habla en esta Sección de la operación de reemplazo (art. 164), así como de la posibilidad para el acreedor de cobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio al momento de la resolución (art. 165).

212 Možina, 2012a, pp. 635-638.

## 2.2.2. El devengo de intereses moratorios

### A. Régimen general

Avanzando un tanto en la regulación de los efectos pura y directamente económicos del retraso, la parte que ostenta el mayor interés a los efectos de nuestro estudio es la relativa a los intereses por el retraso en las obligaciones pecuniarias. Este apartado comienza estableciendo, de manera general, que en los casos en los que exista retraso en la entrega de una suma de dinero, el acreedor tiene derecho a obtener los intereses sobre dicha suma —en función de los tipos de interés especificados en el párrafo segundo del mismo artículo, que dependen del lugar de residencia del acreedor— desde el momento en el que el pago es debido, sin necesidad de aviso de vencimiento (dice el artículo 166.1 CESL concretamente que “the creditor is entitled, without the need to give notice, to interest on that sum from the time when payment is due to the time of payment at the rate specified (...”).

Por tanto, el principio general es que la falta de pago a la llegada del momento del cumplimiento determina el devengo de intereses, sin necesidad de requerimiento alguno por parte del acreedor, y desde la fecha en que dicho incumplimiento se produce; la cual se ha de determinar en atención a criterios que, en principio, no requieren de ningún tipo de comunicación por parte del acreedor<sup>213</sup>. A este respecto, parece que se siguen los parámetros de las nuevas tendencias<sup>214</sup>, otorgando eficacia jurídica al mero retraso.

Ahora bien, por otra parte, y si hemos dicho que también en el sistema del CESL, como en otros textos, el mero retraso supone ya incumplimiento, en realidad la referencia a la falta de necesidad de intimación no habría sido necesaria. Esta aclaración sugiere la idea de que dicha intimación puede ser necesaria en algunos casos, y que, por ende, existiría una mora interpelatoria que para este supuesto se quiere señalar que no concurre. La solución se encuentra atendiendo al doble régimen que, como ya hemos adelantado, se contiene en este apartado; pues, si el artículo 166 presenta la regla recién recogida a modo de régimen general, acto seguido se observa que las normas particulares que se introducen para consumidores, por un lado, y para empresas, por el

---

213 Možina sistematiza los diferentes medios útiles para determinar la fecha de cumplimiento de una obligación en el marco del CESL, teniendo en cuenta que, cuando por ningún medio sea posible determinar esta fecha, el artículo 126.1 CESL dispone que el pago deberá efectuarse al momento de la entrega de los bienes, mientras que el art. 153.2 se refiere, para los contratos de servicios relacionados, al momento en que el servicio se haya completado y el objeto del mismo se haya puesto a disposición del acreedor (2012c, p. 658).

214 En este sentido, Zurita Martín, 2014, p. 2365.

otro, vienen a matizar en gran medida esta regla general<sup>215</sup>, como a continuación se expondrá.

Cabe añadir también que, por último, el art. 166.3 dispone que el acreedor podrá obtener indemnización por otros daños causados al margen de los intereses<sup>216</sup>; con lo que, como se hace en otros textos de modernización, se supera la cuestión sobre la posible indemnización del mayor daño, reconociendo expresamente esta posibilidad.

## **B. Régimen de devengo de intereses en las operaciones de consumo**

Pasando a analizar el tratamiento que de esta cuestión se hace en función del tipo de sujeto que sea el deudor, se ha de comenzar, en primer lugar, con el art. 167 CESL, que viene dedicado a los intereses debidos por el deudor consumidor. Resulta indudablemente llamativo que este precepto se incluya en la Sección 2, dedicada al régimen general del retraso en los pagos de las obligaciones pecuniarias (en la que también se encuentra el recién referenciado artículo 166 CESL), en lugar de componer, tal vez, una Sección propia para los contratos de consumo<sup>217</sup>. Esta sistemática resulta inaudita, no pudiendo apreciarse ningún referente directo en los diversos textos de modernización; ni siquiera en el DCFR o los *Acquis Principles*, en los que sí se incluyen reglas expresas para los contratos de consumo<sup>218</sup>.

A continuación examinaremos los distintos aspectos que sobre los intereses en la contratación con consumidores prevé el artículo 167 CESL, y algunas precisiones de gran interés para nuestro estudio que al respecto pueden remarcarse.

### **a) El devengo de intereses y la excusabilidad del incumplimiento**

El artículo 167 establece, en primer término, que el deudor deberá los intereses únicamente cuando el incumplimiento no sea excusable (párrafo primero). Por tanto, en

---

215 Možina, al comentar este artículo, advierte sobre la necesidad de leerlo conjuntamente con los siguientes artículos de la Sección, concretando que los artículos 167 y 168 revelan que “el principio básico y las reglas sobre el interés según el artículo 166 están sujetas a importantes excepciones” (2012c, p. 656).

216 Además, los intereses se generarían no sólo sobre la obligación principal consistente en el pago del precio, sino que también alcanzarían a otras obligaciones monetarias generadas en el seno de la obligación, como las indemnizaciones, sumas derivadas de cláusulas de liquidación del daño, la cantidad obtenida a resultas de la reducción del precio, o la compensación por costes de cobro, si bien se puntualiza que, para el caso de las operaciones B2B, los intereses correspondientes a estos conceptos se sujetarían a un tipo de interés distinto al aplicable a la obligación principal de pago del precio, según el artículo 168 CESL (Možina, 2012c, p. 657).

217 En efecto, parece que el texto considera que el régimen general incluye las previsiones dedicadas a los deudores consumidores, pero no a los deudores profesionales.

218 En idéntico sentido, Možina, 2012d, p. 662.

este caso se aplican también las excusas recogidas por el art. 88 CESL, en una previsión que, como sabemos, es más típica en materia de indemnización de daños, pero no se aprecia regularmente en materia de intereses, a los que habitualmente se dota de un carácter objetivo estricto (y, por tanto, no suelen estar sujetos a posible excusa). Se trata, no obstante, de una elección de política legislativa que no puede decirse que sea desconocida en los sistemas legislativos europeos, muchos de ellos todavía —o durante muchos años— basados en criterios de responsabilidad subjetivos.

### **b) El momento en que comienza el devengo de los intereses. La comunicación del art. 167.2 CESL como interpelación y sus implicaciones**

El segundo párrafo del mismo artículo es todavía más interesante y particular, por cuanto se dice que los intereses no comenzarán a correr hasta 30 días después de que el acreedor haya requerido al deudor, en una comunicación que especifique tanto la propia obligación de pagar intereses, como su cantidad<sup>219</sup>. Lo que esto implica es, en primer lugar, que se fija una comunicación que nos parece equiparable a la mora interpelatoria, como imprescindible para que el retraso genere intereses; y, en segundo lugar, que los intereses no comienzan a devengarse sino hasta pasados 30 días de dicho requerimiento.

Esta solución se aparta claramente de la regla general establecida por el artículo 166 CESL y supone, como es evidente, un elevado grado de protección para el deudor<sup>220</sup>, todavía superior al que implica la propia mora en su regulación tradicional, si bien el texto ofrece una medida de compensación nada desdeñable y que permite recobrar hasta cierto punto el equilibrio, consistente en que el requerimiento pueda ser remitido al deudor con anterioridad a la fecha en la que el pago es debido. Se ejerce, así, una elección a favor de la posibilidad de intimar con anterioridad al propio retraso —al propio incumplimiento, entonces— que ha sido discutida por nuestra doctrina en torno a la mora del art. 1100 CC<sup>221</sup>.

Por lo demás, esta previsión recuerda en parte a lo que dispone la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales (aunque ésta no se aplique a las obligaciones de consumo), en el sentido de que se establece un plazo tras el cual la mora genera efectos. De ésta se distinguiría, no obstante, en la medida en que en relación con la Ley sobre Morosidad, según se ha dicho, los actos que dan lugar al comienzo del plazo tras

---

219 Por lo demás, esta comunicación no se sujeta a requisito de forma alguno, aunque se considera que debe llegar a conocimiento del deudor para su total efectividad (Možina, 2012d, p. 664). También sobre la forma, Zurita Martín, 2014, p. 2367.

220 Para Možina, la función del art. 167 es precisamente proteger a los consumidores en materia de intereses moratorios (2012d, p. 662).

221 Por todos, puede verse a Hernández Gil, quien además refrenda esta opción para algunos tipos de obligaciones (1962, pp. 352-355).



el cual se produce el devengo de los intereses no supondrían intimación, y que estos plazos lo serían de pago, por lo que la mora sería automática.

De todos modos, seguramente podría detectarse cierta inspiración tomada de aquella normativa<sup>222</sup>, si las coincidencias no son accidentales, puesto que, si se piensa bien, podría reflexionarse que el requerimiento efectuado una vez vencida la obligación todavía implicaría otorgar al deudor un plazo mayor (un segundo plazo, en realidad) de cumplimiento —el plazo de 30 días que debe transcurrir entre la intimación y el comienzo del devengo de los intereses—, en el que, como en los plazos de la normativa antimorosidad, podría cumplir sin sufrir los efectos de su retraso.

Si se plantea del modo indicado, esta previsión podría situarse, quizás, a caballo entre la mora interpelatoria tradicional y la muy particular mora automática que ordena la normativa sobre morosidad; sobre todo, si se piensa que este plazo puede ser considerado como de cumplimiento (sería un segundo plazo de cumplimiento, a diferencia del de la normativa sobre morosidad), y que la exigencia formal del requerimiento se relaja (pudiendo, tal vez, establecer una comparación con algunos de los actos que se contemplan en la mencionada normativa para dar comienzo al plazo). En todo caso, estaríamos ante una mora interpelatoria que no dejaría de ser muy particular.

Sin embargo, se ha señalado, en el primer Comentario al texto publicado, que este plazo de 30 días *no sería un nuevo plazo —o una prolongación del plazo— de pago para el deudor*: el momento de cumplimiento inicialmente pactado se mantendría como tal, siendo que durante este plazo de 30 días únicamente se produce una *suspensión* del devengo de los intereses. De este modo, el acreedor podrá, por ejemplo, reclamar los daños sufridos durante este período<sup>223</sup>, que hemos de entender que ya es de incumplimiento (no definitivo). Ahora bien, esta idea no obsta, a nuestro juicio, a que el deudor pueda cumplir la obligación durante el mismo; de lo contrario, no se entiende cuál sería el sentido de la intimación y la subsiguiente suspensión del devengo de intereses.

Si el objetivo de esta comunicación es, como se ha admitido, advertir al deudor de la consecuencia de su impago y, a la vez, estimular el pago para evitar la imposición de intereses, no sería coherente impedir el pago en dicho plazo. Ahora bien, es claro que el plazo no es un plazo de pago, toda vez que ya se producen las consecuencias del incumplimiento, salvo por lo que hace al devengo de los intereses. Por ello, el pago producido durante ese tiempo tendría la categoría de cumplimiento tardío, con las

---

222 Veremos que es así, desde luego, en la Sección dedicada a las operaciones entre empresas.

223 Možina, 2012d, p. 664.

consecuencias que al mismo se asociarían —entre otras posibles, que podrían tener lugar los remedios frente al incumplimiento—.

Y es que tampoco cabe ignorar que, a diferencia de lo que hace la Directiva sobre morosidad (en la que durante el plazo marcado no se producen los efectos del incumplimiento, siendo un verdadero plazo de pago), el CESL regula otros efectos y remedios del incumplimiento, que, en principio, se mantendrían vigentes al margen de esta previsión —que no supone un verdadero plazo adicional o *nachfrist*, en el que los remedios, salvo, precisamente, el indemnizatorio y el de suspensión de la ejecución de la propia ejecución, quedan suspendidos—, por lo que podrían darse con independencia del momento en que los intereses comenzaran a devengarse, resultando, así, que este plazo de 30 días tendría efectos únicamente de cara a la mora.

Si esto es así, habría de plantearse cuál podría ser la posible interacción entre el plazo adicional propiamente dicho —el que proviene del modelo *nachfrist*— y el plazo del que ahora estamos hablando. A este respecto, y sin perjuicio de que más adelante tratemos la cuestión con mayor detalle desde una perspectiva general, se ha de plantear el conflicto que causaría el hecho de que el plazo adicional pudiera terminar con anterioridad al plazo de los 30 días que venimos comentando. El propio artículo 135.2 CESL, indica, en sede de resolución, y en relación con el plazo adicional en el ámbito de las relaciones de consumo, que dicho plazo no podrá terminar antes de 30 días al que se refiere el artículo 167.2 CESL.

Además de esto, puede también adolecer de una falta total de coherencia afirmar, al mismo tiempo, que el remedio indemnizatorio puede darse mientras transcurra el plazo ligado al mecanismo de notificación-resolución, y que los intereses no comienzan a devengarse en tanto en cuanto no transcurra el plazo de 30 días desde el requerimiento que marca el art. 167.2 CESL<sup>224</sup>. Nos parece que este conflicto debería solucionarse a través de la aplicación preferente del artículo 167.2, por ser más específico, impidiéndose la producción de los intereses en tanto no transcurriera dicho plazo<sup>225</sup>.

---

224 Ahora bien, también hay que tener en cuenta que la Sección dedicada a regular los daños, independientes, en principio, de los intereses, no sujeta la resarcibilidad de los daños causados a requerimiento o plazo alguno. Habría que estudiar si otros daños distintos a los intereses podrían producirse con independencia de éstos y de sus presupuestos, o si estos últimos resultan también aplicables a estos otros daños.

225 Debe también tenerse en cuenta que el texto no establece límite temporal máximo para efectuar la intimación, por lo que todavía podría imaginarse que el plazo adicional pudiera darse sin que se devengaran intereses en ningún caso hasta el ejercicio del ulterior remedio resolutorio, si se entiende aplicable la solución que proponemos. Más adelante estudiaremos (*vid. infra* Cap. VII, apartado II.3), la interrelación, a distintos efectos, entre la propia intimación y la comunicación mediante la que se concede plazo adicional.

Con todo, no cabe desconocer que, si el mismo artículo 167.2 CESL hace posible que el requerimiento que disciplina tenga lugar con anterioridad al vencimiento de la obligación, sin duda se daría un número nada despreciable de casos —imaginamos, que serían ciertamente habituales en la práctica, por ser más beneficiosos al acreedor que trata de obtener los intereses debidos por el retraso<sup>226</sup>— en los que esta cuestión no se plantearía<sup>227</sup>. De hecho, se ha estimado que la previsión de 30 días de plazo del art. 167.2 CESL será poco operativa y tendrá una importancia práctica limitada, porque la mayor parte de empresarios que se acojan al texto se decantarán por la intimación anticipada para evitar una situación en la que, encontrándose el deudor retrasado —y no sólo retrasado, sino también intimado—, no se devenguen intereses<sup>228</sup>.

En todo caso, tras todo lo dicho, parece que estaríamos ante una mora interpellatoria<sup>229</sup>, aun con sus especialidades. En este sentido, aunque los requisitos para entender producida la intimación se han ligado tradicionalmente a una exigencia efectiva de cumplimiento, así como a su emisión una vez producido el retraso, seguramente en la actualidad pueda entenderse que estos requisitos pueden relajarse o, como mínimo, matizarse; especialmente, en un texto de estas características, imbuido en un movimiento como es el de modernización. En ese sentido, un requerimiento del que depende el comienzo de la efectiva producción o devengo de los intereses, y sin el cual, por tanto, el retraso no tiene efecto indemnizatorio, nos parece que bien puede vincularse con la mora, sin perjuicio de que pueda considerarse que se trata de una mora que se desvía en ciertas cuestiones, o que admite varios matices, con respecto a la mora tradicional<sup>230</sup>.

---

226 Zurita Martín dice, de hecho, que puede ser habitual incorporar este requerimiento junto con la propia información precontractual (Zurita Martín, 2015, p. 685). En el mismo sentido, y con mayor detalle, Možina, 2012d, p. 664.

227 Además, como indica Možina, incluso aunque el plazo de 30 días comenzara con anterioridad al momento en que se da el incumplimiento y pudiera, incluso, terminar antes de que el propio momento marcado para el cumplimiento llegara, no puede olvidarse que el devengo de intereses se sujeta también al requisito de que la obligación esté vencida, por lo que en ningún caso comenzará con anterioridad al momento en el que la prestación es debida (2012d, p. 664).

228 En este sentido, Možina, 2012d, p. 666.

229 En contra de esta opinión, Zurita Martín expresa que, mientras que la intimación que hace surgir la mora es un requerimiento de pago que realiza el deudor y que lleva al deudor a incurrir en mora, ésta simplemente se dirige a informar al deudor del devengo de intereses si no cumple en el plazo acordado, pudiendo el deudor llevarla a cabo con anterioridad al incumplimiento (2014, p. 2367; 2015, p. 686).

230 En este preciso sentido se pronuncia Možina, que clara y expresamente vincula este requerimiento con la mora del deudor continental, diciendo que “The requirement that the debtor be given notice in order for default (*mora debitoris*), together with its consequences, to commence, is well known in Europe”, y que la previsión del art. 167 CESL va todavía más allá que la mora continental tal y como se regula en un buen número de sistemas continentales,

### c) Las restantes previsiones del artículo 167 CESL. La protección de la figura del consumidor

El resto de números del artículo 167 se dedican a blindar la protección del consumidor, disponiendo que un tipo de interés superior al dispuesto en el art. 166.2 CESL o un devengo de intereses producido con anterioridad a los 30 días desde el requerimiento señalados por el art. 167.2 no serán vinculantes por reputarse injustos (“unfair”), o prohibiendo, en una tendencia manifiestamente opuesta a la de otros textos (por ejemplo, el DCFR, en su artículo III.-3:709), el anatocismo<sup>231</sup>.

Se declara también que este artículo es de obligada observancia, no pudiendo ser excluido o variado por las partes en detrimento del consumidor<sup>232</sup>. Parece que sí cabría, por el contrario, pactar medidas que supusieran un grado de protección más elevado para éste<sup>233</sup>; lo cual se comprueba no sólo por su concreta redacción, sino por el hecho de que esta prohibición abarca únicamente al propio artículo 167, y no al 166, que recoge las condiciones generales de aplicación de los intereses, y que cabe entender que podrían modificarse, con sujeción a ciertos límites relacionados con la interdicción de la abusividad<sup>234</sup>.

Como puede imaginarse, la protección que se otorga a la figura del consumidor ha recibido críticas dispares, habiéndose destacado, entre muchas otras cuestiones, que la empresa capaz de entrar en los estándares que determinan la categorización como PYME, puede no estar en una situación mucho más ventajosa que la del consumidor promedio<sup>235</sup>. Y es que la Sección 3, dedicada al retraso en los pagos cuando el deudor es una empresa, no sólo observa reglas diferentes para el devengo de los intereses, sino que además no establece diferenciación alguna según que el deudor sea o no una PYME, como a continuación se verá; punto que podría, en efecto, ser criticable.

---

puesto que no se acoge en este artículo —como tampoco se hace en nuestro ordenamiento— la máxima *dies interpellat pro homine*, por lo que la intimación se requiere con independencia de que la obligación sea o no pura (2012d, p. 663).

231 Al contrario de lo que se aprecia, también, en la propia regulación que el CESL dispone para otros sujetos (Zurita Martín, 2014, p. 2369).

232 Sobre las dudas que este apartado plantea, *vid.* Možina, 2012d, p. 666.

233 Es quizá en este sentido en el que Možina dice que, a pesar de la naturaleza imperativa del artículo declarada por su párrafo 5, las partes podrán pactar apartándose del artículo, pero siempre sujetas al control de abusividad (2012d, p. 662).

234 En el mismo sentido, Možina, expresando que las partes podrán acordar una modificación de la cantidad a deber en concepto de intereses, aplicando un tipo superior o inferior, si bien este acuerdo estará sujeto al control de abusividad (arts. 167.3 y 170 CESL) (2012c, p. 660).

235 Lando, 2011, pp. 722 y ss.

### **C. Régimen de devengo de intereses en las operaciones entre empresas**

Estudiando la Sección dedicada a las operaciones entre empresas<sup>236</sup>, lo primero que se aprecia es que la regulación es más prolija que la dedicada a las operaciones de consumo, constanding esta Sección de varios artículos en los que se aprecia claramente la influencia ejercida —esta vez sí, sin dudas— por la normativa sobre morosidad<sup>237</sup>, si bien también se recogen algunas soluciones venidas de otros textos<sup>238</sup>; al tiempo que otras previsiones reflejan lo que se prevé para los contratos con consumidores en el artículo anterior.

#### **a) De nuevo, el devengo de intereses y la excusabilidad del incumplimiento**

El apartado primero del art. 168 CESL prevé para este tipo de obligaciones, como lo hace el art. 167 CESL para el deudor consumidor, la posibilidad de desligarse de la obligación de pagar intereses por el retraso cuando el incumplimiento sea excusable en función de lo dispuesto por el art. 88 CESL. En este aspecto, por tanto, sí se dispensa a la empresa deudora el mismo trato que al deudor consumidor, y se aparta de consideraciones puramente objetivas al permitir que el deudor, tanto consumidor como profesional, pueda evitar el pago de intereses a través de una excusa.

El hecho de que se repita una previsión aparentemente idéntica a la del artículo 167 ha hecho que la doctrina se pregunte, con acierto, por la necesidad de reiterar la misma norma en dos ocasiones, pudiendo haberse invocado de manera general en un único precepto<sup>239</sup>. Sin embargo, el hecho de que el artículo especifique los contratos sobre los que esta disposición se aplicaría hace que sea posible preguntarse si la posibilidad de excusar el incumplimiento no se extendería a otras reclamaciones monetarias derivadas de estos contratos —como, por ejemplo, los daños reclamados a propósito de una cláusula penal—; diferencia de trato que, de confirmarse (puesto que no puede decirse que el texto sea particularmente claro), no estaría justificada<sup>240</sup>.

Al margen de esta cuestión, el texto parece más claro en este punto, por lo menos, que la normativa sobre morosidad de la que en general esta Sección toma inspiración y,

---

236 Zurita Martín señala que, en realidad, esta Sección no se refiere al distinto tratamiento de los comerciantes respecto de los consumidores, sino al tratamiento de los intereses de demora derivados de la falta de pago del precio en operaciones comerciales según el concepto manejado por la normativa antimorosidad (2014, p. 2730).

237 En el mismo sentido, Blandino Garrido, 2015, p. 339.

238 Por ejemplo, se han señalado al DCFR (art. III.-3.710) o a los *Acquis Principles* (art. 8:406) (Možina, 2012e, p. 668).

239 Zurita Martín, 2014, p. 2366.

240 *Ibíd.*

en particular, que nuestra Ley 3/2004, que es ciertamente confusa en su regulación de esta cuestión. Por este motivo, es complicado valorar si el CESL sigue en este punto o no los dictados de esta normativa. Baste ahora con subrayar que, como mínimo, la formulación varía significativamente de uno a otro texto<sup>241</sup>.

Por otra parte, si bien parece que el deber de pagar intereses no se sujeta a consideraciones de tipo subjetivo<sup>242</sup>, también es evidente que no estamos ante un sistema puramente objetivo, por cuanto el incumplimiento podrá ser excusado, con efectos no sólo para la indemnización de daños y perjuicios, sino también para los propios intereses. Y, además, esto se aprecia no sólo de cara a la contratación con consumidores, en la que cabría esperar que el texto dispensara un trato un tanto más indulgente; sino también en el ámbito de las operaciones B2B, lo cual resulta ciertamente llamativo.

### **b) El momento en el que comienza el devengo de los intereses. Multiplicidad de regímenes e influencia de la normativa sobre morosidad**

En relación con el momento en que comienzan a devengarse los intereses, el apartado segundo comienza estableciendo el devengo automático de los mismos, que se fija a partir del día siguiente al del vencimiento. Esta previsión puede considerarse en línea, por tanto, con las nuevas tendencias, y con lo dispuesto por el art. 166 CESL, y es eficaz para aquellas obligaciones que tengan marcado el momento del cumplimiento. En este caso, con probabilidad estaríamos ante una mora automática<sup>243</sup>.

Cuando, por el contrario, no se haya especificado en el contrato una fecha para el cumplimiento, el mismo apartado del artículo 168 CESL indica que los intereses comenzarán a devengarse tras el transcurso de un plazo de 30 días a contar a partir de dos eventos diferentes: esto es, 30 días desde la fecha en la que el deudor recibe la factura o una comunicación en la que se requiera el pago equivalente a ésta (que cabría presumir, si nos situamos en términos idénticos a los expresados con respecto a la normativa sobre morosidad, que no supone intimación), según la letra a); o bien 30 días

---

241 De hecho, en general se han criticado las desviaciones que el CESL presenta con respecto a la Directiva sobre morosidad, por implicar la introducción de una Propuesta que propone un régimen parcialmente distinto para el mismo territorio —Europa— (vid. Vaquer Aloy, 2015b, p. 19).

242 Con los matices expresados, en general, en torno a la objetividad de las excusas que se reproducen en los textos que venimos comentando (también en el artículo 88 CESL), vid. Salvador Coderch, 1998, p. 637, y la posición de Zurita Martín, 2014, pp. 2375, 2376

243 Piénsese que nos situamos en un sistema en el que la mora existe, claramente, según lo dicho, y para este supuesto se prevé, entonces, la automaticidad de sus efectos (o, al menos, del efecto del devengo de intereses). De hecho, Možina identifica esta previsión con el *dies interpellat pro homine*, relevante en materia de mora automática (2012e, p. 669).

a contar desde la recepción de los bienes, el contenido digital, o los servicios relacionados, si la fecha de recepción de factura es anterior a la de recepción o es incierta, o si es incierto que el deudor haya recibido factura o comunicación equivalente (letra b). Por lo que hace a la factura, cabría presumir, si nos situamos en términos idénticos a los expresados con respecto a la normativa sobre morosidad, que no supone intimación, por lo que no habría aquí una mora interpelatoria.

En suma, se aprecian, en principio, dos regímenes distintos en materia de comienzo de devengo de intereses en las operaciones entre empresas, en función del tipo de obligación ante la que nos encontremos.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que estas previsiones se aplican únicamente a la obligación de pago del precio por los bienes, contenido digital, o servicios relacionados; mientras que, para otras sumas pagaderas, se aplicará el interés general del art. 166 CESL, que aquí recobra relevancia<sup>244</sup>. Como es evidente, esto supone que *para una misma relación contractual* deban combinarse lo que en la práctica son dos regímenes distintos, por lo que hace al tipo de interés, que difiere claramente en los dos artículos mentados. Y, en materia de contratos entre empresas, aún más, existirán tres regímenes de intereses diferenciados posibles; lo cual es, cuando menos, cuestionable, y no hay duda de que puede ser una importante fuente de confusión<sup>245</sup>.

Por otra parte, por lo que hace al momento en que comienza el devengo de intereses, lógicamente éste supondrá que la obligación ya se encuentre vencida y sea exigible; algo a tener en cuenta para este tipo de casos, cuando la factura, por ejemplo, pueda haberse extendido con anterioridad a este momento<sup>246</sup>.

En relación con esta cuestión, además, vale la pena reseñar que, quizá por la influencia que sobre esta regulación tiene la normativa sobre morosidad, se ha dicho que este interés, que claramente se basa en la mencionada normativa, no requiere la concurrencia de los requisitos del incumplimiento para su aplicación<sup>247</sup>. Sin embargo, nos parece que no puede perderse de vista el hecho de que estos intereses —tanto en el caso de las operaciones de consumo como en el caso de las operaciones entre empresas, e independientemente de qué sujeto ocupe, en cada uno de los casos, la posición jurídica de deudor— se insertan en un sistema que no es comparable al de la normativa sobre morosidad, en la que únicamente se regulan algunas consecuencias muy concretas del

---

244 Možina refiere que el artículo 166 CESL se aplicará, pues, a reclamaciones de daños, sumas resultantes de cláusulas de liquidación de daños, y otras (2012e, p. 668).

245 A Možina esta previsión le parece “inusual y complicada” (2012e, p. 671).

246 *Vid.* Možina, 2012e, p. 669.

247 Blandino Garrido, 2015, p. 339.

retraso, en un tipo de relaciones obligatorias, sin prestar atención a otras figuras jurídicas que tendrían relevancia (como es el caso, por ejemplo, de los remedios), ni tampoco al concepto concreto de incumplimiento que sería relevante. En este caso, por el contrario, se presenta un sistema completo de incumplimiento y remedios, en el que se incluye el indemnizatorio, que no obstante entendemos que parte de los mismos presupuestos de los que parten el resto de remedios: el concepto de incumplimiento manejado por el texto; debiendo, además, recordarse que el retraso viene conceptualizado como supuesto de incumplimiento capaz de dar lugar a la aplicación de los remedios.

Por tanto, creemos que el propio retraso, ya incumplimiento, y con ello el incumplimiento en sí mismo, es un presupuesto para la producción de los intereses que estos artículos disciplinan. A la postre, se ha de recordar que hablamos de un remedio —el indemnizatorio— insertado en un sistema que contempla un modelo unitario de incumplimiento, como presupuesto básico al sistema de remedios orquestado en torno al mismo, y en ese esquema es posible regular el retraso en diversas formas, según las previsiones concretas que se realicen.

### **c) Otras previsiones en materia de intereses en las operaciones entre empresas**

El tipo de interés aplicable, por otra parte, viene determinado por el apartado quinto del artículo 168 CESL, y es un interés tan elevado como el que marca la normativa sobre morosidad y, por tanto, distinto del previsto como “general”, que será aplicable tanto al deudor consumidor, como, según se ha dicho, a esas otras cantidades debidas en la contratación entre empresarios que no se sujeten al tipo del artículo 168 CESL.

Por último, y en los mismos términos que el art. 166 CESL, el apartado sexto del mismo artículo permite al acreedor pedir una indemnización por daños ulteriores (sujetos, claro está, a prueba, así como a los términos previstos en los arts. 159 y ss.)<sup>248</sup>; en una claridad que, como hemos dicho ya, se echa en falta en la normativa sobre morosidad.

En los sucesivos artículos se fija el derecho a la compensación por los costes de cobro de la deuda (art. 169 CESL), y el tratamiento a dispensar a lo que se consideran cláusulas abusivas —o “unfair contract terms”— (art. 170 CESL)<sup>249</sup>, todo ello

---

248 En el mismo sentido, Možina, 2012c, p. 661.

249 Estas previsiones han sido criticadas por la doctrina. Entre otros, Možina (que apuesta por la eliminación del precepto), 2012f, p. 678; Zurita Martín, 2014, p. 2356 y 2373-2375; o Vaquer Aloy, 2015b, p. 20.



siguiendo, como se ve, y sin perjuicio de algunos ajustes, el esquema general de la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales<sup>250</sup>.

En último lugar, el artículo 171 CESL se pronuncia sobre el carácter imperativo de los artículos de esta Sección dedicada a la deuda de intereses entre empresarios; por lo que la prohibición de excluir sus previsiones o modificarlas se aplicará sobre todos los artículos expuestos. Esto contrasta con la misma previsión cuando se expresa en sede de deudas contraídas por consumidores, si se repara en que el artículo 167 CESL únicamente dispone este carácter para sí mismo, pero no para la totalidad de la Sección, que también contiene al precedente art. 166.

Esto, que puede parecer un detalle, puede dar lugar a algunas consecuencias. Por ejemplo, que el precepto que dispone que el acreedor tiene derecho a reclamar el mayor daño se aplique siempre y en todo caso cuando el deudor sea una empresa, por quedar cubierto por la previsión del art. 171 CESL, pero esto pueda no suceder cuando el deudor sea un consumidor, dado que esa previsión se contiene en el art. 166 CESL, que tendría carácter dispositivo, según la lectura que ofrece el art. 167 CESL. Así las cosas, cuando nos encontráramos ante un contrato de consumo, teóricamente podría pactarse una renuncia por parte de la empresa acreedora al derecho a reclamar indemnización por otros daños sufridos por el retraso distintos a los propios intereses<sup>251</sup>.

### **2.2.3. Algunas cuestiones irresueltas por el texto**

Por lo demás, existen algunas cuestiones que no vienen reguladas por el CESL, ni en sede de reglas generales ni tampoco a propósito del régimen previsto para los distintos sujetos mencionados, a pesar de estar claramente relacionadas con las consecuencias pecuniarias del retraso en el cumplimiento

Es el caso, por ejemplo, de la posibilidad para las partes de pactar una cláusula penal. A este respecto, se ha dicho que el silencio no implicaría una prohibición, especialmente si se tiene en cuenta que el CESL admite su existencia de manera indirecta, en el artículo 88 (e), para regular la abusividad de las cláusulas penales en las operaciones de consumo; por lo que se cree que su concurrencia estaría permitida, siguiendo, con probabilidad, el modelo de otros textos de modernización en cuanto a su configuración<sup>252</sup>.

---

250 Para un estudio más detallado, *vid.* Zurita Martín, 2014, pp. 2731 y ss.

251 Por esta y otras razones, la imperatividad de ésta y otras partes de la Propuesta ha sido criticada. *Vid.*, en general, Gómez Pomar/Gili-Saldaña, 2014, pp.357 y ss.

252 Vaquer Aloy, 2015b, p. 13.

Por otro lado, tampoco se explicita la interacción entre las previsiones sobre intereses y otros remedios frente al incumplimiento que podrían darse, como el derecho a suspender la propia prestación ante el incumplimiento de la contraparte en las obligaciones recíprocas, el cual podría impedir el devengo de los intereses<sup>253</sup>, y con él, y dado que ambos conceptos se devengan contemporáneamente, se impediría también la compensación de los costes de cobro<sup>254</sup>.

No obstante, quizá más importante, a los efectos de nuestro estudio, es no saber si la indemnización de daños por incumplimiento, en la que entendemos se incluirían también los daños causados por retraso respecto de las prestaciones no pecuniarias, se sujeta a algún tipo de requerimiento por parte del acreedor o a algún plazo como los que se prevén para los intereses. Ante el silencio de los artículos 159 a 165 CESL, podría pensarse que el retraso simple es, aquí, suficiente para que los daños causados resulten indemnizables. De otro lado, podría también resultar que a los daños por retraso le fueran aplicables las condiciones de los artículos 166 y siguientes, que, al contrario que los artículos 159 a 165, sí se refieren expresamente al retraso.

### **3. Valoración global del tratamiento del retraso y del texto. Su trascendencia**

El tratamiento del retraso hecho por el CESL puede valorarse como una suerte de compendio entre las soluciones de varios regímenes y textos que lo preceden, con algunas modificaciones y algún planteamiento novedoso. Así, el sistema parte de la concepción de incumplimiento y remedios a éste asociados típica de los principales textos modernizadores (CISG, PECL, Principios Unidroit, DCFR), y añade soluciones vistas en las Directivas de protección de los consumidores y en las Directivas sobre morosidad, aplicadas, como decimos, de manera novedosa en más de una ocasión.

El retraso entronca, consecuentemente, con el concepto de incumplimiento amplio típico de los textos de modernización y viene a suponer, en principio, un tipo más de incumplimiento, capaz de dar lugar, en abstracto, a los distintos remedios que frente al incumplimiento instaura el texto, que siguen, en lo esencial, los estudiados a propósito de estos textos.

Así, en materia de remedio resolutorio, donde el retraso funciona, como ya se ha avanzado, de modo idéntico a como lo hace en estos otros textos. Sin embargo, la protección del consumidor introduce modulaciones, que van más allá de precisiones como la que incluye el art. 135.2 CESL sobre la duración del plazo adicional, y que en

---

253 Así lo estima Možina para los contratos entre empresas (2012e, p. 670).

254 Možina, 2012f, p. 673.

alguna ocasión llegan a suponer mayores problemas que los que tratan de solucionar. Así, la criticada falta de jerarquía de los remedios a disposición del acreedor consumidor, o la previsión de un supuesto más sobre el que basar el remedio resolutorio (la significativa falta de conformidad), que no se prevén para las relaciones B2B, con la consiguiente y temida mayor facilidad para el consumidor de acudir al remedio resolutorio<sup>255</sup>. O, por otra parte, el hecho de que el consumidor no se vea constreñido por un límite de tiempo —el límite de tiempo “razonable” que dispone el art. 119.1 CESL— para efectuar el remedio resolutorio; algo que también se prevé para los supuestos en los que el deudor no hubiera llevado a cabo ninguna actividad tendente al cumplimiento (art. 119.2 CESL), y que, como ha señalado la doctrina, puede dar lugar a que el comprador no notifique la terminación en el entendido de que la otra parte no va a cumplir, y que, pasado mucho tiempo, el deudor termine por cumplir<sup>256</sup>, cuando el interés del comprador pueda ya claramente haber decaído.

Probablemente, el punto más interesante en relación con el retraso, por novedoso, es el relacionado con los intereses de demora. Como se ha visto, el texto parte de un régimen general, expresado en el artículo 166 CESL, que realmente queda como residual, si se tienen en cuenta las variaciones que sobre el mismo establecen los artículos 167 CESL para los consumidores, y 168 y siguientes para las operaciones entre empresas. Así, se parte de una norma general que establece que los intereses se producirán por el mero incumplimiento de la obligación (art. 166), en una formulación al más puro estilo de los textos de modernización pero que, interpretada en su contexto, puede reconducirse a la mora automática. A ésta se superponen dos regímenes distintos entre sí y alejados, a su vez, de lo que se supone que es el régimen general. En primer lugar, para los consumidores se establece un sistema de requerimiento que determina la producción, transcurrido un plazo de 30 días, de los intereses moratorios, en una configuración que cabe relacionar con una mora interpelatoria un tanto *sui generis*, según lo explicado. Mientras que para la contratación entre empresas, en segundo término, se dispone una nueva subdivisión, en función de si se ha determinado el momento para el cumplimiento, en cuyo caso la mora será automática, o no, supuesto en el que se aplica particular mora automática según el modelo ya visto en la normativa comunitaria sobre morosidad. Además de esto, se añade expresamente la posibilidad de excusar el incumplimiento a efectos de la deuda de intereses, lo cual supone una

---

255 Para la doctrina, estas dos circunstancias conjuntas resultan susceptibles de dar lugar a un abuso del remedio resolutorio por parte del consumidor (Gómez Pomar/Gili-Saldaña, 2014, p. 356; Arroyo i Amayuelas, 2016, p. 17).

256 Lando, 2011, p. 728.

importante diferencia con respecto a la principal tendencia observada en los textos de modernización<sup>257</sup>.

En general, puede decirse que se trata de una regulación mucho más garantista para el deudor, sea empresa o consumidor, que la que puede apreciarse en las Propuestas que preceden al CESL; puesto que, incluso cuando nos situamos en el escenario en el que la mora es automática, observamos que, como sucedía en la normativa sobre morosidad, y aunque el tipo de interés sea —como en ésta— elevado, el acreedor debe esperar a que transcurra el plazo marcado por la norma para que los intereses comiencen a devengarse. Y en el caso de los consumidores, por otra parte, no sólo será necesaria la intimación o el aviso de vencimiento, sino que, una vez producida esta comunicación por parte del acreedor, el deudor todavía tendrá otro plazo —en el que teóricamente podría cumplir (tardíamente), siempre que el incumplimiento no fuera ya esencial o irreformable o el cumplimiento, imposible, sin perjuicio de que pudieran darse otros remedios— antes de que los intereses comiencen a devengarse.

Se ha dicho, empero, que el hecho de que se permita al acreedor efectuar esta comunicación con anterioridad al propio incumplimiento o retraso supondría un grado de protección menor que el que otorga la configuración de la mora en nuestro ordenamiento<sup>258</sup>. Y, aunque esto es cierto, seguramente se vea compensado por la previsión, desconocida en nuestro Derecho, de que los intereses no comienzan a devengarse tras la intimación o requerimiento; sino que todavía debe pasar otro plazo de 30 días para que ello suceda, lo que sin duda otorga una ventaja al deudor consumidor del sistema CESL sobre el deudor de la mora tradicional. Ahora bien, debe pensarse también en que este grado alto de protección del consumidor, como ya se ha apuntado con anterioridad, puede dar lugar a efectos no deseados: si las empresas saben que deberán esperar 30 días para la producción de intereses desde la intimación, con total seguridad realizarán este requerimiento anticipadamente, reduciendo con mucho la eficacia de esta previsión. Pero, además, existe también un riesgo de que los costes de estos requisitos adicionales para las empresas terminen por ser repercutidos en los

---

257 *Vid.* arts. 7.4.9 (1) Principios Unidroit, 169 Proyecto Gandolfi, III.-3:708 (1) DCFR. Aunque el art. 78 CISG no es tan claro como los anteriores, disponiendo únicamente que cuando una parte incumple, la otra tiene derecho a intereses, se ha entendido que su orientación de los intereses también es eminentemente objetiva (Jiménez Muñoz, 2009, p. 424). Los PECL, por otra parte, no se refieren a las causas de exoneración en su artículo 9:508 sobre intereses a las que sí se refieren al regular la indemnización por daños (art. 9:501(1)), por lo que cabe inferir que, aunque no se refiera a la cuestión del explícito modo en el que lo hacen los Principios Unidroit o el DCFR, también dispondría un sistema de devengo de intereses de naturaleza objetiva.

258 Zurita Martín, 2014, p. 2367.

consumidores<sup>259</sup>, amén de comprometerse, de manera general, la propia elección del uso del CESL.

En todo caso, esta particular caracterización del retraso podría cualificar a esta figura como una mora del deudor, como decimos, particular, con muchos elementos habituales en la mora tradicional típica de ordenamientos como el español, y algunas interferencias de la configuración que de esta figura hace, con los matices expresados, la normativa sobre morosidad.

A la postre, podemos coincidir plenamente con la opinión doctrinal que sostiene que, aunque la regulación del CESL sobre esta materia no plantearía, en principio, problemas de compatibilidad con el ordenamiento español, el carácter enrevesado de su redacción y la falta de técnica legislativa que se detecta en más de una oportunidad, sumado al hecho de que se recogen nada menos que tres regímenes distintos en materia de intereses, da como resultado un texto que destaca, desde luego, por su falta de claridad y difícil inteligencia<sup>260</sup>. Y esto, al margen de las cuestiones que hemos señalado como irresueltas por el texto.

Si se piensa bien, estaríamos ante un régimen general de mora automática —por el contexto, aunque para algunos podría tratarse de mero retraso relevante<sup>261</sup>— (art. 166 CESL, y tal vez también para la indemnización en las no pecuniarias), otro distinto para los consumidores, con mora interpelatoria (art. 167), y un complejo sistema para las relaciones entre empresas, en el que habría de dirigirse al régimen general de mora automática para deudas que no respondieran al ámbito de aplicación del artículo 168 CESL, y un doble sistema, según el caso, para las deudas que a las que sí fuera aplicable el art. 168 CESL: mora automática tradicional para las obligaciones a plazo, y mora automática sujeta a plazo previo de cumplimiento (al estilo de la normativa sobre morosidad) para las obligaciones sin momento de cumplimiento identificable.

Como se ve, un panorama que está muy lejos de lo que sería deseable en una regulación que se pretende sea manejable y accesible, incluso, para la generalidad de los

---

259 Možina, 2012d, p. 666.

260 En este sentido, Zurita Martín, que opina que las deficiencias en materia de técnica legislativa son particularmente incidentes en este apartado, lo que “no hace sino enmarañar aún más el tema en estudio” (2014, pp. 2373, 2377, 2378).

261 Podría defenderse, dado que este texto se inserta en la corriente de nuevas tendencias que dispone un nuevo modelo de incumplimiento, que estaríamos ante un mero retraso relevante. Sin embargo, el hecho de que en el mismo sistema tengamos —sin duda— una mora (de hecho, varios regímenes de mora, según lo explicado) nos lleva a concluir con mayor coherencia que se trataría de un supuesto de mora automática por previsión de la norma. Lo mismo se puede decir de las obligaciones entre empresas a las que no resulte aplicable el artículo 168.

consumidores; aunque en sentido contrario puedan señalarse algunas opiniones favorables vertidas en relación con este sistema<sup>262</sup>.

Por lo demás, el CESL es un texto para el que se tenían grandes expectativas. Esto lo confirma el hecho de que se haya considerado como “el texto de referencia para el Derecho europeo de contratos”<sup>263</sup>, o, desde luego, como el último hito del Derecho de obligaciones y contratos europeo en materia de protección de los consumidores<sup>264</sup>, entre otras cosas, como sabemos, por conseguir aunar los regímenes aplicables tanto para las operaciones entre empresas, como para las operaciones de consumo<sup>265</sup>; aunque, como contrapartida, se refiera sólo a la compraventa<sup>266</sup>.

Con todo, la valoración final sobre la regulación que propone el texto ha resultado ser mixta entre la doctrina, con una serie de puntos bien identificados que requerirían de una mejora si el texto se destinara a ser aprobado por la Unión Europea como Derecho vigente<sup>267</sup>, aun opcional. Y, desde luego, hay que reseñar que el CESL no parece haber cumplido con las expectativas que en su día generó. Más allá de que su relevancia tanto en la práctica como en el ámbito académico haya sido limitada, su trascendencia en su condición de *promesa* como proyecto de unificación del Derecho de contratos europeo ha recibido algunos varapalos importantes en los últimos años, minimizando su trascendencia considerablemente.

En efecto, su ámbito de aplicación se vio reducido a los contratos a distancia y los contratos online en virtud, en primer lugar, de la Resolución de 26 de febrero de 2014 del Parlamento Europeo<sup>268</sup>, terminando por quedar sustituido por dos Propuestas de

---

262 Así, Lando, en relación con el art. 168 CESL (2011, p. 722), aunque al mismo tiempo cuestiona la urgencia de la aprobación del CESL, existiendo la CISG (con la que se solaparía y habría de armonizarse), y entendiendo que sería más necesario, en todo caso, un instrumento no constreñido únicamente a la compraventa (pp. 719, 722).

263 Éstas son las palabras de Zimmermann, que entendió que la importancia del texto habría de ser independiente, incluso, de su verdadera relevancia práctica: “At the moment, it is imposible to assess what practical relevance it is likely to have. But even if the practical relevance may be very limited, the CESL is set to establish itself as *the* reference text for European contract law” (2014, pp. 196-197).

264 Esteban de la Rosa/Olariu, 2013, pp. 4, 27, 28.

265 Velasco San Pedro, 2013, p. 474.

266 En este sentido, Lando, que además añade que “the Proposal is a far cry from a Regulation on a European Contract Code replacing the national laws and covering the general part and specific contracts” (2011, p. 728).

267 Esto mismo lo decía Arroyo i Amayuelas (2014, p. 228). Vid. también las críticas de Valpuesta Gastaminza, 2013, pp. 199, 211, 214-216.

268 Oliva Blázquez, 2014, p. 53.

Directivas dirigidas a disciplinar el suministro de contenidos digitales a los consumidores, por una parte, y la compraventa de artículos en línea también en relación con los consumidores<sup>269</sup>. Por ello, y aunque siga siendo un texto ciertamente válido como objeto de estudio, parece que podría afirmarse que el CESL ha perdido su potencialidad en cuanto a instrumento de aplicación general, así como gran parte de la influencia académica que, precisamente a resultas de este aspecto, auguraba tener<sup>270</sup>.

### III. El Anteproyecto de Código Mercantil

Es procedente realizar, aunque sea brevemente, una referencia a las Propuestas que en el ámbito mercantil se han sucedido en los últimos años dirigidas a la publicación de un nuevo Código Mercantil.

Propuestas en este ámbito las hay varias, destacando, por su importancia, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014, sin perjuicio de una Propuesta posterior, fechada en 2018, que, de todos modos, en la materia que nos ocupa reproduce un contenido esencialmente idéntico; lo que también puede decirse de la Propuesta de 2013.

El interés que la referencia al ACM tiene se debe a un aspecto concreto, y a otro general: en cuanto al primero, se ha de considerar que los redactores de este texto han estimado que el Derecho de consumo forma parte de las materias que un hipotético Código Mercantil debiera regular, por lo que hay evidentes puntos de choque con una normativa —la de consumo— que, en principio, se aloja en normas de carácter civil. Y, en segundo lugar, estos textos, como toda propuesta de modernización que se publique —aún más, si es en nuestro ordenamiento— puede servir como fuente de inspiración en materia de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, aunque ésta se refiera, eminentemente y *a priori*<sup>271</sup>, a materias que quedarían fuera de nuestro ámbito de interés.

---

269 Véanse las referencias introducidas por Arroyo i Amayuelas, quien además refiere explícitamente que, a través de estas Propuestas, la Comisión “ha dejado atrás el CESL”, toda vez que, más que una modificación de dicho texto (que era lo que, en principio, se proponía), estas Propuestas “ni son ya reglamentos, ni son opcionales, ni tienen tampoco aplicación exclusiva al comercio transfronterizo”; reseñando también las opiniones mixtas que este *reemplazo* ha suscitado (2016, pp. 2, 4. Véase la obra completa para consulta del análisis de ambas Propuestas, así como de las diferencias que entre éstas y el CESL existen).

270 *Vid.* Beale, 2016, pp. 6, 7; Arroyo i Amayuelas, 2016, pp. 2, 4.

271 No son pocos los autores que han destacado la extralimitación en la que incurre al ACM al regular cuestiones que pertenecen de manera clara al sector civil de la contratación. Por todos, *vid.* Gete Alonso-Calera, 2014, en particular, pp. 42-63; García Rubio, 2014, pp. 10 y ss. y 2015, pp. 12 y ss.; Alfaro Águila-Real, 2015, pp. 19-26; Bercovitz Rodríguez-Cano, 2015, pp. 1241 y ss. También debe verse, a este respecto, el *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado*

## 1. El contenido del ACM en materia de retraso

Como se ha avanzado ya en el epígrafe en el que se ha examinado la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales, el ACM acierta al incluir una *doble regulación de la morosidad*: así, por un lado, mantiene en el texto el régimen que sería aplicable a la generalidad de las obligaciones mercantiles, mientras que, por otro lado, hace referencia a la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales, respecto de la cual realiza un buen número de remisiones a la Ley 3/2004<sup>272</sup>.

Cabe añadir, en relación con este último aspecto, que la técnica consistente en incluir únicamente en el cuerpo del proyectado Código una formulación general de cada una de las cuestiones que se regulan en la Ley 3/2004, para después remitir al lector a la legislación especial, al margen de no haber recibido una valoración positiva por parte de la doctrina<sup>273</sup>, implica que el contenido del ACM no sustituiría en ningún caso, al menos en la formulación presentada, a la propia LLCM, que mantendría, por tanto, toda su vigencia<sup>274</sup>.

En relación, en primer lugar, a la Sección que a la *morosidad en operaciones entre empresarios y operadores del mercado* dedica el ACM, según indica tanto la rúbrica de la Sección, como el artículo 418-4 (1)<sup>275</sup>, se observa que ésta sigue unos

---

*Código Mercantil* n.º 837/2014, y las *Alegaciones a la propuesta de Código mercantil* hechas por el Grupo ACTUALIZA (Grupo para la Reforma y Actualización del Derecho Privado en España) (2014, pp. 219-225) (estas últimas, a propósito de la Propuesta de 2013, pero reproducibles respecto al ACM).

272 Miranda Serrano, atendiendo tanto al hecho de que el artículo 418-4 se refiera, de una forma un tanto genérica, a “la ley por la que establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales”, como a que no haya mención al respecto en la Disposición Derogatoria única del Anteproyecto, extrae que también habría que entender incluida en esta expresión a la LOCM (2015, p. 1525), cuyos arts. 16 y 17, a diferencia de otros del mismo cuerpo legal, no quedan afectados por la mencionada Disposición. En el mismo sentido, Feliu Rey, 2015, p. 1357.

273 Miranda Serrano, 2015, pp. 1532, 1533. En efecto, Si lo que se pretende con la aprobación de un nuevo Código Mercantil es, precisamente, luchar contra la dispersión normativa y aportar una mayor seguridad jurídica al tráfico mercantil, poco sentido tiene mantener una normativa especial —aún más, si ésta es doble, teniendo en cuenta que la LOCM también regula la morosidad en relación con las operaciones que forman parte de su ámbito de aplicación, para las que funciona como ley especial con respecto a la propia LLCM—, en lugar de regular el régimen al completo en el propio Código.

274 Alonso Ledesma, 2014, p. 313. Resulta llamativa la comparación con otras Propuestas mercantiles anteriores, en las que se incluía expresamente a la LLCM en su Disposición Derogatoria (y no así los arts. de la LOCM relacionados con la morosidad) (Miranda Serrano, 2015, p. 1525; Feliu Rey, 2015, p. 1358).

275 Se trata de una forma curiosa de caracterizar a estas obligaciones, cuya descripción es mucho más específica en la propia normativa sobre morosidad, habida cuenta de que el ACM tiende a considerar que operadores del mercado son todos los sujetos a los que se aplica el texto, que,



patronas prácticamente idénticos a los ya vistos a propósito de la Ley 3/2004, y que además ya se han comentado. Cabe simplemente recordar que en estas remisiones, recogidas en los artículos 418-4 a 418-6, es posible reconocer, de nuevo, el carácter de mora automática muy particular de esta regulación, así como la previsión, extraña —*a priori*— a la LLCM, de la necesidad de un retraso culpable para la indemnización por los costes de cobro, según lo dispuesto por el artículo 518-5 (2). Por lo demás, puede puntualizarse que no queda muy claro, a la vista del precepto, si esa culpabilidad se exigiría únicamente respecto de los 40 euros que se fijan como mínimo en este concepto, o si sería precisa su concurrencia, asimismo, para la cantidad que excediera a ésta, también en concepto de costes de cobro, pareciendo que la literalidad del artículo se refiere a la primera de las opciones.

Pasando a examinar el contenido concreto de las medidas que se proponen, y por lo que respecta, en primer lugar, a los preceptos propios del *régimen general* con relevancia en materia de retraso, una de las primeras novedades que llama la atención es el hecho de que no existe un artículo que reproduzca el contenido del vigente art. 62 CCom. De este modo, cabe entender que la cuestión se reconduce al art. 1113 CC<sup>276</sup>, sobre la exigibilidad de las obligaciones puras, y que en cierto sentido supone una solución más sencilla a la cuestión que el art. 62 CCom, que ha recibido distintas interpretaciones por parte de la doctrina<sup>277</sup>. Por el contrario, el contenido del actual art. 63 CCom se mantiene en el artículo 418-1 ACM 2014, con una formulación ligeramente distinta que no parece suponer cambio alguno más allá de la relevante mejora que supone la mayor flexibilidad en torno a la forma del requerimiento moratorio, puesto que se prevé simplemente la interpelación o la “reclamación de la protesta de daños y perjuicios” por parte del acreedor, sin mayores matizaciones<sup>278</sup>.

A partir de aquí, se observan modificaciones de importancia con respecto al régimen actualmente contenido en el CCom, que encuentra un desarrollo mayor en el ACM.

---

como se ha dicho anteriormente, en ocasiones se refieren a tipos contractuales que claramente tienen carácter civil. Es todavía más llamativo si se tiene en cuenta que, en una decisión muy controvertida, el ACM también incluye las operaciones de consumo en su regulación, a pesar de que estas relaciones quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 3/2004, a las que esta Sección se refiere.

276 Lo cual no sería extraño a la práctica, toda vez que ya se ha detectado una aplicación del art. 1113 CC a supuestos mercantiles (*vid.* Martín Rodríguez, 2006, pp. 127-130).

277 *Vid.* Díez-Picazo Giménez, 1996, pp. 550-551, y 2002, p. 1714

278 En opinión de Miranda Serrano, la supresión de un requerimiento efectuado por vía notarial o judicial se ha de juzgar positivamente, puesto que se trata de requisitos que no se concilian nada bien “con el ritmo rápido del tráfico mercantil” (2015, pp. 1520, 1535).

Así, la parte dedicada a las disposiciones generales sobre la *morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles*, junto al artículo que reproduce el contenido del actual artículo 63 CCom<sup>279</sup>, alberga otros dos preceptos, dedicados, respectivamente, a las *consecuencias del retraso en el cumplimiento* (art. 418-2) y al *efecto de la mora en las deudas dinerarias* (art. 418-3). Pues bien, esta división causa cierta sorpresa porque, atendiendo al primero de los preceptos, podrá observarse que también se dedica a disciplinar la morosidad en el ámbito de las obligaciones pecuniarias.

Puede verse, en efecto, cómo el párrafo primero del art. 418-2 indica que el retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria obliga al pago de intereses (al interés legal del dinero, en concreto), salvo que se haya pactado lo contrario, y ello con independencia de que el retraso le sea o no imputable; mientras que el segundo párrafo del mismo artículo va dirigido a las obligaciones dinerarias que constituyan indemnización del incumplimiento de una obligación no pecuniaria, respecto de las cuales responde idéntica norma en relación con el deber de pago con independencia de la imputabilidad del retraso al deudor, precisando, además, que los intereses serán calculados sobre *el valor de mercado de la obligación no pecuniaria incumplida*, en una elección de política legislativa que puede resultar interesante.

Se aprecia, pues, que este artículo se refiere, claramente, bien a las deudas pecuniarias, bien a los efectos pecuniarios —la indemnización— de una obligación no pecuniaria, por lo que bien podría (como mínimo, el primer párrafo) haberse incluido en el segundo de los artículos citados, el 418-3<sup>280</sup>.

Por lo que hace a este último, se dedica básicamente a reproducir la norma contenida en el art. 8 de la Ley 3/2004 en relación con la indemnización de los costes de cobro; si bien aquí habla de una *compensación razonable por todos los costes de cobro*, respecto de los cuales se prevé que *respetarán los principios de transparencia y proporcionalidad respecto de la deuda*, sin que se determine, como hace la LLCM, un coste fijo resarcible de 40 euros, ampliable a través de prueba destinada a tal efecto<sup>281</sup>.

---

279 El hecho de que el artículo 418-1 ACM se encuentre en este apartado, por lo demás, puede dar lugar a que nos cuestionemos si la regla del día siguiente al del vencimiento como el momento en que comienzan a devengarse los efectos de la morosidad no sería ya aplicable a las obligaciones sometidas a la Ley sobre Morosidad, toda vez que, si se hubiera querido aplicar a todos los contratos mercantiles, seguramente se hubiera debido formular en primer lugar y sin incluirlo en ninguno de los dos apartados dedicados al régimen general y al régimen de la LLCM. En todo caso, parece que este resultado podría ser posible también bajo la vigencia de la Directiva, por lo que la misma norma se aplicaría, de un modo u otro, a ambos regímenes.

280 En sentido similar, Miranda Serrano expresa que ambos preceptos se refieren a las consecuencias de la morosidad en las obligaciones pecuniarias (2015, p. 1535).

281 En realidad, esta redacción parece estar inspirada por la que originalmente podía verse en el art. 8 LLCM. Para Miranda Serrano, la necesidad de transparencia debe relacionarse a la debida

Por último, se liga la posibilidad de compensación de estos costes a la *responsabilidad* en el retraso del deudor; respecto a lo cual cabe reproducir los comentarios que ya vertimos a propósito de idéntica redacción contenida en la Ley sobre Morosidad<sup>282</sup>, amén de poner de manifiesto la distinta formulación entre lo previsto por este precepto para estos daños, y la *culpabilidad* que expresamente exige el artículo 418-5 (2) ACM, en sede de *morosidad en operaciones entre empresarios*, utilizando los términos del Anteproyecto.

Pues bien, al margen de la disfuncionalidad que supone que el artículo dedicado a las *consecuencias del retraso en el cumplimiento* se dedique a las obligaciones pecuniarias, y que este contenido no se recoja en el artículo específicamente dedicado a estas obligaciones —además de que no se indique nada respecto a otro tipo de obligaciones, que cabe suponer se registrarán por el Código Civil como cuerpo legal supletorio—, lo que más llama la atención es el hecho de que para el régimen general se proponga un sistema de responsabilidad absolutamente objetivo. En este sentido, se prevé el pago de intereses sea el retraso imputable o no al deudor y sin posibles causas de exoneración, en contraste con lo que dispone la Ley 3/2004, que también permite al deudor evadir el pago de intereses (así como de los costes de cobro, como también recoge el art. 418-3 para la generalidad de las obligaciones) ante la falta de *responsabilidad* del deudor respecto del retraso, lo que sin duda supone una causa de exoneración que será más o menos objetiva<sup>283</sup>, pero que no se contempla en el ACM con respecto al resto de obligaciones. Esto supondría, como es evidente, una diferencia de trato entre la posible excusabilidad del incumplimiento en el ámbito de las obligaciones pecuniarias, en función de si se sujetan a un régimen u otro, que no ha sido bien recibida por la doctrina, por resultar difícilmente justificable<sup>284</sup> (aún más, si se piensa que las normas relativas a la morosidad en las operaciones comerciales habrían de resultar más favorables para el acreedor).

---

acreditación de los costes de cobro, mientras que el principio de proporcionalidad requiere una adecuación entre la compensación que se reclame por el acreedor y la deuda incumplida por el deudor (2015, p. 1523).

282 *Vid. supra* apartado I.3.3.1.B.

283 Dice Miranda Serrano que las causas de exoneración previstas en la LLCM no son subjetivas, pero tampoco completamente objetivas, precisamente porque admiten la excusabilidad del retraso (2015, p. 1533). Yendo, incluso, más allá (hasta una posible inclusión de la culpabilidad como criterio de imputación), ya hemos consignado con anterioridad nuestras dudas en relación al significado concreto de la expresión utilizada por la norma para aludir a esta cuestión, entendiendo posible no sólo que el sistema no fuera enteramente objetivo (que no lo es, en la medida en que admite causa de exoneración para los intereses), sino también que pudiera ser de corte subjetivo.

284 Miranda Serrano, 2015, p. 1534.

También se ha destacado que la regulación de las obligaciones pecuniarias en las disposiciones generales dispondría una mora automática<sup>285</sup> y sin necesidad, por tanto, de interpelación; lo cual nos parece que provocaría un alejamiento todavía mayor con respecto a la LLCM, teniendo en cuenta la existencia del plazo en las obligaciones sujetas a ésta (con independencia de que se defienda la mora de dicha Ley como automática). Se trata de una cuestión que, por lo demás, no es extraño encontrar entrelazada con la relativa a la responsabilidad objetiva o subjetiva por el retraso. A este respecto, y aunque —sobre todo, en los orígenes de la mora— no es extraño que una y otra se hayan relacionado<sup>286</sup>, nos parece que, llegados a este punto, sería posible separar una y otra cuestión y configurar, en este caso, unos intereses por retraso que no sólo no dependieran de culpa, sino que fueran absolutamente objetivos, en el sentido de que su devengo fuera provocado por la falta de cumplimiento puntual, al tiempo que se pudiera fijar un sistema de mora interpelatoria, de tal forma que ese incumplimiento por retraso se diera sólo una vez el acreedor reclamara el cumplimiento al deudor.

Aunque lo más respetuoso tanto con la tradición, como con los textos modernizadores que han servido como inspiración de este texto (en particular, la CISG o los Principios Unidroit), sería entender que las consecuencias del retraso, individualizadas en el devengo de intereses, son automáticas, lo cierto es que esta cuestión concreta no está excesivamente clara si se atiende a la letra del Anteproyecto. Y ello porque no se establece excepción expresa al respecto, lo cual debería llevarnos a concluir que también a estas obligaciones se aplica lo dispuesto en el art. 418-1. La automaticidad de la mora dependería, como en la generalidad de las obligaciones, de que la obligación fuera o no pura. Esto es coherente con la idea de que las obligaciones dinerarias supondrán un buen número de las que se den en la práctica (por lo pronto, en todas las recíprocas no sujetas a la LLCM), por lo que sustraerlas de la previsión general del art. 418-1 ACM podría provocar que ésta adquiriera un carácter un tanto residual.

En sentido contrario, puede observarse que el art. 418-2, apartado primero, no habla de mora para las pecuniarias, sino de retraso (“el retraso del deudor (...) sea o no imputable a él le obliga a satisfacer el interés”), al tiempo que el apartado segundo es todavía más específico diciendo que los intereses se devengarán desde el momento del incumplimiento, estableciendo, además, un claro paralelismo con el apartado primero al decir que estas obligaciones “devengarán *también* intereses desde el momento de su incumplimiento” (la cursiva es nuestra), por lo que, verdaderamente, cabe entender que éste es el régimen aplicable a todas las obligaciones regidas por dicho artículo.

---

285 *Ibíd.*, pp. 1521, 1522.

286 *Vid. supra* Cap. II.

Quizá este último aspecto pudiera reconducir al propio artículo 418-1 ACM, si se piensa que en un sistema que mantiene la mora del deudor, las obligaciones puras necesitarán de un requerimiento para entenderlas incumplidas<sup>287</sup>, mientras que para las obligaciones a plazo ya dispone el propio artículo reseñado que los efectos de la morosidad se devengarán automáticamente, a partir del día siguiente al del vencimiento de la obligación; momento a partir del cual podemos también entender producido el incumplimiento<sup>288</sup>. Por lo que, en todo caso, se seguiría dando cumplimiento —y aplicando— a la regla general contenida en el art. 418-1 ACM, aunque seguiría existiendo una duplicidad de regímenes, no ya en función de que nos encontráramos ante una obligación pecuniaria o no, sino según si la obligación fuera o no pura. Sin embargo, esto podría ir en contra de la llamada al “retraso” y no a la “mora” del art. 418-2 (sobre todo, el primer párrafo) —y, por supuesto, también de las nuevas tendencias, aunque el ACM no demuestra seguir las fielmente—, donde podría parecer que se quisiera instaurar un sistema de mero retraso relevante. Sin duda, una aclaración sería precisa en este punto; aunque, puestos a tratar de explorar esta vía, no debe perderse de vista la posibilidad más que probable de encajar esta previsión en la mora automática por designación legal.

Al margen de la resolución de esta cuestión, es inexcusable señalar un olvido de la Propuesta, que es el relativo a las obligaciones que, dentro del régimen general, no sean de tipo pecuniario: respecto a éstas, no es posible saber exactamente a qué régimen de responsabilidad se sujetarían, puesto que el texto no se refiere a ellas en particular en ningún punto. No se indica, por tanto, si se basarían en la culpabilidad, un sistema de responsabilidad objetiva no rígido que contemplara causas de exoneración (que sería lo más apegado a las nuevas tendencias en esta materia), o un sistema objetivo rígido como el que se propone para las pecuniarias. Se trata, nos parece, una laguna de relevancia, que habría de ser revisada de aprobarse eventualmente el texto como Código.

---

287 Esto mismo lo decía, desde una perspectiva general, Díez-Picazo Giménez (2009, pp. 309, 310). Como matizamos *infra* Cap. VI, apartado I.1, es posible observar diferencias con respecto a los sistemas de mero retraso relevante en torno a esta precisa cuestión.

288 Todavía se podría discutir si el incumplimiento se entiende producido a partir del día siguiente al del vencimiento, o el propio día en el que el vencimiento se produce, lo cual determinaría que, de considerar que las obligaciones pecuniarias se sitúan extramuros de la previsión del art. 418-1 ACM, los efectos de la morosidad podrían darse desde el mismo día en que la obligación vence. No obstante, parece más lógico entender que este artículo es aplicable, teniendo en cuenta que suele estimarse que el deudor necesita de un plazo mínimo razonable para cumplir, que podría darse, teniendo en cuenta que el plazo anterior puede ser útil al deudor a efectos de preparación de la prestación, entre el día del vencimiento y el día siguiente, a partir del cual ya se reputaría incumplida la obligación a efectos de la morosidad. Sin perjuicio de lo dicho, es posible que esta afirmación pudiera ser matizada en función del tipo de plazo (o término) ante el que nos encontráramos.

Por lo demás, la regulación contenida en el ACM deja otras muchas cuestiones irresueltas, que habrían de provocar dudas sin perjuicio del recurso al Código Civil cuando proceda. Yendo más allá de los debates tradicionales que en torno a la figura de la mora se sustentan, se aprecia que no se han resuelto algunas cuestiones escamosas típicamente mercantiles, como es, sobre todo, la complicada relación entre la Ley sobre Morosidad y la LOCM. De igual modo, tampoco se hace pronunciamiento expreso en relación a la posibilidad de una indemnización de los daños causados por el retraso que supere los intereses y los costes de cobro, ni en el régimen de mora general, ni en el apartado dedicado a los supuestos incluidos en el ámbito de la LLCM. Probablemente, la cuestión puede estimarse resuelta si se considera que se establece, en general, el derecho a la indemnización de daños y perjuicios como remedio frente al incumplimiento (art. 417-2 (3)), que es compatible incluso con el derecho de subsanación del deudor (que se entiende preferente a la mayor parte del resto de remedios, salvo en caso de incumplimiento esencial, según el art. 417-2 (1) ACM), aunque no exista una definición de incumplimiento que expresamente contemple al retraso o a la mora como categoría de incumplimiento; aspecto en el que se aleja de otros textos de modernización.

Además de esto, puede resultar llamativo que este derecho se puntualice de manera expresa en relación con algunos contratos particulares (pero no en todos los que regula el ACM). Esto se hace, por ejemplo, y en relación con un tipo contractual en el que los retrasos adquieren una marcada importancia, para las ventas con precio aplazado, en las que se prevé que el acreedor pueda cobrar, además de los dos conceptos recién citados, también *la indemnización de los daños y perjuicios que procediere conforme a la legislación civil y mercantil* (art. 512-11.1.a)); previsión respecto a la cual se ha considerado que supera el debate que en torno a la posibilidad de indemnización del mayor daño<sup>289</sup>.

Así y todo, parece que no habría habido ningún impedimento para que esta cuestión se abordara al hablar de la morosidad en general, si se consideran tanto las dudas que esta cuestión ha suscitado, también en el propio ámbito de la LLCM, como el hecho de que el retraso o la mora no se declaren expresamente como incumplimientos capaces de dar lugar a la aplicación de los remedios frente al incumplimiento, y, entre ellos, al de indemnización de los daños y perjuicios.

---

289 Feliu Rey, 2015, pp. 1367, 1368.

## 2. Algunas conclusiones que pueden extraerse de la regulación del retraso en el ACM

Tras todo lo dicho, y sin ánimo de profundizar excesivamente en una propuesta cuyo ámbito de aplicación se aleja un tanto del tipo de relaciones que nos ocupan, cabe llegar a tres conclusiones principales.

En primer lugar, que el ACM daría lugar a una multiplicidad de regímenes (ACM, LLCM, LOCM, sólo en el ámbito puramente mercantil, al que habrían de sumarse las normas civiles, amén de las particularidades que presentan algunos supuestos concretos<sup>290</sup>) que podría dar lugar a un panorama, según lo visto, todavía más complejo que el actual; cosa que, además de ser susceptible de provocar un buen número de problemas interpretativos y aplicativos, iría ciertamente en contra de las nuevas tendencias, que, en general, sugieren sistemas más sencillos y unificados, así como en contra de la propia seguridad jurídica que ha de requerirse a una normativa que regule cuestiones de tanta relevancia.

En segundo término que, como ha puntualizado la doctrina<sup>291</sup>, se llega al chocante resultado de que el régimen general dispuesto para los contratos mercantiles sería mucho más exigente para con el deudor que el dispuesto por la Ley de lucha contra la morosidad, lo cual desvirtuaría por completo el objeto de dicha norma especial.

Y en tercer lugar, se aprecia que el sistema propuesto por el ACM mantiene claramente la figura de la mora del deudor entre sus postulados; tanto para el régimen general (al margen de lo que pueda discutirse en torno a las obligaciones pecuniarias), en el que parte de un sistema de mora que será automática para las obligaciones a plazo e interpelatoria para las puras, como para el sometido a la Ley 3/2004, respecto de la cual ya se ha dicho con anterioridad que nos encontrábamos ante una mora automática ciertamente *sui generis*, pero mora, al fin y al cabo. Por ello, y aun con las especialidades y dudas que presenta, parece que cabe encuadrar este texto entre aquéllos que conservan la mora del deudor en los sistemas que la establecen o proponen, especialmente si se aprecia que, aunque sea para un cierto tipo de obligaciones o contratos, la mora interpelatoria mantiene plena vigencia en el sistema propuesto.

---

290 Por ejemplo, en el caso de las ventas con precio aplazado, en las que se ha entendido que se requiere una mora automática para la que se establecerían unos requisitos más específicos que los generales para la misma, entre otras precisiones de interés en relación con esta materia; como, por ejemplo, que se requiera una interpelación del acreedor en la que se exija el pago para el vencimiento anticipado de los plazos restantes ante el incumplimiento, en una solución desconocida para la LVPBM, o que se haya considerado que, en esta materia particular, sí se concedería la indemnización del mayor daño (*vid.* Feliu Rey, 2015, pp. 1365 y ss.).

291 *Vid.* Miranda Serrano, 2015, p. 1534.

Ahora bien, teniendo esto en cuenta, y observando, asimismo, que se ha querido importar el sistema que en la generalidad de los textos modernizadores se arbitra en torno al nuevo concepto de incumplimiento y, con él, el sistema de remedios, es evidente que se destapan importantes dudas en torno al funcionamiento del retraso y sus implicaciones, porque, o bien conservamos una mora —que en unos casos es automática, como decimos, pero en otros no lo será—, o bien adoptamos un sistema de mero retraso relevante, como el que se aprecia en los textos mencionados, en el que la mora pierde toda relevancia y el mero retraso es suficiente para desplegar, en abstracto, cualquier consecuencia jurídica asociada al retraso.

Si en este supuesto nos encontramos, como así parece, ante el primero de estos dos casos, resulta evidente que existe una necesaria tarea de coordinación con el nuevo paradigma de incumplimiento y su sistema de remedios que no parece haber sido llevada a cabo en el texto del ACM (como también se ha destacado anteriormente respecto de la PCC), y que sin duda debería abordarse de pretenderse la aprobación del mismo como Derecho vigente. Destacadamente, esta labor de coordinación habría de tener en cuenta la previsión del artículo art. 417-2.2 ACM que, en claro contraste con lo que dispone el art. 61 del vigente CCom (la no aceptación general de los plazos de gracia, cortesía o similares<sup>292</sup>), prevé la posibilidad para las partes de otorgar un plazo adicional razonable para el cumplimiento que, según el artículo, tendría lugar “en cualquier supuesto de incumplimiento”<sup>293</sup>, sin perjuicio de la existencia de previsiones similares para contratos en particular<sup>294</sup>. Como se ve, se introduce también la figura del

---

292 Dice el artículo que no se reconocerán los plazos (en realidad, “términos”), independientemente de su denominación, dirigidos a diferir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, salvo que las partes los hubieren prefijado en el contrato o que éstos se apoyaren en *una disposición terminante de Derecho*. Se ha de considerar que la previsión del art. 417-2.2 ACM sustituiría a la del art. 61 CCom, no existiendo ya un precepto similar a este último en el texto del Anteproyecto.

293 Esta redacción vendría a solucionar la de versiones anteriores de estas Propuestas mercantiles, en las que podía existir cierta duda causada por el hecho de que en sede de resolución esta solución se vinculara únicamente al supuesto de retraso, sin perjuicio de que también se mantuviera la fórmula del precepto referenciado (*vid.* Fenoy Picón, 2011, p. 1591).

294 Del mismo modo, y para el caso de la venta con precio aplazado, se prevé que el juez pueda, “con carácter excepcional y por justas causas, señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio de los nuevos aplazamientos de pago” (art. 512-11.2); en una previsión que sin duda tendría, también, incidencia respecto a la morosidad en su planteamiento general, y que ya se observa en la actual LVPBM (en su artículo 11); si bien, como refleja Feliu Rey, su aplicación práctica ha sido reducida (Feliu Rey, 2015, p. 1371). El mismo autor, realizando una comparativa con el art. 1124.3 CC, con el que —a la vista salta— esta previsión tiene claros paralelismos, indica que el art. 512-11.2 ACM se distingue de aquél en que no es una norma únicamente enfocada al *favor contractus*, sino, además de esto, también al *favor debitoris*. Al mismo tiempo, el precepto del ACM no sólo faculta al juez o Tribunal a ampliar el plazo, sino que también le permite imponer nuevos recargos. Y, por último, esta facultad podría ser ejercitada con anterioridad al propio incumplimiento, precisamente, para



plazo adicional, en una previsión que, por otra parte, se ha considerado que no debería regularse en un texto de la naturaleza del ACM, por componer parte de las bases de las obligaciones contractuales<sup>295</sup>.

A la postre, el texto parece entremezclar mecanismos de la tradición con aquéllos otros venidos de los textos de modernización, pero que no siempre resultan bien coordinados o adaptados, existiendo muestras claras de principios que parece que no encajan con la susodicha importancia del factor tiempo en el ámbito comercial; sobre todo, en comparación con las Propuestas civiles, mucho más próximas a las soluciones de las nuevas tendencias. Así lo demuestra el hecho de que se requiera la responsabilidad (art. 418-3), imputabilidad (art. 418-5 (1)), o, sobre todo, la *culpabilidad* del deudor (art. 418-5 (2)) para la producción de algunas de las consecuencias de la morosidad; o, incluso, en el hecho de que se haya elegido —insistimos, en materia mercantil o comercial— mantener la figura de la mora, en lugar de haber optado por un modelo de mero retraso relevante general, como el que se aprecia en la generalidad de los textos de modernización en los que resulta lógico pensar que el Anteproyecto habría debido mirarse.

En estos puntos, el ACM se desmarca, sorprendentemente, de las nuevas tendencias en materia de obligaciones y contratos, detectándose una falta total de sintonía con éstas, así como una cierta incoherencia entre las características que se habitualmente predicán de la contratación profesional y las soluciones escogidas.

---

evitar dicho incumplimiento, resultando que “su ejercicio por parte del comprador y su aplicación por parte de Jueces y Tribunales (...) podrá ser una vía para evitar la aplicación de los intereses de la LLCM”, entre otras cosas, porque la modificación del plazo supone una novación de la obligación, determinando de que el deudor no entrará ya en mora (p. 1370). Cabe preguntarse si esto mismo podría decirse de la previsión más general del art. 417-2 (2) ACM, reseñado en el texto, lo cual arroja serias dudas dado que dicho precepto se refiere expresamente al incumplimiento, por lo que es posible presumir que éste ya se habría producido. En ese caso (así como en el de que, en sede de compra aplazada de bienes muebles, el nuevo plazo se concediera con posterioridad a un primer incumplimiento), la dádiva de nuevo plazo —no hablamos ya de su extensión, si ya se ha incumplido, puesto que ya habría finalizado el plazo de cumplimiento inicial— determinaría la suspensión en el devengo de intereses, así como de otros efectos del incumplimiento o remedios frente a éste. Sin embargo, hay que tener presente que el plazo adicional derivado del mecanismo *nachfrist* se reviste de unos efectos distintos a los de otros aplazamientos, como tendremos ocasión de ver más adelante, por lo que no sería posible asimilar las consecuencias de unos y otro en todo caso (*vid. infra* Cap. VII, apartado II.3.2.1).

295 Fenoy Picón, 2015, pp. 1036, 1037.



## Capítulo VI. Delimitación de los mecanismos que permiten dar eficacia al retraso en el cumplimiento

**Sumario:** I. LOS MECANISMOS ACOGIDOS EN LOS TEXTOS DE MODERNIZACIÓN: 1. El mero retraso relevante; 2. La mora del deudor en su concepción tradicional; 3. La mora del deudor según la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales y otros modelos mixtos que la siguen; 4. La mora del deudor como requisito de acceso a los remedios; 5. El *nachfrist*. II. PUNTOS DE CONEXIÓN Y DIVERGENCIA ENTRE ESTOS MECANISMOS: 1. La relación entre la *nachfrist* y la que hemos denominado “mora del deudor como requisito de acceso a los remedios”; 2. La distinción entre el *nachfrist*, la mora tradicional y la “mora como requisito de acceso a los remedios”: 2.1. La distinción entre la mora y el *nachfrist* según el régimen que se desprende de su formulación a propósito del remedio resolutorio; 2.2. La comparación entre mora y *nachfrist* cuando éste no se configura como requisito imprescindible para la resolución; 2.3. Otras razones que justifican la defendida distinción. La regulación en el Ordenamiento jurídico alemán. 3. La relación de estos mecanismos con otras comunicaciones del acreedor previstas en el Derecho anglosajón.

### I. Los mecanismos acogidos en los textos de modernización

Hasta el momento hemos analizado el tratamiento que se realiza del retraso en los distintos textos que hemos denominado “de modernización”, utilizando para ello un criterio amplio que permite dar cabida a algunos textos que quizá se alejen un tanto de los cánones típicos de la misma, pero que resultan igualmente importantes en la delimitación de estas nuevas tendencias.

Dado que a lo largo de la exposición hemos venido haciendo referencia a distintos conceptos relacionados con la eficacia del retraso, que además se caracterizan de diferente forma en función del texto, resulta procedente identificarlos correctamente en su individualidad y sistematizarlos, para posteriormente examinar las relaciones existentes entre ellos, a propósito de sus puntos de conexión y divergencia.

En primer lugar, por tanto, realizaremos una sistematización de estos mecanismos, haciendo un retrato básico de ellos que nos permita diferenciarlos y conocer su aplicabilidad a propósito de su contexto.

## 1. El mero retraso relevante

Como se ha venido diciendo a lo largo del trabajo, la mayor parte de los textos de Derecho uniforme incluyen una visión del retraso importada del Derecho anglosajón.

Cualquier retraso supone un incumplimiento que puede dar acceso, en abstracto, a todos y cada uno de los remedios dispuestos frente a dicho incumplimiento. Se prescinde de cualquier tipo de consideración relacionada particularmente con la conducta, más reprochable o menos, del deudor, y no se impone al acreedor carga alguna similar a la que supone la constitución en mora del deudor para hacer recaer sobre éste todas las consecuencias del incumplimiento.

También hemos apuntado a la posibilidad de considerar que lo que se elimina en estos textos no sería la mora, sino la interpelación; de tal suerte que, excluida ésta, se da una total identificación entre el mero retraso y la mora (que sería, ahora, una mora general automática), que es lo que una parte de la doctrina ha entendido.

Esta postura puede resultar razonable, especialmente si se entiende que una comunicación al deudor podría ser necesaria para entender producido el propio retraso, en el caso de las obligaciones puras<sup>1</sup>. Esta configuración, en realidad, estaría muy próxima a la que se observa en el Código de Comercio vigente; a salvo de las formalidades que para la puesta en mora del deudor se exigen en el mismo, que difícilmente tendrían cabida en una comunicación a estos efectos, de ser precisa, en el contexto de las nuevas tendencias.

Sin embargo, la posible necesidad de una comunicación que delimite el momento del incumplimiento en las obligaciones puras es una cuestión a la que no se refiere ninguno de los textos de referencia de manera expresa. En este sentido, habría de pensarse si estas obligaciones, en cuanto a exigibles “desde luego”, podrían entenderse de tal forma que los efectos del retraso pudieran producirse desde el momento en que la obligación es exigible, aunque no sea efectivamente exigida; con la salvedad, quizás, de un mínimo plazo de duración razonable para poder llevar a cabo el cumplimiento

---

1 Aunque refiriéndose al retraso resolutorio como marco general, Roca Trías hace referencia a este aspecto cuando identifica, entre las cuestiones que en la jurisprudencia no están muy claras, la que estamos planteando: “¿cuándo un simple retraso va a generar el incumplimiento? ¿Es necesario constituir en mora al deudor para que el incumplimiento tenga lugar?” (2011, p. 7). Defendía esta idea con respecto a nuestro Código Civil Díez-Picazo Giménez (1996, pp. 405 y ss., entre otras; más claramente en 2009, pp. 309, 310).

conforme a las exigencias de la buena fe (como el que, de hecho, generalmente se entiende que procede para la mora en nuestro sistema<sup>2</sup>). O si, por el contrario, aunque se haya dicho que el retraso simple es ya un incumplimiento, en estas obligaciones seguiría siendo precisa una comunicación del acreedor para entender producido el incumplimiento.

En este sentido, ha de recordarse que, según se ha explicado anteriormente, en el Derecho anglosajón, que es una de las fuentes principales de inspiración del nuevo modelo de incumplimiento, se considera que no es necesaria, en general<sup>3</sup>, ningún tipo de comunicación al deudor para entender que éste debe cumplir<sup>4</sup>, incluso en los casos en los que no se ha estipulado término o plazo alguno para el cumplimiento. En estos supuestos, a modo de principio, se entiende que el deudor tiene un “plazo razonable” para cumplir (de valoración discrecional por los Tribunales, caso por caso<sup>5</sup>), transcurrido el cual el deudor ha de hacer frente a las consecuencias de su incumplimiento, que incluirán el resarcimiento de los daños ocasionados por el retraso<sup>6</sup>.

Parece que a esta conclusión conduciría el Comentario al artículo 8:106 PECL, cuando indica que no es necesaria formalmente una intimación por parte del acreedor para entender producido el incumplimiento<sup>7</sup>.

Ciertamente, si decimos que el retraso es un incumplimiento autónomo, que por sí solo puede dar lugar a todos los remedios frente al incumplimiento, no resultaría razonable imponer la necesidad de una comunicación del acreedor para entender producido el incumplimiento en ningún caso. Esta solución desvirtuaría el valor del retraso como incumplimiento, y no resultaría correspondiente con un sistema que no requiere de formalidades para que se produzcan los efectos del incumplimiento (sobre todo, la indemnización).

---

2 Pérez González/Alguer, 1933, p. 260; Hernández Félix, 1962, pp. 352 y ss. 278-292; Manrique de Lara Morales, 2001, pp. 272-274 (*vid.* pp. 278 y ss. para consultar comparativa entre las distintas posiciones doctrinales al respecto, incluidas las que abogan por la efectividad inmediata de la constitución en mora).

3 Hay algunas excepciones (*vid. supra* Cap. III, apartado I.1.3. En particular, podrían resultar aplicables a lo que ahora tratamos los supuestos en los que la necesidad de una comunicación del acreedor se hubiera pactado por contrato, y aquellos otros en los que ésta fuera indispensable para poder cumplir (así, cuando el deudor hubiera de ser informado de la cantidad a pagar, o en los supuestos de reparaciones en inmuebles arrendados que hayan de ser efectuadas por el arrendador, cuando sólo el arrendatario tenga conocimiento del desperfecto).

4 Whittaker, 2002, p. 274; McKendrick, 2008, p. 1404.

5 McKendrick, 2008, p. 1413.

6 Treitel, 1991, pp. 136, 137.

7 Lando/Beale, 2000, pp. 374, 375.

Efectuando una comparación con nuestro sistema, en el que hemos dicho que también se considera que un mínimo plazo debe entenderse implícita y automáticamente concedido a la parte para el cumplimiento desde que se constituye al deudor en mora (una mora que, como aquí el retraso simple, ya es incumplimiento), la diferencia en materia de obligaciones puras radicarán en que, en lugar de ser necesaria la intimación para que se desprendan los efectos de la mora en todo caso, éstos se desprenderán del mero retraso, entendido que el mismo acontece desde que, siendo perfecto el contrato, haya transcurrido este mínimo plazo prudencial.

Es evidente que este planteamiento comporta un recrudescimiento de cierta entidad de la situación del deudor, pero se trata de un modelo que, a la postre, se acompaña perfectamente con los principios que rigen estas nuevas tendencias y textos (en los que no hay pronunciamiento alguno sobre necesidad de comunicación a estos efectos), así como con una de sus principales influencias (el Derecho anglosajón). Si esto es, en efecto, así, la diferencia con respecto al sistema de mora mercantil que plantea el Código de Comercio sería ya muy relevante.

Más allá de esta cuestión, a nuestro juicio ha de entenderse que, según se ha expuesto<sup>8</sup>, los caracteres que de este retraso se desprenden, así como —muy particularmente— el sistema en el que se inserta, reúnen unas características que, considerando todas las variables posibles, y, en particular, la practicidad de distinguir entre ambas instituciones cuando éstas coexisten, aconsejan que diferenciamos entre la mora tradicional y el mero retraso relevante, que sería el apreciable en los textos de modernización que se decantan por esta opción.

Tendremos, en definitiva, un sistema de mero retraso relevante, en el que no existe la mora en absoluto y en el que tampoco es precisa comunicación alguna del acreedor para que el retraso produzca los efectos propios del incumplimiento.

Ha de añadirse también que a este retraso no sólo se asocian los efectos propios de cualquier incumplimiento —algo que lo distingue, desde el punto de vista conceptual, de la mora tradicional—, sino también, habitualmente, el devengo de intereses inexcusable en el caso de las obligaciones pecuniarias, al tiempo que, de cara, principalmente, a la resolución, se hace acompañar de otros mecanismos, como el del plazo adicional.

---

8 *Vid. supra* Cap. III, apartado II.2.

## 2. La mora del deudor en su concepción tradicional

Según se ha podido apreciar en los capítulos precedentes, la mora del deudor, dejando de lado las apariciones esporádicas fruto —creemos— del despiste de los redactores de los textos (caso paradigmático, el de la PMCC<sup>9</sup>), se recoge por varios de los textos estudiados, aunque no siempre de manera muy clara o en correspondencia con el esquema de mora del deudor tradicional del que se parte en nuestro ordenamiento y, en mayor o menor medida, en la mayor parte de ordenamientos de Derecho continental.

Puede apreciarse que esta figura parece estar experimentando una suerte de flexibilización o ensanchamiento, de tal suerte que se habla de mora, en ocasiones para referirnos a mecanismos a los que se aparejan efectos, condiciones, o, incluso, una naturaleza que varía con respecto a lo que tradicionalmente se ha entendido como tal. Sin embargo, también se mantiene en algunos textos en una configuración que resulta respetuosa para con la caracterización tradicional de la figura<sup>10</sup>.

En este sentido, podemos apuntar, sin dudas, a la regulación que de la mora del deudor hace la PCC en su artículo 515-7, que, como ya se ha dicho, reproduce con exactitud los términos del vigente artículo 1100 del Código Civil. La PCC prevé la aplicación de esta figura a los supuestos de contratación entre particulares, y, aunque existen un buen número de puntos que quedan sin aclarar, resuelve así de manera clara su ámbito de aplicación.

Pero, manteniéndonos en el ámbito de las Propuestas de modernización españolas, es posible observar que también las de carácter mercantil han escogido acoger, si bien sea parcialmente, la mora del deudor en su concepción clásica. Sólo lo hacen parcialmente porque, como se ha estudiado, las Propuestas mercantiles se encargan de reflejar los dos regímenes que a este respecto confluyen en materia de contratación entre profesionales: el régimen aplicable a las operaciones entre empresarios en el marco de lo dispuesto por la Ley 3/2004, y el régimen general, que incluye el resto de obligaciones a las que no les es aplicable esta norma.

Pues bien, para este régimen general es para el que se prevé la mora del deudor en su concepción tradicional a través de una práctica reiteración del vigente artículo 63 CCom —con salvedades—, a la que se suman algunos artículos que, no sin incertezas, detallan de manera más amplia la regulación de esta figura en el ámbito mercantil. En una cuestión que retomaremos más adelante, las Propuestas mercantiles se desmarcan

---

9 *Vid. supra* Cap. III, apartado I.2.3.

10 Que puede reseñarse que, salvo las lógicas especialidades, se identifica con un mismo concepto tanto cuando se habla de mora civil, como mercantil o, también, administrativa (Cano Martínez de Velasco, 1978, p. 39).

de este modo de las principales corrientes modernizadoras —de carácter marcadamente *mercantilizador*, según veremos— al incluir expresamente una mora interpelatoria.

Al margen quedan las operaciones de consumo, que, como veremos, se dejan en una suerte de *limbo jurídico* por parte de las Propuestas mercantiles, al incluirlas en el que habría de ser su ámbito de aplicación pero excluir la regulación concreta relativa a la protección del consumidor de su articulado.

Si acudimos, ahora, a los textos elaborados fuera de nuestro país, es ineludible nombrar en primer lugar la reforma del *Code civil* francés de 2016. Siendo una reforma que hemos tildado como mixta o de equilibrio entre la tradición jurídica francesa y las nuevas tendencias, encontramos que la mora —al menos, terminológicamente— acoge dos manifestaciones distintas.

Hablando de la que ahora es procedente, una mora del deudor con los efectos, requisitos y naturaleza típicamente asociados a la misma es la que se encuentra regulada en los nuevos artículos 1344, 1344-1 y 1344-2 *Code*, que dotan a la figura, eso sí, de una sistemática completamente nueva, en comparación con lo que se veía en los antiguos artículos 1138 y 1139. Veíamos también que estos artículos deben ponerse en conexión con otros (concretamente, los artículos 1231 y siguientes, en materia de indemnización e intereses por retraso) para conocer el régimen completo de la mora. Esto hacía al texto merecedor, por nuestra parte, de alguna crítica, al querer ofrecer una regulación más clara sistemáticamente y terminar reproduciendo, parcialmente, la situación creada por la regulación anterior del *Code*, en la que también había que acudir a otros preceptos para conocer las consecuencias de la mora.

Con anterioridad a estos ejemplos, que probablemente son los que ostentan, por razones de proximidad (tanto geográfica como cronológica) y relevancia actual, mayor interés a los efectos de nuestro estudio, el primer texto clasificable como de modernización en reconocer expresamente la mora del deudor es el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de *Iusprivatistas* de Pavía.

El artículo 96 del texto, dedicado expresamente a esta institución, habla claramente de una mora interpelatoria; pero lo cierto es que el alcance concreto de esta interpretación es discutible, por cuanto, aunque comúnmente se entiende que establece un sistema en el que rige la máxima *dies interpellat pro homine* para las obligaciones a plazo —de mora automática, por tanto—, con una mora interpelatoria para las obligaciones puras, la correcta interpretación del artículo se ve oscurecida por una formulación ciertamente confusa (que, entre otras cosas, regula la mora del deudor a través de proposiciones negativas).



No obstante, aunque no sin dudas, hemos llegado a la conclusión de que éste sería el modelo introducido por el Anteproyecto; que, por lo demás, es francamente *sui generis* al prever, entre otras cuestiones, el devengo automático de intereses de naturaleza compensatoria para una serie de supuestos concretos (relacionados, sobre todo, con casos en los que se produce una restitución), entre muchas otras previsiones inauditas en otros textos.

También plantea el texto otras cuestiones (como los efectos de la mora en las obligaciones recíprocas) que no termina de resolver por completo, aunque, sin duda, la que más relevante resulta para nosotros es la opción de introducir en su articulado, de manera dispersa, distintas menciones al retraso, aparentemente, en desconexión con la regulación de la mora. A este respecto, aunque se ha dicho que parece tener un determinado peso la opción de que la mora fuera la única manifestación relevante de retraso a los efectos que le son propios, se ha de admitir y lamentar la palmaria falta de claridad del texto en este punto.

Con todo, a la vista de que claramente se recoge una mora al estilo de la tradicional en el texto, no parece existir impedimento en incluir al Anteproyecto en este apartado, sin perjuicio de su relevancia concreta; que, si se piensa bien, podría explicarse considerando que en el sistema de esta Propuesta sí se le anudan efectos en torno al traspaso de riesgos.

Por último, el CESL es un texto un tanto más complejo por cuanto presenta un total de tres (uno de ellos, a su vez, doble) regímenes de retraso distinto: el régimen general, que puede considerarse como de mora automática (art. 166 CESL); el régimen de operaciones entre empresas, que sigue el modelo de la Ley 3/2004 para las obligaciones puras, y fija una mora automática para las obligaciones sujetas a plazo o a término de cumplimiento (arts. 168 a 170 CESL); y el régimen previsto para las operaciones de consumo, que puede considerarse como de mora interpelatoria (art. 167 CESL).

Como es evidente, es éste último el que nos interesa destacar ahora, y al respecto se ha de decir que presenta una configuración que difiere de lo que puede verse en otros textos. Se requiere expresamente de una comunicación para el devengo de los intereses (que, además, presenta otras peculiaridades, como la posibilidad de exoneración o la prohibición del anatocismo), pero con la particularidad de que el devengo no comienza hasta la expiración de un plazo de 30 días cuyo *dies a quo* es aquél en el que se ha producido la comunicación, y que, por otro lado, el acreedor puede efectuar dicha comunicación con anterior al momento en que la obligación deviene exigible.

Es claro que se trata de un sistema que se aleja de lo habitualmente visto en materia de mora interpelatoria y que, según se ha explicado con anterioridad, parecía

concretar ciertas reminiscencias del sistema de plazos implantado por la Ley 3/2004 (que no se aplica a operaciones de consumo) y daba pie a ciertas dudas sobre su naturaleza. No obstante, la conclusión a la que se puede llegar es que, aun con especialidades, se trata de un caso de mora interpelatoria que encaja —al menos en cuanto a su naturaleza— en el modelo básico de mora tradicional.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la mora se recoge en la práctica totalidad de los textos reseñados únicamente a propósito de su efecto indemnizatorio, toda vez que el efecto de traspaso de riesgos queda absolutamente neutralizado por las nuevas previsiones en materia de reparto y atribución de riesgos y cumplimiento neutro y objetivo que se contienen en los textos de Derecho uniforme; a lo cual supone una excepción, a pesar de seguir una parte de estas tendencias, el Anteproyecto de la Academia de Pavía.

Por ello, y aunque hablemos de mora tradicional, hemos de entender que, como mínimo, se produce alguna modificación en este sentido; a la que se habrán de sumar otras que resultarán de aconsejable adopción si se quiere que la mora se mantenga como un mecanismo útil en el contexto del sistema que estos textos presentan.

Además, estudiada la regulación concreta que se hace de la mora en los textos referenciados, parece que puede descartarse que la misma se configure como un remedio más frente al incumplimiento. Aunque esta idea no resulta inimaginable, teniendo en cuenta que la mora ha sido defendida como otro medio más de defensa del derecho de crédito<sup>11</sup>, basta con ver algunos ejemplos: así, ni el artículo 1217 del *Code* ni el 518-3 PCC, que efectúan una relación —está claro que taxativa— de los remedios frente al incumplimiento que cada uno de los sistemas dispone al servicio del acreedor, incluyen a la mora entre ellos.

Hay que tener presente que, aunque se trate de un mecanismo a manos del acreedor, así como un efecto del incumplimiento, también tiene, en comparación con los remedios, mucho de *estado*: un estado de responsabilidad agravada para el deudor retrasado, que puede, además, llegar a purgarse, lo cual contrasta con el hecho de que la mayor parte de los remedios son de carácter definitivo y permanente (lo son la resolución, la indemnización, la reducción del precio o la ejecución forzosa). A la par que no puede tampoco, probablemente, considerarse un mecanismo enfocado exclusivamente a procurar la satisfacción del acreedor, como sucede con los remedios.

En fin, aunque la mora debiera adaptarse un tanto a las nuevas tendencias, en su caso, tampoco parece necesario que todos los efectos, consecuencias o instrumentos

---

11 Por todos, Díez-Picazo Giménez, 2009, p. 1735.

derivados del incumplimiento sean estructurados en remedios; como tampoco lo son, por ejemplo, el *nachfrist*, o la cláusula penal<sup>12</sup>.

### **3. La mora del deudor según la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales y otros modelos mixtos que la siguen**

La normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales —las dos Directivas publicadas y la española Ley 3/2004—, aun siendo un texto eminentemente mercantil, y aunque pueda, incluso, discutirse su calificación como texto modernizador (debido, probablemente, a que regula un aspecto muy concreto de la dinámica de las relaciones que ordena, y no se adentra en cuestiones más significativas a dicho respecto, como el incumplimiento generalmente considerado), ostenta una importancia capital en nuestro estudio. Y ello porque, al margen de que pueda resultar de aplicación directa en algunas obligaciones de carácter civil, la configuración que hace del retraso se ha considerado clara expresión —e incluso, modelo— del nuevo arquetipo de retraso adoptado en las nuevas tendencias<sup>13</sup>, además de ser indudable su influencia sobre textos posteriores que expresamente se refieren a ella o incluyen previsiones directamente extraídas de su texto.

Esto último es innegable: puede apreciarse en el ACM, que recoge una doble regulación del retraso y realiza múltiples remisiones a esta normativa; pero su influencia directa también se deja ver en el texto del CESL, que distingue el régimen general del de las operaciones entre empresarios, para adjudicar a estas últimas un régimen directamente extraído de las Directivas sobre morosidad.

Sin embargo, se ha de poner en duda que la regulación del retraso que se contiene en esta normativa sea una expresión de lo que se observa en otros textos, que hemos previamente identificado con el modelo del mero retraso relevante. Según se ha explicado, y a pesar de que el particular sistema de plazos que introducen las Directivas y, en particular, la Ley 3/2004, entre otras previsiones, puede inducir a distintas consideraciones, entre otras, y siguiendo a un buen número de autores, que estaríamos

---

12 Recuérdese, con todo, la clasificación de los remedios que en relación con el Anteproyecto de la Academia de Pavía hacía Vattier Fuenzalida, en el que incluía hasta doce y entre los que se encontraba el plazo adicional —pero no la mora— (2008, pp. 1858, 1859), lo que se demuestra que esta materia, pese a lo dicho, está sujeta a cierta flexibilidad.

13 Recuérdese que Perales Viscasillas (2007a) y Vaquero López (2016) hablaban de este texto como modelo para lo que denominaban *nuevas bases de la mora mercantil*, que es el que se apreciaría en el nuevo sistema del que venimos hablando (*vid. supra* Cap. III, apartado I.1.4.1, y Cap. V, apartado I.4.2.2).

ante un supuesto de mero retraso relevante, nos ha parecido que hay argumentos suficientes para entender que se trata de un supuesto de mora automática.

Según hemos dicho, y al margen de que la LLCM puede también dejar dudas en torno al criterio de imputación del retraso —que para algunos autores sería la culpabilidad, lo cual acerca a esta normativa, todavía más, a los esquemas de la mora tradicional—, el supeditar el efectivo devengo de los intereses a la expiración del plazo como modelo general e ineludible supone un planteamiento que dista con mucho de lo que se ve en los principales textos de modernización, lo que, sumado a todos los otros argumentos que hemos ido analizando (el contexto en el que ha de aplicarse, las palabras de la Ley, el objeto que se regula...), nos ha llevado a concluir que, sin perjuicio de que el espíritu que late detrás del texto se identifica, eso sí, con el de las nuevas tendencias (la mayor protección de la figura del acreedor), podríamos estar ante una mora automática particular.

Se trata de una tarea de calificación compleja la del tratamiento que del retraso hace esta norma, y no es inexacto decir que se aprecian en ella muchos rasgos que la acercan al sistema que se extrae de la CISG y la sitúa en una suerte de posición intermedia entre dicho modelo y el de la mora clásica.

Esto es, a la postre, lo que determina que hablemos de un modelo de lo que, en función del estudio desarrollado, creemos que es una mora automática tan peculiar como para suponer, por derecho propio —y tanto por sus peculiaridades, como por componer un modelo único y destacado para otros textos—, un sistema particular de mora, destacable con respecto al de la mora general que se ha estudiado en el apartado precedente.

## **4. La mora del deudor como requisito de acceso a los remedios**

Estudiando los textos nombrados a lo largo de este Capítulo, es posible observar con claridad que la mayor parte de ellos no configura a la mora como requisito de acceso a los remedios. Por tanto, puede entenderse que se trata de una opción que depende exclusivamente de la voluntad concreta de quien redacte la norma o texto en cuestión<sup>14</sup>, de manera que, mientras que es algo a lo que no se recurre, por ejemplo, en la PCC, sí se ha hecho en la reforma francesa, colocando este requisito de manera previa a todos los remedios frente al incumplimiento, salvo en el caso de la excepción de incumplimiento.

---

14 En el mismo sentido, en la doctrina francesa, Deshayes, 2019, p. 31.

Desde el punto de vista técnico, colocar a la mora como requisito para el acceso a los remedios es, desde el punto de vista del acreedor, una carga adicional a la que puede suponer, en cada caso, la puesta en marcha del remedio; mientras que para el deudor supondrá tener una prórroga en el plazo de cumplimiento de la obligación —o un nuevo plazo de cumplimiento— y, con ello, una nueva oportunidad para cumplir. Como ya se ha dicho, se trata de una medida que, con seguridad, y también con la benevolencia clásica y típica del legislador francés para con el deudor, pretende incentivar el cumplimiento específico, por lo que su inclusión en un sistema determinado dependerá en última instancia del enfoque que el legislador adopte al respecto.

Desde el punto de vista de la propia mora, colocarla como requisito de acceso a los remedios le confiere, sin duda, una función nueva, distinta a la que habitualmente se le asocia<sup>15</sup>, y que puede recordar a la discusión sobre su posible función como requisito previo a la acción resolutoria.

Sin embargo, en aquel caso el objeto no era exactamente el mismo, ya que se pensaba que la mora podía funcionar como un mecanismo de fijación del incumplimiento, que permitiera al acreedor demostrar que el incumplimiento había sido suficientemente grave y que, además, había dado suficientes oportunidades al deudor para el cumplimiento. No se trataba, como sucede en el caso francés, de una comunicación cuyo objetivo es otorgar un plazo en el que el deudor pueda efectivamente cumplir (y posteriormente, claro, acudir al remedio de que se trate). Por tanto, el acreedor podía constituir en mora al deudor para posteriormente, y sin necesidad de fijar un plazo para ulterior cumplimiento, resolver la obligación.

Finalmente, y como ya se ha dicho anteriormente, esa visión queda superada por la doctrina, en parte porque se aprecia que tiene poco sentido colocar como requisito (si no está, claro, exigido por la propia norma) un mecanismo que consiste, precisamente, en exigir el cumplimiento<sup>16</sup> y permitir, a la postre, el cumplimiento (aún en una situación en la que la responsabilidad del deudor ya se despliega o se ve agravada), para resolver la relación obligatoria. Y en parte también porque se termina aceptando que el mero retraso, sin necesidad de que el deudor esté en situación técnica de mora, tiene ya

---

15 También en la propia doctrina francesa se concibe a la mora como un mecanismo cuya finalidad es la obtención del pago (así, por ejemplo, Julienne dice que “*mise en demeure* es aquello que precede al pago, el acto por el cual la persona que desea realizar o recibir un pago interpela a la otra parte, instándole a prestar su asistencia para la ejecución de la obligación” (la traducción es nuestra) (2017, p. 262; en el mismo sentido, p. 286).

16 Un buen complemento de esta opción consistiría en dotar de eficacia la manifestación del deudor de que no podrá o no querrá cumplir, de manera que no tenga que estar esperando, necesariamente y con los efectos que ello conlleve, a que venza este nuevo plazo. Recuérdese que alguna doctrina entendía que esta previsión debía entenderse aplicable, aunque la norma no lo contemplara (Arroyo i Amayuelas, 2017, p. 383).

potencialidad resolutoria. Es decir, que el deudor moroso puede tener que hacer frente a la resolución, pero el deudor simplemente retardado y no incurso en mora puede verse en idéntica situación, si el retraso, aun no siendo moroso, es suficiente para determinar que la obligación no pueda ser cumplida —o sea inidónea para satisfacer los intereses del acreedor— con posterioridad.

Precisamente lo que sucede cuando se sitúa a la mora como requisito de acceso a los remedios es que no sólo sirve para pedir el cumplimiento y desplegar una serie de características perjudiciales para el deudor que se retrasa, sino que sirve, principalmente, para fijar un plazo de cumplimiento adicional, un último plazo.

En un intento, si se quiere, de insistir en la idea de que esta mora es una mora *al uso*, idéntica a la que contiene en el artículo 1344 *Code* o 1100 CC, podría tratar de distinguirse entre la propia constitución en mora y la comunicación que otorga plazo como requisito previo a los remedios, estimando que una y otra son separables teóricamente. Si esto fuera así, empero, parece que el requisito para la puesta en marcha de los remedios no sería propiamente la constitución en mora, sino que ésta se presentaría únicamente como consecuencia secundaria de la comunicación de concesión de plazo (aunque, en la práctica, seguiría apareciendo como previa a los remedios), como veremos más adelante.

No obstante, no parece que la norma francesa establezca diferenciación alguna en este sentido. Además, es muy clara en sus términos: se demanda una *mise en demeure*; una *mise en demeure* que, además, otorgue plazo de cumplimiento<sup>17</sup>.

Sin embargo, como ya adelantábamos en el epígrafe dedicado al estudio de la reforma francesa, es evidente que esta mora previa a los remedios tiene un carácter y una función distintos a los de la mora clásica, lo cual serviría para explicar, por ejemplo, por qué se ha considerado por algunos autores que incluso en casos de mora automática habría que constituir de nuevo en mora al deudor para interponer un remedio, como antes se ha dicho<sup>18</sup>.

Llegados a este punto, lo que cabe plantearse es si el uso de la palabra “mora” para este supuesto no se debe, más bien, a la fuerza de la tradición o de la costumbre

---

17 Entre nuestra doctrina también se han asimilado ambos procedimientos en uno. Puede verse a Arroyo i Amayuelas, que indica que “la resolución se puede efectuar por notificación, pero sólo tras una *mise en demeure* o constitución en mora infructuosa. Es decir, primero hay que conceder un plazo de cumplimiento al deudor (...)” (2019, p. 196); extracto en el que se aprecia que equipara completamente constitución en mora y concesión de plazo adicional de cumplimiento.

18 *Vid. supra* Cap. IV, apartado I.3.2.3.B.b).

(que no deben desdeñarse, en particular, en el contexto de la reforma francesa). Y es que nos parece claro el paralelismo con lo que aquí se ha conocido como procedimiento de notificación-resolución o *nachfrist*, que también consiste en conceder un último plazo de cumplimiento, una última oportunidad para el deudor, antes de sujetarse definitivamente al ejercicio de un remedio por parte del acreedor (habitualmente, del remedio resolutorio); mecanismo que no aparece en el nuevo *Code* francés, lo que puede hacernos entender que esta *mise en demeure* particular, dotada de una nueva función, sustituye al *nachfrist* en su papel de requisito de acceso a los remedios; no obstante lo cual podrían observarse diferencias en cuanto a sus requisitos y consecuencias.

También ha de reseñarse que la doctrina francesa mayoritaria ha entendido que el origen de esta nueva función de la mora podría encontrarse ya en Pothier, o, incluso, se ha dicho, en el artículo 1146 del *Code* en su redacción anterior<sup>19</sup>. Sin embargo, ya hemos dicho que este artículo no requería la concesión de plazo, sino únicamente la constitución en mora. En todo caso, aunque en Pothier pudiera encontrarse esta idea, así como, claramente, en la práctica jurisprudencial anterior a la adopción de la reforma —si bien se ha admitido tímidamente, por algún autor, una influencia del extendido mecanismo alemán<sup>20</sup>—, es evidente que hay que diferenciar este mecanismo con respecto al sistema de mora contenido en el *Code* anterior y, también, al que se consagra en el artículo 1344 y siguientes del mismo *Code civil* vigente.

Sin perjuicio de que más adelante ahondemos en esta cuestión, lo hasta ahora dicho nos permite afirmar con rotundidad que la mora, de por sí y en sí misma considerada, no ha de ser considerada como un requisito previo de acceso a los remedios; una diferencia que una parte de la doctrina francesa que ha estudiado esta cuestión —no toda<sup>21</sup>— ha entendido muy bien, al destacar las dos posibles funciones de la mora<sup>22</sup> (lo siguen, por tanto, llamando mora, pero al menos se deja claro que adopta

---

19 Deshayes, 2019, pp. 34, 35.

20 *Vid.* Kleinschmidt/Grob (2015, p. 688), que comentan que los modelos francés y alemán se unen en este punto, a pesar de que el —entonces— Proyecto francés parece reacio a sus propias innovaciones; o Deshayes, 2019, p. 31.

21 Indica Deshayes que hay confusiones entre las dos funciones de la mora y que, además, aunque se ha dicho muchas veces desde la reforma, no es cierto que la mora, en esta segunda función, sea un requisito “natural” a las consecuencias del incumplimiento (2019, pp. 35, 37). Ciertamente, es posible observar que la mayor parte de la doctrina no repara en el hecho de que ésta no es, como mínimo, una mora al uso.

22 Los dos autores que se adentran señaladamente en esta cuestión son Libchaber (2001) y Deshayes (2019). Este último explica que, cuando nos encontremos ante la mora clásica (la “interpelación destinada a constituir al deudor en retraso”, en contraposición a la interpretación requerida para ofrecer una última oportunidad de cumplimiento al deudor), el acreedor podrá, si quiere hacerlo, constituir al deudor en mora con anterioridad a la acción frente al juez —y ello,

una función radicalmente distinta a la habitual). Así, si quiere entenderse que este mecanismo, según se extrae del sistema francés, ha de considerarse una mora (o una *mora como requisito de acceso a los remedios*), o que ha de llamársele de esta forma, entonces no ha de perderse de vista la importancia de diferenciarla de la mora tradicional, y aclarar que la función que se le confiere aquí no se encuentra en su naturaleza ni en su configuración originales.

Esto lo demuestra, por lo demás, el hecho de que en la PCC no se haya optado por este sistema, aun manteniendo, como el *Code*, una concepción totalmente apegada a la tradición de la mora del deudor. Como se desprende de su lectura, en ningún momento se sujeta el acceso a ninguno de sus remedios a la previa constitución en mora del deudor.

Esto ha de tenerse muy claro, especialmente, al confrontar opiniones doctrinales que, como veremos, establecen un claro paralelismo entre la mora y el *nachfrist*, y ello a resultas de una confusión entre la mora clásica y el fenómeno que aquí estamos comentando, que no debiera producirse.

Ahora bien, se ha de señalar que lo que estamos diciendo no prejuzga ni impide que para algún remedio en concreto, y aunque no se haga de manera general, la mora pueda presentarse como necesaria a modo de requisito previo, a efectos de asegurar la necesaria lógica del sistema. Así lo estudiaremos, entre otros, en relación con el remedio indemnizatorio, en una cuestión que en el texto de la PCC queda sin resolver. Sin embargo, este supuesto ha de diferenciarse por completo de lo que sucede en el nuevo *Code* francés, puesto que no hablamos de colocar la mora para dar un último plazo de cumplimiento antes del acceso a los remedios, como sucede en aquél, lo cual no puede identificarse con ninguna de las funciones tradicionalmente aparejadas a la mora del deudor; sino que hablamos de posibilitar un esquema coherente en el que el retraso indemnizable dependa de la debida constitución en mora previa, como veremos.

## 5. El *nachfrist*

Hasta ahora nos hemos referido al *nachfrist* al hablar de los *mecanismos complementarios al retraso*. En este sentido, es evidente que se trata de una herramienta ligada al retraso, cuya finalidad es doble: otorgar un último plazo al deudor, que ya se

---

además, le podrá traer algunas ventajas—, pero que no tiene sentido obligarle a hacerlo, constituyéndola como requisito de acceso a los remedios (pp. 30, 31). También parece apuntar a una cierta distinción, aunque en otro sentido, Dellacasa, para quien, desde el punto de vista del deudor, se ha de distinguir entre la constitución en mora que precede a la resolución de aquella otra (que el autor nombra específicamente como “*intimazione ad adempiere*”) que se requiere para la aplicación de otros remedios (en particular, dice el autor, el resarcitorio); si bien no explica exactamente por qué (2018, p. 212).



encuentra retrasado, para cumplir, y a la vez otorgar esencialidad a dicho retraso para posibilitar el acceso del acreedor a la resolución cuando el incumplimiento en que consiste el retraso no es de por sí esencial.

Durante dicho plazo, además, se produce la suspensión generalizada de los remedios, quedando sólo a disposición del acreedor la posibilidad de suspender la propia ejecución y de solicitar la indemnización; pudiendo recurrir a cualquiera de ellos una vez terminado el plazo<sup>23</sup>.

Por tanto, aunque es un mecanismo que denota que el retraso se ha producido, su finalidad última es otra: dotarlo de la gravedad suficiente a efectos del remedio resolutorio.

No parece haber problemas en cuanto a su correcta identificación en los distintos textos tratados —salvo, tal vez, por lo que hace al nuevo *Code* francés y la mora como requisito de acceso previo a los remedios, si quiere verse así—, siendo que este mecanismo es una de las innovaciones introducidas de manera generalizada en el sistema que goza de mayor predicamento entre la doctrina y los distintos operadores que han estudiado estos textos.

Sin embargo, sí es posible apreciar que todos los textos que siguen más fielmente el modelo CISG —la PCC, también encuadrable en esta categoría, supondría una excepción— al tiempo que eliminan la mora y otorgan una nueva consideración al mero retraso, añaden el *nachfrist*. Así las cosas, no es descabellado plantearse que estemos ante una posible sustitución, en cierta medida, de un mecanismo por otro, lo que sí puede dar lugar a algunas confusiones, de las que vamos a ocuparnos inmediatamente.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, lo que nos concierne en este punto es tratar de establecer la relación entre uno y otro mecanismo, puesto que es indudable que existe, como mínimo, una cierta confluencia<sup>24</sup>. Habrá de averiguarse si es posible y útil la convivencia de ambas instituciones, o si la adopción —cada vez más extendida— de este mecanismo *nachfrist* o de resolución-notificación (denominación que, no obstante, ha de ser utilizada con precaución ante la posibilidad de su empleo a propósito de otros remedios, como veremos) ha de excluir a la mora del deudor.

---

23 *Vid.* San Miguel Pradera (2011, p. 1712), que se pronuncia sobre la necesidad de recoger expresamente estos aspectos, que no se prevén en la PMCC.

24 Deshayes, al estudiar la mora francesa, en las dos funciones aludidas, entiende que el modelo *nachfrist* está lo suficientemente próximo a la mora como para nombrarlo en su trabajo (2019, p. 31).

## II. Puntos de conexión y divergencia entre estos mecanismos

### 1. La relación entre el *nachfrist* y la que hemos denominado “mora del deudor como requisito de acceso a los remedios”

Al comentar la forma en que el nuevo *Code civil* francés coloca la mora como requisito de acceso a los remedios y le otorga a ésta una nueva función, claramente distinta de la que se desprende del concepto tradicional de mora, hemos dicho que cabía dudar si esa mora no se parecía, más bien, al conocido sistema *nachfrist*, a modo de una suerte de *traducción francesa* de este mecanismo; y ello a pesar de la literalidad del *Code*, que habla expresamente, como se ha dicho, de *mise en demeure*.

Por parte de alguna doctrina francesa se ha admitido, de hecho, y no sin reparos, que este mecanismo de origen alemán podría llegar a ejercer alguna influencia en el modo en que la *mise en demeure* se entiende en la actualidad<sup>25</sup>. Del mismo modo, como se ha dicho antes, existe doctrina que vincula la mora al *nachfrist*, precisamente, creemos, por las similitudes que una y otro tienen cuando se coloca a la mora como requisito de acceso a los remedios.

El *Rapport au Président*, del cual hemos ido hablando al analizar la reforma como importante elemento de interpretación y aclaración del texto, al comentar los artículos que regulan los remedios frente al incumplimiento y el requisito de previa constitución en mora del deudor se limita a hablar del *requisito de la mise en demeure*, sin conceder mayor atención a esta cuestión, lo cual es reflejo de lo que hace, también, la mayor parte de la doctrina.

Dada la complejidad de encontrar alguna respuesta en los materiales disponibles hasta el momento, podemos tratar de desentrañar esta cuestión ofreciendo en un esquema lo más ajustado posible los aspectos respecto de los que ambas figuras presentan conexiones, y aquéllos otros que suponen divergencias entre una y otra.

Comenzando por los puntos de conexión, encontramos lo evidente: en ambos casos se trata de un mecanismo a utilizar de manera previa a los remedios frente al incumplimiento, que necesariamente consiste en conceder al deudor un plazo adicional para cumplir la obligación (ambos, por tanto, favorecen el cumplimiento de la obligación, y podría discutirse si favorecen también la conservación del contrato<sup>26</sup>),

---

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Esto es discutible. Aunque esta solución sea más favorable a la conservación del contrato que

plazo que supone una última oportunidad de cumplimiento para el deudor, transcurrido el cual, de no verificarse dicho cumplimiento, el acreedor podrá proceder a ejercitar el remedio de que se trate.

Algo a destacar es que estos puntos de conexión, aunque puedan ser cuantitativamente menores que los puntos de divergencia, como se verá, no necesariamente lo son cualitativamente, puesto que involucran gran parte de lo que tiene que ver con el objeto y la naturaleza de estos mecanismos, y, además, en cuanto a la labor comparativa que estamos llevando a cabo, también se identifican con aspectos que los separan de la mora tradicional —y es, por lo demás, bastante significativo que un buen número de los rasgos que distinguen a esta particular mora de la mora tradicional tengan que ver, precisamente, con el objeto al que va dirigida—.

En relación, ahora, con los puntos de divergencia, también hay algunos de importancia.

En primer lugar, es relevante la relación de cada uno de los dos mecanismos estudiados con respecto a los distintos remedios. La mora previa a los remedios, según se ve en el *Code* francés, se constituye en requisito previo a la generalidad de los remedios frente al incumplimiento (con las excepciones reseñadas anteriormente), y, sin tener una regulación propia, se menciona con ocasión de cada uno de ellos, de tal suerte que el acreedor no podrá recurrir a dichos remedios sin constituir previamente al deudor en *mora*, otorgándole un plazo para el cumplimiento, en palabras del *Code*.

Respecto al modelo *nachfrist*, según es recogido por los textos de modernización —en su sistema de origen su configuración es un tanto distinta, pues aunque se regula detalladamente en sede de resolución<sup>27</sup>, se exige también para otros remedios<sup>28</sup>—, en

---

una resolución efectuada directamente, sin previo plazo para el cumplimiento, también puede argüirse que, en el caso del procedimiento de notificación-resolución, nos encontramos ante incumplimientos de menor entidad y que, por tanto, sin la existencia de este mecanismo tal vez no habrían compuesto un incumplimiento resolutorio.

27 *Vid.* § 323 BGB.

28 Así, para la reducción de precio (§ 440 BGB) —aunque no es un remedio generalizado a todos los tipos de incumplimiento, sino que se mantiene en el ámbito de la compraventa (Zimmermann, 2005, p. 76)—; la indemnización de los daños por incumplimiento o cumplimiento defectuoso (§ 281 (1) BGB, con las excepciones del párrafo segundo del mismo párrafo); en el supuesto de reparación de daño del § 250 BGB; o también en el ámbito de la conocida como “excepción por inseguridad” (§ 321 (2) BGB). En relación con la compraventa, comenta Zimmermann que el legislador ha introducido un sistema gradual de remedios en el que se da preponderancia a la posibilidad de ejecución de la prestación correcta a través de la exigencia de un plazo previo, válido para el cumplimiento o la subsanación del cumplimiento ejecutado de manera defectuosa, y al que se sujetan el resto de remedios (resolución, reducción del precio, indemnización de los daños) (2005, p. 104).

cambio, sabemos con seguridad que es necesario únicamente en los casos en los que se pretende resolver la obligación a resultas de un incumplimiento que en sí mismo no es suficientemente grave<sup>29</sup>. Independiente de esta cuestión se ha de considerar el hecho de que algunos textos —de manera muy excepcional— supediten el acceso al resto de remedios al derecho a la corrección o subsanación del incumplimiento por parte del deudor, con concesión de plazo al deudor a tal efecto<sup>30</sup>; en este caso, la concesión de plazo por el acreedor, además de no ser una solución común, no conforma un requisito de remedio concreto alguno, estrictamente hablando, sino que su procedencia se desprende de la estructura general de los remedios y de la subordinación al derecho preferente a la subsanación del deudor (al margen de lo cual en este tipo de supuestos no hablamos, comúnmente, de incumplimiento retrasado, sino de incumplimiento defectuoso).

Respecto del resto de remedios, aunque la mayor parte de los textos regulan la figura en un artículo independiente, indicando que podrá concederse este plazo al deudor ante cualquier caso de incumplimiento<sup>31</sup>, puede entenderse, con seguridad, que sólo funcionará como requisito respecto a la resolución, quedando como mera opción para el resto de supuestos<sup>32</sup>. Por tanto, queda clara la distinta relación de uno y otro mecanismo con los remedios.

---

29 En este sentido, Yovel expresa que ésta es una de las diferencias entre el BGB y textos como la CISG y los PECL, toda vez que el primero fija la concesión de plazo como requisito obligatorio en la mayor parte de los casos (2007, p. 15). En relación con los daños por incumplimiento en los PECL y en comparación con el sistema alemán, niega que se establezca este plazo como requisito Zimmermann (2005, pp. 53, 54). En nuestra doctrina, y en relación con el plazo adicional del artículo 66 bis TRLGDCU, indica Carrasco Perera que “de momento está fuera de duda que el plazo adicional no es condición de posibilidad del ejercicio de otros remedios contractuales” (2015, p. 166).

30 Así se prevé específicamente en el art. III.-3:202 DCFR. En otros textos, o bien no se acoge esta jerarquía de remedios, o bien para la efectividad de este derecho del deudor no se observa la previsión de que la otra parte deba concederle un plazo razonable a tal efecto (se sujetará, normalmente, a que la subsanación pueda hacerse dentro del plazo concedido para el cumplimiento, en unos casos, o en un plazo que no implique un retraso excesivo, en otros).

31 *Vid.* arts. 47 y 63 CISG, 7.1.5 Principios Unidroit, 8:106 (3) PECL, III.-3:103 DCFR, 110 Proyecto Gandolfi.

32 San Miguel Pradera, entendiéndose que se trata de una figura que afecta a todos los remedios, estima incorrecta la ubicación de su regulación en la PMCC —repetida por la PCC—, que lo recoge únicamente a propósito de la resolución (2011, pp. 1711, 1712). *Vid.* arts. 1200.1 PMCC, 518-14.1 PCC. Aunque más adelante volveremos sobre esta cuestión, no cabría excluir por completo que los redactores de las Propuestas españolas no quisieran relacionar el plazo adicional únicamente con el remedio resolutorio, especialmente cuando lo mismo se repite en la PCC. En este sentido, puede apreciarse que los arts. 115 y 135 CESL, de igual modo, lo prevén únicamente para la resolución.

Lo que se acaba de decir comporta, a su vez, otra diferencia: mientras que en los textos de modernización se prevé como obligatorio para el caso del incumplimiento no esencial ni definitivo, el mecanismo francés se configura como requisito a aplicar a cualquier tipo de incumplimiento; también —al menos, según la letra del artículo 1226 *Code*<sup>33</sup>— si éste es definitivo y el acreedor no desea acudir al juez. No se trata, pues, de un mecanismo válido para acceder al remedio cuando el propio incumplimiento no lo amerite por sí solo en función de su gravedad, como ocurre en los textos de modernización respecto de la resolución.

En segundo lugar, es evidente que el *nachfrist* se constituye en un mecanismo capaz de otorgar seguridad jurídica a las partes, y, sobre todo, al acreedor, que sabe que la gravedad del incumplimiento no será discutida posteriormente en sede judicial. Sin embargo, en el caso de la mora *préalable* francesa esto no puede afirmarse, por cuanto los jueces conservan una buena parcela de sus poderes y, en concreto, en relación con la resolución, de tal suerte que incluso tras otorgar este plazo podrá el deudor *contestar* la resolución en sede judicial, pudiendo analizarse si la gravedad del incumplimiento justifica el recurso al remedio resolutorio; aspecto que supone, como sabemos, uno de los principales objetos de crítica por parte de la doctrina<sup>34</sup>.

En este sentido, puede reflexionarse que, mientras que el *nachfrist* favorece a ambas partes y, sobre todo, al acreedor (no sólo porque la gravedad no se revisa, sino porque se permite resolver ante un incumplimiento que, en principio, no es lo suficientemente grave como para ser resolutorio), el mecanismo francés favorece, sin duda, al deudor. Éste tiene un plazo adicional para cumplir, avisado ya de la amenaza de la resolución, y, además de poder acudir al juez a discutir la gravedad del incumplimiento, resulta que el acreedor tiene que *motivar* la notificación por la que declare resuelto el contrato, una vez transcurrido el plazo otorgado, como hemos explicado.

La justificación es, así, probablemente, diversa. En el *Code* no parece que se introduzca este requisito *para* quitar poderes al juez, sino precisamente *porque* se han quitado poderes al juez, y, así, el incremento de la unilateralidad puede compensarse mediante un plazo previo al acceso que se adosa, claro, a todos los remedios,

---

33 Este artículo únicamente dispensa de la obligación de constituir en mora previamente al deudor en caso de urgencia, aunque alguna doctrina entiende que habría de ser aplicable a los casos en los que el deudor declara no querer cumplir o es evidente que no cumplirá, y, también, precisamente en el caso de que el incumplimiento sea esencial (por todos, Arroyo i Amayuelas, 2017, p. 383). Con todo, es dudoso que esta interpretación pueda aceptarse (lo admite la misma autora, añadiendo que es, además, una de las más importantes distinciones entre el *Code* y la PCC, *ibíd.*). En todo caso, la regulación es claramente distinta.

34 *Vid. supra* Cap. IV, apartado I.3.2.2.

particularmente si pueden ejercitarse unilateralmente<sup>35</sup>. A pesar de que, de todas formas, como decimos, el juez sigue conservando un amplio ámbito de actuación (sin perjuicio de que la regulación actual suponga, como se ha dicho, un considerable avance a este respecto en relación con la anterior redacción del *Code*), lo cual es bastante distintivo de este sistema con respecto al de los textos de modernización.

Por otra parte, la regulación del *nachfrist* tiene que determinar perfectamente qué remedios pueden ejercitarse durante el transcurso del plazo y cuáles no. Así, suele disponerse que quedará el acreedor impedido de ejercitar cualquiera de ellos, salvo la suspensión de la propia ejecución y la indemnización de daños y perjuicios<sup>36</sup>. Esta configuración tiene sentido, precisamente, porque *el mecanismo no es requisito previo de los otros remedios*, y, por ello, éstos podrían, en abstracto, ejercitarse sin su concurrencia. Sin embargo esto, que no sucede en el *Code* francés, determina que no tenga sentido realizar esta previsión en su sistema de remedios. Repárese: si todos los remedios requieren de este plazo previo, poco sentido tiene pensar que podrían darse mientras dicho plazo transcurre. En todo caso, estarán supeditados al mismo.

Esto no quiere decir que no pueda haber ciertas lagunas —como ya se ha demostrado— en el sistema francés. Ciertamente, existen algunos remedios que no están sujetos a este requisito. En relación con la suspensión de la propia ejecución, no es un supuesto problemático. La puesta en marcha de la resolución judicial, que es otro de los casos que no se sujetan a este requisito, ha de entenderse que podría interrumpir el plazo en cualquier momento, pero ello queda justificado por la primacía del juez en el Derecho francés y, en concreto, en materia de incumplimiento, que no queda del todo superada, de lo cual es perfecta muestra el artículo 1227 *Code* (“La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice”). Tampoco se sujeta a esta mora previa la indemnización por daños definitivos; cuestión a la que nos hemos referido ampliamente ya, y que, como se ha visto, da lugar a algunas dudas<sup>37</sup>.

Además de lo dicho, se ha de tener en cuenta también que el nuevo *Code* francés dispone algunas previsiones que son totalmente ajenas al *nachfrist* y a cualquier sistema que se integre, como es, en particular, el hecho de que la gravedad del incumplimiento siga siendo relevante hasta el punto de que el deudor puede acudir al juez a discutir si

---

35 Recuérdese que el fundamento exacto de este requisito, y, en concreto, la razón por la que se asocia a unos remedios y no a otros, no está enteramente clara (*vid. supra* Cap. IV).

36 Arts. III.-3:103 (2) DCFR, 7.1.5 (2) Principios Unidroit, 8:106 (2) PECL. La CISG se refiere sólo a la indemnización de daños y perjuicios (arts. 47.2 y 63.2). El Proyecto Gandolfi, por otra parte, se refiere tanto al “resarcimiento del daño” como a medidas cautelares y otras (art. 110). No lo prevén el CESL, la PMCC o la PCC.

37 *Vid. supra* Cap. IV, apartado I.3.2.3.B.d).

tal gravedad concurre y justifica, en efecto, la resolución (resultando que, de no probarse este extremo, la resolución se declarará mal hecha y no tendrá efecto); así como, en segundo lugar, el mantenimiento de la potestad del juez de poder otorgar plazo adicional, parece que incluso en los casos en los que el acreedor hubiera optado por la resolución unilateral, en la que ya habría otorgado plazo a la parte para cumplir, según se aprecia en el artículo 1228 *Code* (“Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l’exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts”).

Como se ve, se trata de dos diferencias de entidad que desvirtúan en gran medida la eficacia del plazo previo, si se entiende concedido a fines similares o idénticos a aquéllos para los que se concede el *nachfrist*.

En último lugar, la relación de ambas figuras con la indemnización de los daños por retraso también resulta claramente divergente.

Si atendemos al *nachfrist*, es claro que en un contexto de mero retraso relevante los daños se apreciarán desde que se produzca el incumplimiento, por tanto, con anterioridad al comienzo del plazo. Sin embargo, en el caso francés la cuestión es más compleja.

En primer lugar, parece que resultaría imposible entender que los daños puedan apreciarse con anterioridad a este momento, puesto que el retraso anterior a la constitución en mora es totalmente irrelevante a estos efectos en el ordenamiento francés. Ahora bien, cabría plantearse la posible concurrencia de una mora automática anterior a la comunicación del acreedor. E, incluso, si se entiende que esta mora no es una verdadera mora, o que la constitución en mora, propiamente dicha, puede separarse del plazo cuya concesión requiere este mecanismo, podría plantearse que la constitución en mora, en sí misma considerada, se diera con anterioridad al comienzo del plazo.

Respecto a estas posibilidades, no parece posible entender, atendiendo al *Code*, que pudiera darse una separación en el tiempo de ambos fenómenos (constitución en mora y comienzo del plazo). Y, atendiendo a la práctica, tampoco parece verosímil entender que el acreedor *quisiera* separar estos dos fenómenos en dos momentos distintos. Ahora bien, ¿qué ocurriría si el acreedor exige el cumplimiento al deudor, constituyéndolo en mora, pero no otorga plazo para el cumplimiento? El *Code* no lo resuelve. Probablemente, en un intento de salvaguardar lo previsto por el *Code*, habría que entender que el plazo dado es el que pueda entenderse por razonable, aun con las dificultades que el concepto de la razonabilidad conlleva.

Si tratamos de acudir, con todo, a lo que será más habitual y conforme con la letra del Código —lo cual no es óbice para que en la práctica se vayan a presentar

problemas—, habrá que entender, a modo de principio, que los daños no se apreciarán con anterioridad al momento en que, simultáneamente, se constituye en mora y se concede plazo al deudor, comenzando éste.

Admitida esta opción como solución general más satisfactoria, y excluyendo los efectos del retraso con anterioridad al comienzo del plazo, el momento exacto a partir del cual han de apreciarse los daños sigue dando lugar a dudas. Y ello porque, constituido el deudor en mora, este momento supondría el claro *dies a quo* para ello. Sin embargo, como hemos apuntado con anterioridad, este momento parece supeditarse al transcurso del plazo; lo cual es contradictorio y desafortunado.

Como se ve, este último aspecto supone un claro factor diferenciador con respecto al *nachfrist*, pero, además, también con respecto a la mora tradicional —que, recordémoslo, también se regula en el mismo texto—.

Y este aspecto da lugar, a su vez, a otra cuestión, que es la relativa a si, entonces, la particular mora que el *Code* configura como requisito de acceso a los remedios es también, o no, una mora en el sentido clásico; esto es, si da lugar a los efectos típicamente asociados a ésta. En este sentido, si se entendiera que es algo distinto a la mora, habría que plantearse si la propia mora, entendida en el sentido tradicional, no se dará como una suerte de efecto secundario de este mecanismo, toda vez que se exige el cumplimiento al deudor. No parece, no obstante, que éste sea el caso.

No hay que olvidar en ningún momento que el *Code* habla de constitución en mora. La cuestión es, más bien, si esta mora particular tiene, además del efecto relacionado con el acceso a los remedios, también los de la mora tradicional, o si se entiende que se dan ambas a la vez, toda vez que, contemplando el sistema la *mora debitoris*, la exigencia del cumplimiento tendrá de manera natural esta consecuencia. Incluso aunque fuera un efecto secundario, como fuere, en la práctica tendríamos una mora —tradicional, sí— de manera previa a los remedios.

Ciertamente, no es sencillo saber si esta mora que se coloca como requisito a los remedios incorpora también los efectos propios de la mora tradicional o si éstos se dan casi de forma eventual. Con todo, es una discusión que se ve bastante neutralizada en la práctica, en la que tendremos, de todos modos, una mora del deudor, y una función más apegada a la del *nachfrist*, al mismo tiempo; aunque, como se ha visto, sólo el objeto sea común, mientras que la justificación y la configuración, así como el contexto, claro, son bien diferentes.

A la postre, da la sensación de que la verdadera intención del legislador era la de incluir un mecanismo que permitiera asegurar la conservación del contrato y un último plazo de cumplimiento para el deudor, y, de esta suerte, acabó por regular un



mecanismo que, verdaderamente, tiene rasgos de ambas figuras —mora y *nachfrist*—, y que termina siendo una suerte de híbrido que no puede asimilarse con una mora tradicional, por la distinta función, pero que se distingue en un buen número de aspectos del *nachfrist*.

Esta misma idea puede verse apoyada por alguna doctrina, que entiende que esta mora francesa puede legítimamente relacionarse con el *Nachfrist* alemán y que, de hecho, consigue englobar hipótesis tan diferentes del Derecho alemán como el propio *Nachfrist* y la *Verzug*<sup>38</sup> (esto es, la mora del deudor, prevista en el § 286 BGB).

Es un supuesto, por tanto, claramente particular, en el que nos encontramos ante un mecanismo que cumple la función del *nachfrist*, pero se configura de manera distinta a éste, tomando rasgos propios de la mora tradicional o auténtica, de la que, empero, también se distingue claramente en cuanto a su función y efectos, en sí misma considerada.

Pero es importante distinguir a la mora tradicional tanto de esta mora *préalable* como del propio *nachfrist*, ya que el hecho de que el mecanismo que hemos venido analizando en este apartado se haya entendido como supuesto de mora, sin mayores distinciones, ha provocado también confusiones entre mora y *nachfrist*, que procede desentrañar.

## **2. La distinción entre el *nachfrist*, la mora tradicional, y la “mora como requisito de acceso a los remedios”**

Aunque la asimilación entre el *nachfrist* y la mora se consolida a propósito de las nuevas tendencias en materia de incumplimiento y la consiguiente expansión del primero, es posible encontrar algunos precedentes muy anteriores a que empezara siquiera a hablarse de dicho movimiento. En concreto, puede observarse que alguna de nuestra doctrina realizaba ya una comparación entre estas dos figuras a propósito de la discusión, actualmente superada, en torno a la posible función de la mora como requisito de la resolución<sup>39</sup>.

---

38 Kleinschmidt/Grob, 2015, p. 688, nota al pie n.º 188.

39 Es el caso de Cristóbal Montes, quien, en la década de los 80, comparaba a la mora con el *nachfrist* para argumentar su función como requisito previo a la resolución, entendiendo que los requisitos exigidos en Alemania para resolver (véase la identidad de argumentos con la doctrina actual), que, para el autor, era el único país que se pronunciaba expresamente al respecto, se centraban en una constitución en mora seguida de una concesión de plazo, que, entendía el autor, en la práctica podían darse conjuntamente. Así, consideraba que el mecanismo *nachfrist* incorporaba una mora como requisito de la resolución (1985a, pp. 96, 97).

No obstante, la mayor parte de la doctrina que ha estudiado la concreta cuestión de la mora como requisito de la resolución con anterioridad a la irrupción de las nuevas tendencias en materia de incumplimiento no centraba el debate tanto en la posible comparación con el *nachfrist*, sino más bien a la alegada función de la mora como un instrumento imprescindible para determinar bien la gravedad del incumplimiento a efectos de la resolución<sup>40</sup>, bien, incluso, que el propio incumplimiento se había producido y podía considerarse como tal; sin perjuicio de lo cual existe algún autor más reciente que, aún situándose al margen de las nuevas tendencias y de una posible comparación entre la mora y el *nachfrist*, aúna las razones relacionadas con la función de la mora como elemento *patentizador* del incumplimiento con el argumento de la necesaria concesión de plazo previa a la resolución para fundamentar que la mora es un requisito en el caso, también, de la resolución extrajudicial, punto en el que se conectan ambas cuestiones<sup>41</sup>.

Partiéndose ahora de que esta discusión —que podría decirse basada, principalmente, en los esquemas del modelo tradicional (y pareciera que casi obsoleto) de incumplimiento— ha de entenderse generalmente superada, y con el reciente acaecimiento de fenómenos traídos por las nuevas tendencias como la proliferación del mecanismo de resolución-notificación y la progresiva eliminación de la mora, la asociación entre la mora y el *nachfrist* se ha venido produciendo de manera más consolidada, aunque no muy notoria, entre nuestra doctrina, expresándose en algunos casos una absoluta asimilación entre ambos, o bien entendiéndose, en otros, que el *nachfrist* es una suerte de *modernización* de la institución de la mora del deudor<sup>42</sup>.

---

40 Sin perjuicio de que pueda adjudicarse esta función a la mora sin entender que eso la convierte en requisito de la resolución (*vid.* San Miguel Pradera, 2004, p. 438-441).

41 Es el caso de Álvarez Vigaray, quien cree que la constitución en mora es “imprescindible” en estos casos, tanto porque es necesario que se conceda al deudor un plazo para cumplir, como porque la mora sería el único mecanismo legal que nos permitiría entender incumplida la obligación (2009, p. 210). Se ha dicho anteriormente que también se ha entendido que la mora sería necesaria para resolver, con base en la buena fe, en los casos de grandes retrasos en los que no se hubiera intimado al deudor (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 225); sin embargo, aunque lo que se trata de resolver es lo mismo —si la mora es requisito de la resolución— es claro que el fundamento en uno y otro caso es bien distinto.

42 Un ejemplo de esto puede verse, entre otros, en Palazón Garrido, que habla de “previa constitución en mora y otorgamiento de plazo adicional de cumplimiento” (2016a, pp. 893 y ss.); o, en particular, Roca Trías, cuando refiere que la PMCC “no elimina la mora, aunque la moderniza”, para hablar, precisamente, del *nachfrist* (2011, p. 18). Esta tendencia es común entre autores franceses y de influencia francesa (por todos, Malauire/Aynès/Stoffel-Munck (2018, p. 561), para quienes el *nachfrist* es un tipo de mora; Fontaine (2001, pp. 1070, 1071), quien dice que la mora está “en el origen” del *nachfrist*, y lo relaciona también con el mismo mecanismo en el contexto belga; o Rainville, para quien la mora está lejos de ser abandonada, precisamente, por recuperar el favor de los legisladores al amplificarse la resolución extrajudicial (2012, p. 590)), lo cual es sintomático de lo que hemos ido comentando sobre la

Un ejemplo de lo primero puede verse cuando se dice, al analizar la penetración del nuevo modelo resolutorio unilateral en el Derecho continental, que en el artículo 1454 del *Codice civile* italiano (“Diffida ad adempiere”, en palabras del *Codice*) estamos ante un supuesto de constitución en mora<sup>43</sup>. Este precepto prevé que la parte perjudicada pueda “intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s’intenderà senz’alto risoluto”, esto es, que el acreedor puede intimar por escrito al deudor, exigiéndole el cumplimiento en un determinado plazo, incluyendo en dicha intimación la advertencia de que, transcurrido infructuosamente el plazo, el contrato se entenderá resuelto.

Aunque se habla de intimar (no, empero, de constituir en mora, cuando ésta es una figura también conocida y regulada por el *Codice*)<sup>44</sup>, y una y otra figura tengan puntos en común, como veremos, *parece evidente que lo que se está regulando en el mencionado artículo es enteramente identificable con el mecanismo nachfrist*: se da una comunicación al deudor en la que se le solicita el cumplimiento en un determinado plazo razonable (“congruente”, dice el precepto transcrito), con la advertencia de que, si durante dicho plazo no cumple, la obligación se tendrá por resuelta de manera unilateral, y, por tanto, sin sujeción a los requisitos propio de la resolución judicial.

Éste es sólo un ejemplo de la asimilación que entre las dos figuras que estamos tratando se produce, coadyuvada, como decimos, por el hecho de que la progresiva penetración de una (el *nachfrist*) se da de manera simultánea a la desaparición de la otra (la mora). Así, aunque, como hemos visto, el planteamiento que identifica ambas figuras no sea nuevo, en la actualidad este fenómeno pareciera responder a la idea de que el *nachfrist* *sustituye* a la mora.

Sin embargo, aunque es totalmente cierto que estos dos fenómenos se dan a la vez, propiciados por las nuevas tendencias en materia de incumplimiento, ha de repararse en que, aunque desde ahora se ha de dejar sentado que existen evidentes relaciones entre uno y otro mecanismo, no dejan de responder a razones concretas distintas —aunque ambas, claro está, se correspondan con un nuevo modelo jurídico que a su vez se relaciona con una forma concreta de entender el tráfico económico—.

En la medida en que el *nachfrist* se introduce en los textos de modernización principalmente en atención al ejercicio unilateral del remedio resolutorio, y es en este

---

reforma francesa en torno a esta cuestión.

43 Palazón Garrido (2016a, pp. 893, 894, y también en las páginas siguientes para otros sistemas continentales).

44 San Miguel Pradera explica esta intimación indicando que “el acreedor ha de requerir por escrito al deudor solicitándole que proceda al cumplimiento (2004, p. 471).

ámbito donde alcanza sus máximas cotas de utilidad e, incluso, necesidad —en cuanto a requisito sine qua non para un buen número de supuestos resolutorios—, parece procedente estudiar la comparación partiendo de este prisma.

## **2.1. La distinción entre la mora y el *nachfrist* según el régimen que se desprende de su formulación a propósito del remedio resolutorio**

Como hemos visto anteriormente, la formulación del *nachfrist* en los textos de modernización difiere de la que el mismo mecanismo tiene en el ordenamiento alemán, así como de esa suerte de figura híbrida que el nuevo *Code* francés ha incluido como requisito de acceso a los remedios, en que no se sitúa como requisito previo de todos los remedios frente al incumplimiento.

Más bien al contrario: sin perjuicio de que, en principio, se pueda utilizar facultativamente por el acreedor con anterioridad al ejercicio de otros remedios, únicamente se dispone como parte integrante del procedimiento que da lugar a la resolución, cuando ésta se efectúa de manera unilateral y sin concurrencia de un incumplimiento esencial, según se ha explicado. Ello no empece a que su uso en otros casos pueda dar lugar a ciertas matizaciones de interés; razón por la cual se tratarán separadamente más adelante.

Sin embargo, el que podría identificarse con el régimen general de esta figura en el marco de los textos de modernización es, sin duda, el que se desenvuelve a propósito de la resolución (máxime si se tiene en cuenta que, como en el caso de las Propuestas españolas, en ocasiones se regula única y exclusivamente en esta sede).

Por ello, procede ahora analizar la comparación entre mora y *nachfrist* según lo que de éste se desprende a propósito de la regulación del remedio mencionado; y, como se verá, resulta que, ya desde su propia concepción, existen diferencias palpables entre ambos.

En este sentido, en primer lugar, mientras que la expansión del *nachfrist* responde a una *desjudicialización* de los remedios, en un intento de que las partes puedan manejar por sí mismas sus relaciones obligatorias y, a la vez, puedan vincular y desvincularse contractualmente con mayor rapidez y menores gastos, la eliminación de la mora se debe, como veremos, a la idea de que los operadores jurídicos deben responder en atención a unos criterios más exigentes, en los que el factor tiempo cobra, además, una importancia destacada<sup>45</sup>.

---

45 Esto es, lo que hemos mencionado ya en alguna ocasión como *mercantilización* del Derecho de obligaciones y contratos.

Así las cosas, es un error entender que una cosa responde a la otra, aunque se den simultáneamente en el nuevo sistema planteado a propósito de las tendencias modernizadoras.

A nuestro juicio, lo que en realidad sucede es que se confunde el *nachfrist* con esa mora como requisito de acceso a los remedios, que adquiere una función que no es propia de la mora. En este sentido, podemos entender que denominar “mora” a ese mecanismo está más justificado en el caso francés, por el indudable peso que ejerce su propia tradición jurídica, que ha determinado no sólo la denominación, sino también que se haya regulado de una forma peculiar y se la haya querido acercar a la mora tradicional, por lo que tal vez puede salvarse como una suerte de excepción en el ámbito europeo. Sin embargo, otra cosa es aceptar que el futuro de la mora deba anudarse ahora a esta nueva función que está detrás de la asimilación entre las dos figuras, y que algunos autores identifican y defienden claramente; en algunos casos, con términos que nos traen de vuelta al viejo debate sobre la mora como requisito de la resolución<sup>46</sup>; lo cual conecta, como decíamos al principio de este apartado, con la idea de que la mora podía ser de utilidad ante ciertos supuestos de resolución (en particular, la resolución extrajudicial), como manera de otorgar un plazo último de cumplimiento al deudor.

Por el contrario, parece que puede haber razones para cuestionar estos planteamientos.

En primer lugar, puede considerarse que, como veremos más adelante, no hemos de precipitarnos en eliminar la mora del deudor, en su concepción clásica, del sistema, por cuanto puede resultar ciertamente útil.

Y, en segundo lugar, se ha de pensar que, en realidad, existe ya un mecanismo que puede adquirir esa función por traerla de suyo, sin necesidad de otorgar a la mora una nueva función (ni, desde luego, aunque ésta es una cuestión separada de la presente, eliminarla en su función tradicional, como acabamos de decir).

Así las cosas, no parece que sea necesario —ni, probablemente, tampoco muy adecuado— recurrir a esa suerte de figura intermedia en el ordenamiento italiano, según el ejemplo utilizado arriba, como tampoco lo tiene en el ámbito de las Propuestas españolas, que hablan simplemente de la posibilidad del acreedor de otorgar plazo, sin necesidad de identificar este mecanismo con la mora del deudor. No será preciso, así, hablar de mora pudiendo hablar de *nachfrist* o, si se quiere, como ha hecho nuestra doctrina, del mecanismo de notificación-resolución, o aun cualquier otra denominación que no lleve a confusión (como pudiera ser la de “plazo adicional”, u otras).

---

46 Es el caso de Pichonnaz, quien estima que ahora la mora puede tomar una nueva función, como requisito previo a la resolución (2010, pp. 286, 287).

Cosa distinta es, empero, que el mecanismo pueda subdividirse, para su estudio, en distintos aspectos, y que uno o más de ellos puedan relacionarse con la mora. Y, en este sentido, es fácil identificar que ambos mecanismos tienden a favorecer el cumplimiento desde el momento en que, ante un retraso, no suponen una disolución automática del vínculo, y que, en efecto, según parece, ambos instrumentos llevan consigo —sea de manera más explícita o menos— una reclamación de cumplimiento: por lo que hace a la mora, sabemos que el contenido típico y necesario de la interpelación es precisamente la exigencia del cumplimiento; mientras que el mecanismo *nachfrist*, por otra parte, supone conceder un plazo para cumplir, por lo que necesariamente se trasladará al deudor el deseo del acreedor —que en ocasiones podrá ser más ficticio que real— de que se dé el cumplimiento durante dicho plazo.

Aún podría entenderse al *nachfrist* como una mora a la que se suma una concesión de plazo, lo cual podría explicar algunas afirmaciones doctrinales al respecto<sup>47</sup>. Aunque es una forma posible de plantear la cuestión, nos parece más acertado entender que el *nachfrist* es un mecanismo completo que no necesita dividirse de este modo en otro mecanismo que es, en cierto modo, un tanto antinómico con respecto al propio *nachfrist*; así como que no necesariamente toda *intimación* ha de ir referida o dirigida a una constitución en mora (al menos, directamente).

Y es que, aunque ambos instrumentos tengan como primer efecto práctico la extensión del período en el que el deudor puede seguir cumpliendo, nos parece que el fundamento y el objeto de uno y otro se encuentran notablemente alejados. Así, mientras que la mora se ha entendido como un mecanismo que podría ir dirigido a la conservación del contrato<sup>48</sup>, o, dicho de otro modo, a la perpetuación de la obligación, del *nachfrist* podría decirse todo lo contrario, puesto que supone un paso previo a ejercitar por el acreedor antes de acudir a alguno de los remedios dispuestos para el incumplimiento, siendo habitual, en particular, que ese remedio sea, precisamente, el que se dirige a la resolución del vínculo contractual —que, como hemos dicho antes, es el único para el que resulta obligatoria la puesta en marcha del mecanismo—.

La aplicación de la mora del deudor a la relación obligatoria por parte del acreedor, por el contrario, no tiene por qué ir dirigida a su disolución —con independencia, claro está, de que si el deudor no cumple y el acreedor pierde el interés en el cumplimiento (no se valora, tampoco, la existencia del plazo razonable cuyo transcurso da derecho a resolver), pueda optar por finalizar la relación—. El acreedor del deudor moroso busca, de principio, el cumplimiento de la obligación. La mora tiene

---

47 Nos parece que esta idea subyace a las menciones a la mora del deudor que Palazón Garrido hace al comentar este fenómeno (2016a, pp. 893 y ss.).

48 Rainville, 2012, pp. 624-626.

por objeto dar relevancia jurídica a su retraso y aquilatar la responsabilidad del deudor por el mismo, pero no tiene por qué dar lugar a un incumplimiento definitivo de la obligación ni se dirige a él.

El *nachfrist* puede terminar, también, con el cumplimiento voluntario de la obligación por parte del deudor<sup>49</sup>, ya que, de hecho, sólo tiene sentido en la medida en que el cumplimiento es todavía posible, pues, de lo contrario, en la generalidad de los textos se determina la posibilidad de acudir a la resolución por incumplimiento esencial<sup>50</sup> (y por esa razón implica la concesión de un plazo último para cumplir y puede entenderse como medida de favorecimiento del cumplimiento), pero se estructura claramente como paso previo a la resolución (al margen de que pueda afectar a otros posibles remedios).

En todo caso, se ha de dejar sentado que, mientras que el *nachfrist* puede convertir por sí solo el retraso en un incumplimiento resolutorio, esto no puede decirse de la mora, respecto de la cual no cabe entender que tenga por efecto el de convertir al retraso en incumplimiento resolutorio<sup>51</sup>.

En la misma línea, y como hemos apuntado, la mora no pivota tampoco en torno a la consideración del plazo razonable, por lo que no puede entenderse que, transcurrido éste infructuosamente, la obligación quede resuelta de pleno derecho, o bien que el

---

49 En este sentido, San Miguel Pradera explica que la eliminación del requisito expresado en la versión anterior del BGB que consistía en advertir al deudor de la consecuencia de no cumplir en plazo —eliminado, refiere, por ser una causa común de defecto en el planteamiento de este mecanismo y considerarse, en realidad, innecesario— permite entender que el acreedor podría ejercitar el cumplimiento forzoso en lugar de la resolución al término del plazo (2004, p. 475).

50 En su ordenamiento de origen, también se considera que es una figura que tiene sentido únicamente en tanto en cuanto el cumplimiento posterior es posible; de tal suerte que el mismo § 323 BGB prevé una serie de circunstancias que eximen al acreedor de la obligación de fijar plazo, que la doctrina ha identificado, entre otras situaciones, con cualquier caso en el que el cumplimiento pueda descartarse (Albiez Dohrmann, 2002a, p. 1180). En el mismo sentido y añadiendo algunos matices de interés, Markesinis/Unberath/Johnston indican que la regla general es que, mientras el cumplimiento sea posible, se debe dar a la parte incumplidora una segunda oportunidad para cumplir; entendiéndose, no obstante, que el modelo CISG es menos tendente a una resolución sencilla y rápida que el alemán, al incorporar el concepto del incumplimiento esencial como supuesto resolutorio básico, que puede no ser invocable en algunos tipos de incumplimiento, y complementarlo con el mecanismo *nachfrist* que, no obstante, no se prevé para todos los supuestos de incumplimiento (2006, p. 422; *vid.* también Yovel, 2007, p. 5). Aún podría entenderse, con todo, que los supuestos en los que el BGB declara superflua la concesión de plazo —sin dejar ésta de ser la regla general— pueden identificarse con lo que en otros textos se concibe como incumplimiento esencial (Arroyo i Amayuelas, 2019, p. 195) (*vid. infra* Cap. VII, apartado III).

51 En este sentido, aunque sin realizar la comparación con el *nachfrist*, *vid.* San Miguel Pradera, 2004, p. 439.

acreedor no deba probar la esencialidad o gravedad del incumplimiento ante el juez, según los distintos modelos resolutorios que incorporan el mecanismo de plazo adicional. A la postre, el *nachfrist* conlleva la concesión de un plazo adicional; algo que no puede decirse de la mora.

Existe, además, otra gran diferencia en cuanto a los efectos de una y otra figura, y es que el *nachfrist* no se configura en los textos de modernización como requisito (ni material, ni cronológico) para la apreciación de los daños (ni por retraso —que es en lo que podría compararse a la mora— ni, tampoco, por incumplimiento); que, como sabemos, y sin perjuicio de que compongan un remedio independiente de la resolución, habitualmente se darán de manera conjunta con ésta. Si, como sabemos, el retraso simple es suficiente para que se indemnicen los daños, la responsabilidad del deudor a estos efectos se estudiará desde el mismo momento en que se encuentre retrasado. Poniendo el ejemplo de la obligación dineraria, por su claridad, el devengo de intereses comenzaría con anterioridad al momento en que el acreedor acudiera a este mecanismo.

Sin embargo, éste es un efecto que sí se apareja a la mora —puede considerarse, de hecho, su efecto principal—, por lo que de su concurrencia dependerá la posibilidad para el acreedor de ver resarcidos los daños sufridos a consecuencia del retraso.

Dicho de otro modo, si, situándonos en el marco de un sistema como el de la PMCC, por ejemplo, se verifica el incumplimiento definitivo sin que se haya producido el *nachfrist*, los daños por retraso podrán indemnizarse igualmente. Ahora bien, si en el sistema se contempla la mora, es evidente que su concurrencia será crucial para que los daños por retraso puedan verse resarcidos.

Cosa distinta sería, claro, aplicar el *nachfrist* en un sistema como el nuestro, en el que la mora viene reconocida, y uno y otro mecanismo presentarían confluencias; caso en el que habría que ver si pueden interactuar entre sí, de lo que más adelante hablaremos. Pero, por lo que ahora estamos analizando, en todo caso, el resarcimiento de los daños no se vincula al *nachfrist* —como de hecho tampoco sucede en el ordenamiento alemán respecto de los daños por retraso, como veremos— según la configuración realizada por los textos que lo reconocen.

## **2.2. La comparación entre mora y *nachfrist* cuando éste no se configura como requisito imprescindible para la resolución**

Como se ha sugerido antes, el *nachfrist* es un mecanismo que, de manera opcional, podría utilizarse con anterioridad a la generalidad de los remedios frente al incumplimiento (con la excepción de los daños por retraso, si nos situamos en un sistema en el que el mero retraso da lugar a daños indemnizables). No en vano, se trata



de un plazo adicional que la parte confiere al deudor para el cumplimiento, con la única peculiaridad de que permite acudir a la resolución en ausencia de incumplimiento esencial en los casos en que ello está previsto. Así las cosas, y siendo un plazo adicional de cumplimiento, podrá concederse si se desea otorgar un plazo a la parte incumplidora antes de acudir a alguno de los otros remedios (e incluso, si se quiere, en caso de incumplimiento esencial, en el que iría dirigido a la resolución pero su utilización sería absolutamente potestativa).

En particular, en un buen número de los textos que venimos estudiando se opta por no permitir la resolución por medio de fijación de plazo en los casos en que, en lugar de producirse una falta de cumplimiento a través del retraso, nos encontremos ante una falta de conformidad<sup>52</sup> (esto es, el cumplimiento defectuoso tradicional) que no sea esencial (pues, de lo contrario, podría resolverse sin necesidad de fijar plazo alguno —por lo que se resolvería con base en la esencialidad o gravedad del incumplimiento, y no del plazo—), con el fin de evitar la resolución en incumplimientos de escasa entidad<sup>53</sup>. En este tipo de supuestos es la esencialidad o gravedad del incumplimiento la que permite resolver, sin necesidad de plazo alguno, por lo que la fijación de plazo sería opcional para el acreedor y sólo daría acceso al remedio resolutorio, con independencia del plazo, en los casos en los que el incumplimiento fuera, como se ha dicho, esencial<sup>54</sup>.

En estos casos, el *nachfrist* se comporta de distinto modo en función de que el incumplimiento sea retrasado o defectuoso, por cuanto en este último supuesto no daría lugar a la resolución.

Al margen de otras cuestiones a las que este modelo pueda dar lugar, lo que importa a los efectos de nuestro análisis es que existe, entonces, un buen número de

---

52 *Vid.* arts. 49 y 64 CISG, 7.1.5 y 7.3.1 (3) Principios Unidroit, 9:301 (2) PECL, III.-3:503 DCFR. El Anteproyecto de la Academia de Pavía efectúa una regulación bastante particular de este aspecto al vincular el derecho a resolver, a través de la concesión de plazo, a la producción de un “incumplimiento de singular importancia”, según lo define el art. 107, que tampoco concreta nada en relación a tipo de incumplimiento alguno (cfr. art. 114). Como el único método de resolver es a través del plazo, se ha de entender que podría aplicarse este procedimiento con independencia de este aspecto, siempre que tuviera la importancia requerida. Las Propuestas españolas, por otra parte, se desmarcan de la mayor parte de los textos al prever expresamente la resolución por medio de concesión de plazo tanto para el incumplimiento retrasado como para la falta de conformidad (*vid.* arts. 1200 PMCC, 518-14 PCC).

En relación con los tipos de incumplimiento que pueden dar lugar a la resolución tras la concesión de plazo razonable, ha de observarse que también en materia de retraso resulta la CISG ser más restrictiva que otros textos posteriores, como se observa en los artículos referenciados. *Vid.* también Yovel, 2007, pp. 17 y ss.

53 *Vid.* Fenoy Picón, 2011, p. 1585.

54 *Vid.* Arroyo i Amayuelas, 2018, pp. 15, 16.

supuestos en los que la técnica *nachfrist* no va destinada a la resolución. Más bien al contrario: puede entenderse que la notificación y concesión de plazo va dirigida a informar al deudor de que al acreedor todavía está interesado en el cumplimiento, otorgándole un plazo para cumplir antes de que otros remedios —entre ellos, el cumplimiento específico— se pongan en marcha<sup>55</sup>.

El objeto y la perspectiva cambian de manera ostensible y, justificadamente, se puede pensar que la relativización (cuando no supresión) de algunos de los argumentos dados hasta el momento en torno a la distinción entre *nachfrist* y mora acercan o igualan ambas figuras<sup>56</sup>, siendo mucho más claro el paralelismo.

No obstante, nos parece que sigue habiendo diferencias: la mora no se configura como un plazo adicional para cumplir, por lo que seguiría siendo compatible, en su caso, con la concesión de un plazo posterior, tanto por parte del acreedor como, en su caso, por parte del juez —lo cual, como veremos, está proscrito en el ámbito del plazo adicional—.

Además de esto, su regulación también es distinta en relación con los remedios —al menos, según puede extraerse de la regulación de uno y otro en sus respectivos sistemas—, toda vez que en relación con el *nachfrist* se imponen unos límites que resultan totalmente ajenos a la institución de la mora; señaladamente, la imposibilidad de poner en marcha otros remedios que no sean, en general, la suspensión de la propia prestación y la indemnización de los daños.

Al margen de esta cuestión, se han de tener presentes también las diferencias que se han señalado en el apartado inmediatamente anterior a éste en relación con la indemnización de los daños.

Por tanto, es posible apreciar diferencias entre uno y otro mecanismo también en este caso, siendo particularmente importantes las de carácter configurativo, puesto que es cierto que en lo relativo al objeto o función de los mecanismos, aunque también se aprecian diferencias, existe un acercamiento entre ambas figuras. Hay que puntualizar, no obstante, que el acercamiento no obedece a que la mora sea, en esencia, una institución equiparable al *nachfrist*; ni tampoco a que aquélla se acerque a la función de

---

55 Como Arroyo i Amayuelas refiere, a esta precisa cuestión se hace referencia en los Comentarios a los PECL (art. 8:106) y al DCFR (art. III.-3:103) (*ibíd.*).

56 Dice Fenoy Picón que, en este tipo de supuestos, “la notificación cumple la misma función que la *mise en demeure* del Derecho francés o la *Mahnung* del Derecho alemán”, aunque subraya que en los PECL —el texto que, en concreto, analiza— no se exige una notificación previa a los remedios frente al incumplimiento, salvo para la resolución por un retraso no fundamental (2011, pp. 1581, 1582, nota al pie n.º 256).

éste. Más bien, sucede que es el propio *nachfrist* el que, funcionando como mero plazo potestativo ante cualquier remedio, y perdiendo la capacidad de dar lugar a la resolución, se desvirtúa un tanto con respecto a la configuración original que le da carácter. De esta forma, hay que entender que, pese a las diferencias, la función de las dos figuras se sitúa en un plano similar en este tipo de supuestos, sin que ello implique que, en sí mismas consideradas, y en los supuestos en los que despliegan sus completos efectos y encarnan su naturaleza original, se dé una identidad de función.

Por último, al margen de todo lo dicho, y aunque podamos partir de las premisas expuestas a efectos de fundamentar la distinción hecha, cabe plantearse si el *nachfrist*, utilizado de este modo, puede ser asimilable a un aplazamiento común y, por tanto, serle extensibles sus presupuestos; todavía más cuando, como en el caso de las Propuestas españolas, el *nachfrist* no se regula como mecanismo independiente de la resolución, por lo que únicamente, en principio, cabría otorgar un aplazamiento común, que podría tener una relación distinta con la mora de la que fuera a tener el *nachfrist*. Más adelante nos referiremos a estas cuestiones.

### **2.3. Otras razones que justifican la defendida distinción. La regulación en el ordenamiento jurídico alemán**

Más allá de todas las cuestiones que hasta ahora se han aducido en defensa de nuestra interpretación, nos parece que un signo evidente de que mora y *nachfrist* son, claramente, dos cosas distintas, es que en varios textos, tanto de *soft law* como de Derecho vigente, se regulan ambas figuras separada e independientemente una de la otra. Así sucede, dentro de las Propuestas que hemos venido analizando, por poner un caso claro de mora tradicional, en la PCC (también en otros, como el Anteproyecto de la Academia de Pavía), y en distintos derechos de países de nuestro entorno, destacando muy especialmente el caso del Derecho alemán, en cuanto a que es el lugar de origen de este mecanismo.

En efecto, en el ordenamiento alemán se contemplan separadamente *Nachfrist* y mora (que, ya se ha dicho, allí se denomina *Verzug*), y, sin perjuicio de que la regulación de la figura no se corresponda exactamente con la que recibe en los textos de modernización, es muy claro que una figura y otra son conceptos distintos e independientes<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> A este respecto, de hecho, la doctrina que ha entendido que la mora que el *Code* francés coloca como requisito de acceso a los remedios engloba elementos característicos de la mora y el *nachfrist* remarca que se ponen en relación dos hipótesis muy distintas del Derecho alemán (*vid.* Kleinschmidt/Grob, 2015, p. 688, nota al pie n.º 188).

En el ámbito del Derecho uniforme, podemos también citar, en apoyo a nuestra postura, a Yovel, cuando indica que textos como la CISG o los PECL optan por un modelo de resolución

En concreto, el *Nachfrist*, recogido a propósito de la resolución en el § 323 BGB, se prevé como un mecanismo aplicable a este remedio y, como se ha dicho ya, también a otros. Entre ellos, y además de su clara relación con el cumplimiento o la corrección del cumplimiento no conforme<sup>58</sup>, resulta relevante su aplicación sobre los daños producidos por el incumplimiento definitivo y el defectuoso, que son considerados como daños sustitutivos de la prestación<sup>59</sup>.

Sin embargo, las consecuencias del retraso jurídicamente relevante se conducen a través de la mora o *Verzug*, que requiere, en virtud de lo dispuesto por el § 286 BGB en conexión con el § 280.2 BGB, una intimación del acreedor (que recibe el nombre de *Mahnung*, a cuyos efectos es válida tanto la presentación de demanda como la notificación de una orden de pago en un proceso monitorio, según el mismo artículo), salvo en los supuestos de mora automática detallados por el apartado segundo del mismo párrafo, que deja clara la inclusión de la máxima *dies interpellat pro homine* (número primero). Junto a éste, otros criterios que determinan la automaticidad de la mora son el haber fijado un aviso<sup>60</sup> y un tiempo prudencial para la prestación, de tal forma que el momento pueda ser calculado (número segundo); el hecho de que el deudor deniegue “seria y definitivamente” la prestación (número tercero); o cuando, “por motivos especiales, y con ponderación de los intereses de ambas partes, está justificada la producción inmediata de la mora” (número cuarto).

En todo caso, para que el deudor deba cargar con las consecuencias del retraso moroso, éste no habrá de deberse a una “circunstancia de la que el deudor no debe responder”<sup>61</sup>, según indica el apartado cuarto del mismo § 286 BGB; debiendo tenerse en cuenta que, mientras que se entiende que la resolución no requiere una conducta culpable del deudor, con carácter general para la responsabilidad del deudor se mantiene

---

unilateral en el que se prescinde de la mora del deudor (hablan de la *mise en demeure* y de la alemana *Mahnung*), distinguiéndola de otras comunicaciones del acreedor, en general, efectuadas a propósito de la resolución unilateral (2007, pp. 10, 11).

58 Se trata de uno de los puntos clave de la reforma de 2002, a través de la nueva configuración del plazo adicional: antes de resolver, debe darse un plazo a la parte para cumplir (Albiez Dohrmann, 2002a, p. 1178). Así se aprecia en la configuración del § 323 BGB.

59 § 281 (1) BGB. También se discute su aplicabilidad a los daños previstos en el § 280 (1) BGB, los “simple damages”, según Zimmermann (2005, pp. 58-60).

60 Concepto en el que pueden integrarse distintos tipos de comunicaciones (*vid.* Albiez Dohrmann, 2002a, p. 1170).

61 Con anterioridad a la reforma de 2002, la doctrina había relacionado la exclusión de la responsabilidad del deudor retrasado con la fuerza mayor provocada por eventos tales como los incendios, tormentas, robo, huelgas de transporte, o similares (Pieck, 1996, p. 121). Para Albiez Dohrmann, este artículo, que en lo básico reproduce al anterior § 285 BGB, se conecta con la necesidad de culpa del deudor (2002a, p. 1171).

el principio de responsabilidad por culpa<sup>62</sup>; lo cual es, sin duda, una notable diferencia entre ambos mecanismos, si bien el requisito de la culpa se ve atenuado por la presunción de culpa del deudor incumplidor, lo que acerca ambos regímenes<sup>63</sup>.

En este mismo párrafo regulador de la mora se deja ver, también, la influencia de la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales, a propósito de la cual se introducen criterios diferentes en el apartado tercero del mismo. Su ámbito de aplicación puede considerarse más amplio que el de las propias Directivas, al referirse a cualquier deudor, no necesariamente empresario, de un crédito remuneratorio, así como a consumidores —lo cual supone una gran diferencia con respecto a la normativa de la que trae causa—, en los supuestos en los que las consecuencias delimitadas por el artículo estén “especialmente advertidas en la factura o nota de pago”<sup>64</sup>; si bien el ámbito de aplicación se reduce, por otra parte, a las obligaciones remuneratorias<sup>65</sup>. Esta normativa es causa de modificaciones, también, en el régimen de los intereses de demora del § 288 BGB, en relación con la cuantía determinada por la norma<sup>66</sup>.

Con todo, la interpelación tiene una significancia menor en la mora alemana que en un sistema como el nuestro, puesto que los casos en los que la mora se considera automática son más numerosos<sup>67</sup>, pero no cabe duda, en la medida en que es precisa para el resarcimiento de los daños causados por el retraso, de que tiene una total relevancia imperturbada por la figura del *nachfrist*. Y, a su vez, resulta evidente, a la vista de los §§ 287 (“Responsabilidad durante la mora”) y 288 (“Intereses de demora”) BGB, que se trata de una mora que sigue el esquema de la mora clásica o tradicional, con sus efectos y requisitos<sup>68</sup> prototípicos.

---

62 *Vid.*, por todos, Ebers, 2003, pp. 1596, 1597.

63 *Ibid.*, p. 1595.

64 Para más precisiones, *vid.* Ebers, 2003, p. 1592.

65 *Vid.* Albiez Dohrmann, 2002a, p. 1170.

66 *Ibid.*, p. 1171.

67 En este sentido, Grundmann considera que la particularidad que supone la necesidad de requerir al deudor para este tipo de daños no es tan prevalente (2005, pp. 137, 138).

68 No en vano, la culpa sigue jugando un papel de importancia en materia de resarcimiento de los daños, mientras que para la resolución ya no es requerida; si bien la doctrina resta importancia a este aspecto, que supone una importante diferencia con respecto al modelo CISG, al entender este requisito se suaviza a través de la introducción de la presunción de culpabilidad del deudor, a quien corresponde probar la falta de culpa (Albiez Dohrmann, 2002a, pp. 1173, 1174; Ebers, 2003, p. 1595; Grundmann, 2005, pp. 140 y ss.; Zimmermann, 2005, pp. 50, 51), además de admitir excepciones que pueden fijarse por vía contractual (Albiez Dohrmann, 2002a, pp. 1168, 1169). En relación con otros requisitos específicos, también se entiende que ha de tratarse de una obligación vencida y exigible (se habla de “wirksam” y “durchsetzbar”) (Ebers, 2003, p. 1591; Reimann/Zekoll, 2005, p. 193), relativa a una prestación que todavía es posible (Albiez

Además, puede añadirse que el § 288.4 BGB deja clara la posibilidad de resarcir un mayor daño, que se vincularía, también, y si lo fuera por el retraso, a estos requisitos; mientras que el apartado tercero del mismo artículo dispone, en una previsión que introduce una apreciable dosis de claridad en el sistema, que el acreedor puede “exigir intereses superiores en virtud de otro fundamento jurídico”, los cuales entendemos que no estarían sujetos a los requisitos de la mora.

El ámbito de aplicación de la mora parece, por tanto, bastante amplio; aunque se ha de tener en cuenta que el dibujo de los distintos tipos de incumplimiento y de daño en el Derecho alemán no es en absoluto sencillo<sup>69</sup>, y nos advierte la doctrina de que ciertos tipos de daño que en atención a otros sistemas podrían ser clasificables bajo el paraguas del retraso, en el contexto alemán pueden responder a otra clase de violaciones que no requerirían de la mora para el resarcimiento<sup>70</sup>.

Sea como fuere, la mora y el *nachfrist* actúan sobre ámbitos bien delimitados e independientes en el ordenamiento alemán, por lo que es evidente que son dos figuras

---

Dohrmann, 2002a, p. 1169).

69 A pesar de que el actual sistema de incumplimiento es, por influencia del modelo CISG, más sencillo que el anterior (Ebers, 2003, p. 1592), Zimmermann lamenta que cualquier cuestión relativa a los daños en Derecho alemán deba necesariamente empezar por una compleja investigación en torno al tipo de daños que el acreedor trata de resarcirse, y posteriormente, al tratar los daños por falta de conformidad, se refiere al “frightening level of complexity of this system”, considerando que ésta será la razón por la que los debates europeos en materia de Derecho de contratos no resultarán permeables a las normas alemanas en esta materia (2005, pp. 60, 113).

70 *Vid.* Treitel, 1991, p. 136; *vid.* § 281 (1) BGB, que, como hemos dicho anteriormente, hace referencia al resarcimiento del daño *en lugar* de la prestación (resarcimiento en sustitución de la prestación), que no se relaciona con el retraso (el cual se considera ligado a un resarcimiento suplementario con respecto a la prestación, por el contrario), y al que no resulta aplicable la mora del deudor, sino, precisamente (y con algunas excepciones), el plazo adicional o *nachfrist*. Estos dos tipos de daños a los que hemos hecho referencia corresponderían, de manera aproximada, a los daños por retraso, en primer lugar, y los daños por incumplimiento definitivo, en segundo término. Existe, todavía, un tercer tipo de daños (los “simple damages”, en palabras de Zimmermann, también identificados como los daños que surgen a propósito de la violación de un deber), recogidos en el § 280 (1) BGB, cuya caracterización y clasificación en función de las dos tipologías anteriores (y consecuente necesidad, o falta de ella, del plazo suplementario) no es sencilla (2005, pp. 58-60; Ebers, pp. 1590, 1591). Repárese en que aquí estamos hablando de daños por incumplimiento definitivo o por retraso; en caso de falta de conformidad, las precisiones son otras, y, aunque se considera que, en general, los daños por retraso no son apreciables, existen algunos supuestos en los que podrían cobrar relevancia, resultando de aplicación el esquema de la *mora debitoris* (*vid.* Zimmermann, 2005, pp. 112, 113). En relación con el esquema general de los distintos tipos de daños y los correspondientes remedios, *vid.* Albiez Dohrmann, 2002a, pp. 1172 y ss.; Grundmann, 2005, pp. 137-140; Zimmermann, 2005, pp. 52 y ss.

distintas entre sí<sup>71</sup>, incluso aunque en algún supuesto puedan, naturalmente, converger. Así, por ejemplo, cuando el deudor moroso no cumple la obligación y el acreedor desea proceder a la resolución, si no concurre ninguna de las causas que permiten la resolución sin plazo, también aplicables aquí<sup>72</sup> (en particular, la posible pérdida del interés del acreedor en el cumplimiento, provocada, en su caso, por el retraso), deberá el acreedor recurrir al *nachfrist* para resolver la obligación. Como se ve, incluso en este supuesto una y otra figura mantienen sus funciones diferenciadas.

A pesar de las mayores similitudes que pudieran observarse, tampoco parece que respondan a la misma justificación a propósito del supuesto previsto en el § 323 (3) BGB, en el que se dispone que, en los casos en los que no proceda fijar un plazo de acuerdo con la naturaleza de la violación del deber, la fijación del plazo se sustituirá mediante una simple intimación. Según la doctrina, este caso se ligaría a supuestos como el de la obligación negativa, esto es, aquella que consiste en una conducta omisiva<sup>73</sup>, y podría relacionarse con la idea de que las obligaciones de no hacer admiten el cumplimiento o el incumplimiento definitivo (si la conducta proscrita se realiza), pero no un incumplimiento retrasado<sup>74</sup>. Con todo, es bien posible que la trascendencia de este apartado a los efectos de nuestro estudio pueda verse neutralizada si se entiende, como apunta cierta doctrina, que también en los casos del § 323 (2) BGB, en los que no procede la fijación de plazo, éste queda sustituido, igualmente, por un “previo aviso”<sup>75</sup> (sin perjuicio de que el texto de la norma nada diga al respecto).

Por último, también es de interés reseñar que la versión del BGB anterior a la reforma, que regulaba el plazo adicional en el § 326, partía de la situación de mora —nombrada propiamente— del deudor. En la nueva redacción, en cambio, se ha señalado que ya no se parte de la situación de mora del deudor<sup>76</sup>; lo cual implica, claramente, entender mora y *Nachfrist* como dos fenómenos separados e independientes.

---

71 Hace un esquema muy claro de diseño de los distintos tipos de daños y sus requisitos, diferenciando cuándo procede mora y cuándo *Nachfrist*, Vattier Fuenzalida, 2005, pp. 65, 66.

72 Markesinis/Unberath/Johnston, 2006, pp. 426, 427; *vid.* § 323 (2) 2 BGB.

73 Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 7.

74 Esta cuestión se ha ligado, en materia de plazos de gracia de carácter judicial, con la falta de causa justificada para dilatar el plazo de cumplimiento, por entenderse una conducta contraria a la buena fe, y que genera en el acreedor el derecho a deshacer lo mal hecho y a la indemnización de los daños sufridos (Reverte Navarro, 1975, pp. 43, 44).

75 San Miguel Pradera, 2004, p. 476.

76 Albiez Dohrmann, 2002a, p. 1179.

Por lo demás, el hecho de que puedan convivir en un mismo sistema y de que existan, como se ve, ordenamientos que acogen los dos mecanismos, además de dar a entender que se trata de dos figuras diferentes e independientes, ha de ser también razón suficiente para no asimilar una a la otra, con el fin de evitar cualquier posible confusión. Por tanto, si aún quisiera entenderse que la mora es un concepto *elástico* capaz de adoptar funciones que en principio no le son propias, parece que un punto de vista más práctico debería llevarnos a convenir que es mucho más conveniente separar los dos conceptos como diferentes, toda vez que ambos pueden identificarse, e incluso convivir, en los distintos sistemas de Derecho civil europeo.

Además de lo que se ha expuesto en torno al ordenamiento alemán (y el francés, si se quiere, con su mora *préalable*), existen otros sistemas de Derecho continental en los que también conviven mora y *nachfrist*. Así sucede en el *Codice Civile* italiano, que recoge la mora del deudor en su artículo 1219<sup>77</sup> y su *diffida ad adempiere* en el 1454; el *Code Civil* belga, en el que, siguiendo el modelo francés, se considera “esencial” a la mora del deudor<sup>78</sup>, que se recoge en el artículo 1139<sup>79</sup>, y a la que se suma el reconocimiento del *nachfrist* por vía jurisprudencial<sup>80</sup>; el Código de las Obligaciones suizo (art. 102<sup>81</sup>, 107 y 108), donde, además de indicarse de manera clara que el resarcimiento de los daños sigue a la interpelación<sup>82</sup>, se sigue un sistema de plazo

---

77 “Il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto. Non è necessaria la costituzione in mora: 1) quando il debito deriva da fatto illecito; 2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione; 3) quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore. Se il termine scade dopo la morte del debitore, gli eredi non sono costituiti in mora che mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto, e decorsi otto giorni dall'intimazione o dalla richiesta.”. *Vid.* también arts. 1218-1224 *Codice*.

78 De Coninck, 2001, p. 165.

79 “Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure”. *Vid.* también, en relación con los efectos, los arts. 1138, 1146, 1153, 1302.

80 *Vid.* De Coninck, 2001, pp. 158 y ss.

81 “1. Where an obligation is due, the obligor is in default as soon as he receives a formal reminder from the obligee. 2. Where a deadline for performance of the obligation has been set by agreement or as a result of a duly exercised right of termination reserved by one party, the obligor is automatically in default on expiry of the deadline.”.

82 Art. 103: “1. An obligor in default is liable in damages for late performance and even for accidental damage. 2. He may discharge himself from such liability by proving that his default occurred through no fault of his own or that the object of performance would have suffered the accidental damage to the detriment of the obligee even if performance had taken place promptly.”.



razonable muy apegado al modelo alemán<sup>83</sup>; o, también, el portugués, que recoge la mora del deudor en los artículos 804<sup>84</sup>, 805<sup>85</sup> y ss.<sup>86</sup>, que determinan de manera clara y expresa que la obligación de reparar los daños causados por el retraso se desprende de la mora, y la combina con el reconocimiento de un sistema de plazo adicional, si bien su regulación resulta un tanto escueta y, tal vez, menos clara de lo que habría sido óptimo<sup>87</sup>.

Al margen queda el sistema acogido por el Código Civil holandés (el *Burgerlijk Wetboek* o BW), que resulta muy claro en torno a la mora en materia de daños, con una formulación que se aleja un tanto de la apreciable en otros textos y que lo acerca a la propia del plazo adicional que, no obstante, no se considera incluido en el Derecho holandés<sup>88</sup> (arts. 6:82<sup>89</sup>, 6:83<sup>90</sup>, y ss.<sup>91</sup>). En efecto, su particular formulación de la

---

83 *Vid.* arts. 107, 108.

84 “1. A simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor. 2. O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido.”.

85 “1. O devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir. 2. Há, porém, mora do devedor, independentemente de interpelação: a) Se a obrigação tiver prazo certo; b) Se a obrigação provier de facto ilícito; c) Se o próprio devedor impedir a interpelação, considerando-se interpelado, neste caso, na data em que normalmente o teria sido. 3 - Se o crédito for ilíquido, não há mora enquanto se não tornar líquido, salvo se a falta de liquidez for imputável ao devedor; tratando-se, porém, de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco, o devedor constitui-se em mora desde a citação, a menos que já haja então mora, nos termos da primeira parte deste número.”.

86 *Cfr.* arts. 806-808.

87 El art. 432.1 del Código portugués se limita a decir que la resolución puede producirse a través de una doble vía: la convencional o la legal. Respecto a esta última no existe una regulación con una sistemática clara y unitaria en la subsección dedicada a la resolución, sino que muchos de los supuestos en los que procede la resolución se encuentran dispersos a lo largo del articulado del Código. En concreto, el artículo 808.1, en la subsección dedicada a la mora del deudor, indica que “Si el acreedor, a consecuencia de la mora, pierde el interés que tenía en la prestación, o ésta no se ejecuta dentro del plazo que razonablemente fuera fijado por el acreedor, se considera para todos los efectos incumplida la relación” (la traducción es nuestra), por lo que se aprecia, aunque con una regulación poco detallada, que el legislador portugués opta por incluir el mecanismo de plazo adicional para la resolución, en lo que se conoce como “recusa do cumprimento” (*vid.* también el art. 801.1, que dispone, para las obligaciones sinalagmáticas, que el acreedor podrá, independientemente de su derecho a la indemnización, resolver el contrato).

88 En este sentido, aunque el artículo 6:82.1 indique que se ha de otorgar un plazo razonable para el cumplimiento, lo cierto es que este plazo no tiene los efectos del *nachfrist*: si el incumplimiento no era de suficiente gravedad, el mero transcurso del tiempo no le permite resolver. Sin embargo, resulta que en algunos casos, y en particular cuando el incumplimiento no sea permanente o temporalmente imposible, el acreedor ha de haber requerido al deudor, colocándolo en la situación que hemos identificado con la mora (que, en esta configuración requiere la concesión de un plazo razonable para cumplir), como dispone expresamente el artículo 6:265.2, cuando dice que “As far as performance is not permanently or temporarily

constitución en mora requiere de la concesión de un plazo adicional, y en ocasión es precisa también para resolver, lo que puede dar la idea de que también se acoge el *nachfrist*. No obstante, la fijación de plazo suplementario no permite resolver faltando el incumplimiento esencial.

Dejando aparte este particular ejemplo, y con independencia de que la regulación concreta de la mora pueda ser más o menos rígida según el caso (sobre todo, en función del acogimiento o no de la regla *dies interpellat pro homine*, con lo que ello supone a efectos de la mayor o menor relevancia de la interpelación<sup>92</sup>), es posible apreciar que, de hecho, que la mora y el *nachfrist* van, en muchos supuestos, de la mano<sup>93</sup>, respondiendo a finalidades distintas.

A mayor abundamiento, como último argumento, se verá que entre nuestra doctrina existen autores que estiman que el *nachfrist* se identifica con algunos mecanismos que se contienen en nuestro ordenamiento, diferentes a la mora.

---

impossible, the right to rescind the mutual agreement only arises when the debtor is in default”, probablemente como contrapeso A la idea de que el incumplimiento no ha de ser esencial para poder resolver sino que sólo se requiere que no sea nimio, según el art. 6:265.1. Además, el Derecho holandés mantiene, junto con la resolución mediante notificación, la posibilidad de solicitar judicialmente la resolución (art. 6:267) (*vid.* Smit, 2002, pp. 339; Kleinschmidt, 2018, pp. 1299, 1300; Mak, 2009, p. 175, nota al pie n.º 91).

89 “1. The debtor is in default when he is held liable for his non-performance by a letter of formal notice, in which the creditor grants him a reasonable period of time during which he still may perform in conformity with his obligation, and he nevertheless fails to accomplish the indebted performance within that period. 2. If the debtor is temporarily unable to comply with his obligation or if it has become clear from his attitude that it will be useless to grant him a reasonable period of time in order to perform after all, then he may be held liable solely by a written announcement from which follows that he will be held responsible for his non-performance.”.

90 “The debtor defaults [gets in default] immediately, without the necessity of a prior letter of formal notice to perform or an announcement in which he is held responsible for his non-performance: a. when the obligation is subject to a time stipulation (expiry date) and he has failed to accomplish the indebted performance within the specified period, except when this time stipulation has another meaning; b. when the obligation results from tort or when it forces the debtor to pay for damages as meant in Article 6:74 paragraph 1, and the indebted obligation is not performed instantly; c. when the creditor must conclude from a statement of the debtor that he will not perform in conformity with his obligation.”.

91 *Vid.*, sobre todo, arts. 6:85, 6:119, y, también, 6:81.

92 Como dicen Malauire/Aynès/Stoffel-Munck, es posible distinguir entre sistemas más cercanos al espíritu comercial, en los que la mora es más limitada, por la intervención del principio citado, y aquéllos más rígidos y pacientes, donde se precisa, en todo caso, la intervención del acreedor (2018, p. 561).

93 Palazón Garrido, 2011, p. 439 (que, no obstante, incluye también el ejemplo del Código holandés).

Después de todo lo expuesto, ¿podemos concluir que el *nachfrist* es una modernización de la mora, como se ha dicho? No nos lo parece. Más bien al contrario: entendemos que ambas figuras pueden resultar útiles a fines diversos y, por ello, y resultando que habrían de confluir en diversos puntos, estudiaremos más adelante la exacta interacción entre los dos mecanismos.

### **3. La relación de estos mecanismos con otras comunicaciones del acreedor previstas en el Derecho anglosajón**

Como se ha señalado en el Capítulo II, en el Derecho anglosajón, aunque la mora del deudor resulta absolutamente ajena al sistema como institución, sí existen supuestos en los que se prevé la posibilidad de emisión, por parte del acreedor, de una comunicación o requerimiento (normalmente conocida como “notice of default” o “notice to perform”, en función de los casos o, también, del autor).

Según se ha expuesto, estos requerimientos podrían distinguirse de la mora, en la medida en que no resultan determinantes del derecho al resarcimiento. En cambio, una vez se han estudiado el *nachfrist* y la *nueva función* de la mora francesa, se verá que las comunicaciones anglosajonas podrían resultar más parecidas a éstas, en cuanto a que algunas de estas comunicaciones pueden entenderse como prerequisites de la resolución.

No obstante, existen importantes diferencias entre los requerimientos anglosajones y estas figuras; entre otras, que el transcurso infructuoso del plazo concedido no necesariamente da lugar a la disolución del vínculo contractual. Más bien, podrían detectarse múltiples similitudes con muchas de las previsiones de los textos de modernización anudadas al reconocimiento del mero retraso como eficaz, entre ellas, que ninguna de estas comunicaciones sea precisa para estimar la resarcibilidad de los daños por retraso (también en materia de intereses, al fijarse el devengo automático de los mismos a partir del incumplimiento en los supuestos en los que éstos se reconocen).

Se hace patente, así, el grado de influencia ejercido sobre los textos de modernización, además de por lo que hace al concepto de incumplimiento, también en relación con el tratamiento del retraso y la resolución, sin perjuicio de las diferencias que nos permiten distinguir adecuadamente los distintos conceptos, y sin que desestimemos la influencia que, a su vez, los modelos de incumplimiento resolutorio introducidos tanto por la CISG (por lo que hace al incumplimiento esencial<sup>94</sup>) como por

---

94 Puede ser procedente recordar que la anterior versión del BGB contemplaba también la resolución por incumplimiento esencial en el § 325. No obstante, como acertadamente señala San Miguel Pradera al estudiar la influencia de éste sobre los textos de Derecho uniforme, estos

el alemán *nachfrist* pueden ejercer sobre el desarrollo de las teorías relativas al *breach of contract* en los Tribunales ingleses, teniendo en cuenta, sobre todo, el actual carácter fragmentario de sus disposiciones<sup>95</sup>.

---

últimos parten de un concepto de incumplimiento unitario que en absoluto es detectable en el sistema alemán anterior a la reforma, que parte de los conceptos de imposibilidad y mora como supuestos principales de incumplimiento (2004, pp. 458, 459) —ni, a decir verdad, tampoco en el posterior—.

95 Markesinis/Unberath/Johnston, 2006, p. 422-426.





**TERCERA PARTE**  
**LA MODERNIZACIÓN DEL RETRASO EN EL**  
**ORDENAMIENTO ESPAÑOL**





## Capítulo VII. La implementación de los nuevos mecanismos relacionados con el retraso en el ordenamiento español

**Sumario:** I. LA EXPANSIÓN DEL MECANISMO *NACHFRIST*: 1. El posible acogimiento de la figura en nuestro ordenamiento: 1.1. La aceptación generalizada del mecanismo de plazo adicional por la doctrina; 1.2. La admisión jurisprudencial del mecanismo; 1.3. La conveniencia de una reforma para su aplicación generalizada. 2. Los problemas que plantea la adopción del mecanismo de notificación-resolución. El modelo de las normas y Propuestas españolas: 2.1. El modelo *nachfrist* según las Propuestas españolas de modernización: 2.1.1. Las modalidades de incumplimiento para las que se prevé y sus posibles limitaciones en función de la gravedad del incumplimiento; 2.1.2. La ubicación del precepto que regula el plazo adicional y las consecuencias del plazo en relación con los remedios; 2.1.3. Las consecuencias de la falta de fijación de un plazo razonable; 2.1.4. Otras cuestiones relacionadas con el íterin del plazo y su finalización. 2.2. El modelo *nachfrist* según el artículo 66 bis TRLGDCU; 2.3. La regulación del plazo adicional para el retraso no esencial en la compraventa en el Libro Sexto del CCCat. 3. La cuestión de la razonabilidad del plazo: ¿es el *nachfrist* la solución a la indeterminación que provoca el artículo 1124 CC?. II. LA MORA DEL DEUDOR EN LA MODERNIZACIÓN DEL RETRASO: 1. La utilidad de la mora. La necesaria diferenciación entre contratación profesional y contratación entre particulares; 2. La compatibilidad de la mora con las nuevas tendencias. En particular el requisito de la culpabilidad; 3. Las conexiones entre la mora y el *nachfrist*: un posible mecanismo híbrido *nachfrist*-mora: 3.1. El esquema general de funcionamiento del mecanismo/sistema que se propone; 3.2. Cuestiones a resolver en relación con el mecanismo propuesto: 3.2.1. Los problemas en torno a la eficacia de la comunicación que da inicio al *nachfrist* en relación con la mora. El *nachfrist* como aplazamiento; 3.2.2. Cuestiones relacionadas con los requisitos de las dos figuras que integran el mecanismo y su coordinación; 3.2.3. Otras implicaciones de este sistema. 3.3. Los concretos efectos del mecanismo conjunto *nachfrist*-mora; 3.4. En conclusión, las ventajas del mecanismo mixto *nachfrist*-mora. III. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL POSIBLE NUEVO MODELO RESOLUTORIO; IV. NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE CLÁUSULA PENAL: 1. Los presupuestos de la cláusula penal; 2. El régimen general de la cláusula penal en las Propuestas de modernización españolas; 3. La modernización de la cláusula penal. V. RECAPITULACIÓN: LA PLURALIDAD DE RÉGIMENES DE RETRASO APLICABLES EN FUNCIÓN DEL TIPO DE CONTRATACIÓN: 1. Ideas generales: los distintos sectores de contratación en función de sus sujetos; 2.

Contratación entre particulares; 3. Contratación con consumidores; 4. Contratación profesionalizada.

## I. La expansión del mecanismo *nachfrist*

### 1. El posible acogimiento de la figura en nuestro ordenamiento

#### 1.1. La aceptación generalizada del mecanismo de plazo adicional por la doctrina

Al principio de este trabajo se ha dicho que, a consecuencia de la adopción del sistema *nachfrist* en las Directivas de consumo y, en concreto, en la Directiva 83/2011/UE, esta figura se encuentra ya introducida en nuestro Derecho positivo en virtud del artículo 66 bis TRLGDCU, además de a través de la CISG, que, como sabemos, es Derecho vigente en nuestro ordenamiento. Fuera de estos concretos ejemplos<sup>1</sup>, hemos de partir de que no puede afirmarse que en nuestro ordenamiento se contemple como requisito para la esencialidad del incumplimiento a efectos de la resolución, ni en la ley ni en la jurisprudencia, la exigencia de otorgar un plazo adicional para el cumplimiento<sup>2</sup>.

No obstante, también se ha hecho referencia a que se trata de un mecanismo que ha gozado de gran predicamento entre la doctrina española, preconizándose su aplicación generalizada, fuera del estricto ámbito del Derecho de consumo, por un buen número de autores, sobre todo, a propósito de la expansión de las nuevas tendencias modernizadoras del Derecho de obligaciones y contratos.

Sin embargo, y volviendo la vista atrás, encontramos que la idea de que se ha de otorgar un plazo adicional como oportunidad de cumplimiento para el deudor antes de

---

1 Fenoy Picón señala además otro ejemplo de nuestra legislación en el que se contemplaría este mecanismo, que es el que viene representado por el artículo 32 de la *Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias*, que dispone la facultad de resolución del acreedor ante el impago de las cuotas a las que se refiere el artículo tras el requerimiento de este último (2015, pp. 826, 827). Ha de apreciarse, empero, que la citada Ley no habla de concesión de plazo alguno para cumplir, sino tan sólo de un requerimiento, tras el cual podrá el acreedor resolver la obligación, por lo que la asociación con la figura en cuestión puede no estar clara.

2 En este sentido, López López indica que “No hay en la tradición jurídica de cuño romano francés una figura asimilable al *nachfrist*. (...) hoy por hoy, los esquemas del Derecho privado interno de nuestro país están alejados de soluciones como la que formula el artículo 47 CV” (1998b, p. 426).

la resolución, con mayor o menor alcance en cuanto a su eficacia, se aprecia, incluso, en algunos de los antecedentes doctrinales de nuestro Código Civil, cuales son los autores clásicos franceses<sup>3</sup>.

Con posterioridad a la promulgación del Código Civil, y durante las primeras décadas del siglo pasado, en nuestra doctrina pueden encontrarse algunos precedentes, como el que suponen las anotaciones al Tratado de Ennecerus de Pérez y Alguer, quienes indican, respecto a la regla del antiguo parágrafo 326 BGB, que “aunque no existe en nuestro derecho regla semejante (...) no hay inconveniente en aceptar esto, a reserva de su examen y sanción en caso de controversia acerca de la procedencia de la resolución, ya que, según la jurisprudencia, supuesto el incumplimiento de una parte la otra puede dar por resueltas las obligaciones, sin necesidad de la declaración previa de los Tribunales”<sup>4</sup>. La misma idea la sigue, a principios de los años 50, y haciéndose eco de estos autores, Jordano Barea<sup>5</sup>.

Entre otras cuestiones, este planteamiento muestra que, en opinión de estos autores, sería aceptable en nuestro Derecho resolver con base en el retraso (respecto del que no dice si ha de ser o no suficientemente grave como para suponer un incumplimiento esencial) siempre que se otorgue un plazo adicional para el cumplimiento al deudor. Sin duda, la inspiración para esta idea proviene de la doctrina alemana, que era la comentada por Pérez y Alguer. Sin embargo este comentario ya nos sirve para apreciar una postura doctrinal temprana a favor del reconocimiento en nuestro Derecho de un mecanismo como el de notificación-resolución, en esencia, por vía jurisprudencial.

En este sentido, y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá, se ha reseñado por la doctrina reciente la práctica consistente en pactar una cláusula resolutoria con inclusión de plazo de pago, en la que este último actúa como condicionante de la resolución<sup>6</sup>, así como la general admisibilidad jurisprudencial de las declaraciones de

---

3 Decía Domat que ante la falta de ejecución de la obligación no había de seguir la resolución, tampoco aunque se hubiera pactado, sin dar previamente un plazo adicional al deudor para el cumplimiento (1844, p. 134). Se ha de recordar que, como se ha dicho antes, la doctrina francesa actual que defiende el uso de la *mise en demeure* como requisito de acceso a los remedios ha argumentado que ya en Pothier se contenía también esta idea (*vid. supra* Cap. IV. Apartado I.3.2.3.A).

4 Pérez/Alguer, 1933, pp. 265, 266.

5 Jordano Barea, 1951, pp. 304, 305.

6 También estudia Fenoy Picón la posibilidad de que, en algunos casos en los que se pacta una cláusula resolutoria no condicionada al previo requerimiento de cumplimiento, la ley exija dicho requerimiento: así, la Ley 486 del Fuero Nuevo, el artículo 27.4.1 LAU, el 1504 CC, o, también, los arts. 621 y siguientes del (entonces, en fase de Proyecto) Libro Sexto Código Civil de Cataluña (2015, pp. 828 y ss.).

resolución condicionadas a la falta de pago en el plazo adicional concedido por el acreedor<sup>7</sup>, con eficacia resolutoria en un buen número de los casos<sup>8</sup>.

Esta admisibilidad generalizada de la figura es precisamente lo que ha venido interesando un importante sector doctrinal en tiempos más recientes<sup>9</sup>, como mecanismo capaz de sortear una buena parte de los impedimentos que se asocian al modelo resolutorio regulado por nuestro Código, de carácter judicial en su construcción y ligado a la idea del incumplimiento esencial.

Así, se pone el objetivo sobre el mecanismo *nachfrist*, por considerarse que permite dar respuesta a muchas de las cuestiones problemáticas que plantea la resolución judicial: entre otras cuestiones, se entiende que permite eliminar la incertidumbre inherente a este modelo resolutorio, así como otros perjuicios para las partes —sobre todo, para el acreedor, pero también para el deudor— que se derivan del necesario recurso a los tribunales<sup>10</sup>; al tiempo que no deja de ser un mecanismo fiel tanto a las exigencias de buena fe<sup>11</sup> como al principio de conservación de los contratos (con matices, por ir dirigido, en última instancia, a la resolución), que rigen del mismo modo en nuestro Derecho y en el Derecho uniforme, al otorgar un último plazo de cumplimiento al deudor<sup>12</sup>.

En este sentido, y ya publicados algunos de los textos de modernización, es Pantaleón Prieto uno de los autores que en primer lugar<sup>13</sup> fija la línea doctrinal que

---

7 Vid. San Miguel Pradera, 2009, p. 447-452, y la jurisprudencia allí citada.

8 Dice Carrasco Perera que “la jurisprudencia prueba que el incumplimiento es casi siempre resolutorio cuando el deudor no paga el precio una vez que el acreedor le ha concedido un plazo suplementario para pagar”, salvo que concurra abuso de derecho o se trate del incumplimiento de una obligación no esencial o de una falta de conformidad que en sí misma no sea esencial (2017, pp. 1098-1100).

9 Como hemos visto *supra*, con anterioridad —en la década de los 80— Cristóbal Montés hacía también referencia al mecanismo en cuestión, si bien entendía que se trataba una constitución en mora, a propósito de la discusión sobre la necesidad de mora previa a la resolución (1985a, pp. 96, 97).

10 Vid., por todos, a López López, 1998b, pp. 424, 425.

11 No en vano, y como hemos dicho con anterioridad, este mecanismo se ha vinculado a la buena fe del acreedor que concede un último plazo para cumplir al deudor antes de resolver (González Pacanowska, 2013, p. 8240).

12 En este sentido, Vaquero López ha vinculado el mecanismo *nachfrist* con el principio *favor debitoris*, al consistir éste en una concesión de plazo para el cumplimiento (2016, p. 862).

13 Con anterioridad a Pantaleón Prieto, Álvarez Vigaray se lamentaba ya sobre la falta de este mecanismo en nuestro Derecho y entendía que sería aceptable la resolución tras la concesión infructuosa de plazo para cumplir (1986, 233, 234; vid. también pp. 190, 191, donde lo relaciona con una constitución en mora como requisito imprescindible para la resolución). Lo mantiene en

propugna activamente el acogimiento del *nachfrist* en nuestro Derecho, al estimar que —en una frase muchas veces citadas— “la figura del *Nachfrist* es la más valiosa contribución de la ciencia jurídica alemana al Derecho del incumplimiento”<sup>14</sup>. Pantaleón entiende que se ha de adoptar como único modelo resolutorio en nuestro sistema el que viene asociado al *nachfrist*, con eliminación de la resolución judicial característica de nuestro Derecho, y fijándonos además en su regulación originaria en el ordenamiento alemán, con preferencia a la que de manera similar, pero con algunas diferencias<sup>15</sup>, se contiene en la CISG o en los Principios Unidroit<sup>16</sup>.

Es mucha la doctrina que reproduce esta idea con posterioridad y que, con un mayor grado de intensidad que los primeros autores que entendían que no habría problema alguno en entender esta figura como aplicable a nuestro ordenamiento, acaso por vía jurisprudencial<sup>17</sup>, ha reclamado su aceptación y la consolidación de una línea jurisprudencial que fije la utilización generalizada de este mecanismo<sup>18</sup>. Dentro de esta corriente, llama la atención la existencia de doctrina que entiende que la figura podría generalizarse, además de a propósito de un régimen de confección jurisprudencial, sobre la base de algunos de los preceptos existentes ya en nuestro ordenamiento, y, por tanto, sin necesidad de una reforma legal que incluyera esta figura de manera expresa en la letra de la ley. En concreto, los autores se han referido a dos artículos relacionados con la resolución: el 1124.3 CC, ya muchas veces mencionado, y el 1504 CC, regulador, como se sabe, de la resolución en la compraventa de bienes inmuebles (se trata, además, de dos preceptos cuya relación se ha entendido que es de complementariedad, siendo el 1504 una norma específica respecto a la más general del artículo 1124 CC<sup>19</sup>).

En primer lugar, en relación con el artículo 1124.3 CC, algunos autores han establecido el paralelismo con el mecanismo discutido, entendiendo, en general, y con diferentes matices, que, a pesar de referirse a un plazo de carácter judicial, detrás del

---

tiempos más recientes (2009, pp. 210, 260).

14 Pantaleón Prieto, 1993, p. 1733.

15 Algunas de estas diferencias se han comentado *supra* Cap. I, apartado III.2.2.2 y Cap. VI, apartado II.2.2.3.

16 Pantaleón Prieto, 1993, p. 1733.

17 Además de los ya citados en este sentido, *vid.* Dell’Aquila, 1981, pp. 194, 195; y Ogáyar y Ayllón, que no obstante indica que la concesión de plazo no suele darse (1983, p. 107).

18 En este sentido, y entendiendo que debe fijarse jurisprudencialmente la exclusión del 1124.3 CC en estos casos, González Carrasco, 2013, pp. 1280, 1281.

19 *Vid.*, por todos, Reverte Navarro, 1975, pp. 48-53; Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 194, 195; Vaquero Pinto, 2011, pp. 1653-1664; Clemente Meoro, 2014, pp. 323, 324, 331, ; Díaz Romero, 2014, pp. 123, 124; Navarro Castro, 2011, p. 243; Ataz López, 2013, pp. 10646-10656; Fenoy Picón, 2015, p. 834; Gregoraci Fernández, 2015, pp. 55-57 y 73 y ss.

mismo existe una *ratio* similar a la del *nachfrist*, o que aquél podría ser un germen para éste<sup>20</sup>.

No obstante, lo que claramente puede objetarse a esta postura —aunque la mayoría de los autores que la apoyan no abogan por una aplicabilidad directa del precepto— es que habla, precisamente, de una concesión de plazo judicial; la cual, como veremos, normalmente se ha entendido en el sentido de que habría de quedar excluida en su juego con el plazo otorgado por el acreedor<sup>21</sup>.

En segundo lugar, otros autores han apuntado al artículo 1504 CC como posible modelo existente en nuestro ordenamiento para el sistema del plazo adicional, en el entendimiento de que en él se contempla un mecanismo que permite al deudor cumplir en tanto en cuanto no reciba requerimiento emitido por el acreedor, el cual incorporaría un último plazo para cumplir, cuyo transcurso da lugar, irremediablemente, a la resolución, sin posibilidad de que el juez conceda nuevo plazo<sup>22</sup>.

Ciertamente, nos parece que el paralelismo o, si se quiere, la identificación, es más clara en este caso. El mayor problema al que se enfrenta esta posibilidad es que, si atendemos a la interpretación mayoritaria de este artículo, encontraremos que el requerimiento a que el precepto hace referencia no es entendido como un requerimiento de pago<sup>23</sup>, sino como un requerimiento de resolución<sup>24</sup>: esto es, que, una vez requerido el deudor, no podrá éste cumplir, sino que la resolución sobrevendrá de manera

---

20 Díez-Picazo, 2008, pp. 867 y ss., y 2005, p. 98; Vaquero López, 2016, p. 841; Rodríguez-Rosado, 2013, p. 231; o, hablando de un “lejano parentesco”, Gil Rodríguez, 2013, p. 1632. Vid. también Carrasco Perera, 2015, p. 173.

21 De hecho, Pantaleón Prieto entiende que la aceptación generalizada del *nachfrist* habría de determinar la eliminación del 1124.3 CC (1993, p. 1733).

22 Rodríguez-Rosado, 2013, p. 231; Fenoy Picón, 2015, p. 1064, entre otros; se refieren a ello también San Miguel Pradera, 2004, pp. 477-480; o, tomando mayor distancia, Díez-Picazo, 2008, p. 870.

23 Recientemente, entre otros, puede verse a Moll de Alba Lacuve, quien relaciona el requerimiento del art. 1504 CC con la constitución en mora del deudor (2003; anteriormente, en 1999, pp. 68 y ss.). Ataz López relaciona los orígenes históricos del precepto con la constitución en mora, aunque admite el sentir contrario de doctrina y jurisprudencia actuales, e identifica alguna jurisprudencia de la que se extrae la interpretación del requerimiento como un “acto jurídico complejo”, que admitiría que el acreedor otorgara un último plazo de cumplimiento antes de resolver (2013c, pp. 10.646 y ss.). Claramente partidario de esta tesis es también Rodríguez-Rosado (2013, pp. 196-200).

24 Una prolija exposición sobre las dos posturas contrapuestas puede verse en Fenoy Picón, 2015, pp. 831 y ss.

automática. Ésta es, además, no sólo la posición doctrinal mayoritaria, sino también la adoptada por los Tribunales<sup>25</sup>.

En alguna ocasión, se ha barajado basar la idea de que el acreedor debe dar plazo al deudor antes de la resolución en la exigencia de buena fe del artículo 7 CC; pero esta línea se ha considerado excesivamente ambigua por alguna de nuestra doctrina más autorizada<sup>26</sup>.

Ahora bien, de lo que no tenemos constancia es de que se haya propugnado en ninguna ocasión alguna suerte de aplicación analógica o extendida del artículo 66 bis TRLGDCU, donde sí se contempla el mecanismo expresamente, acaso por lo particular y concreto del sector que pretende regular<sup>27</sup>.

Al margen de cuál pudiera ser la base legal capaz de justificar o inspirar la adopción de la figura en nuestro ordenamiento<sup>28</sup>, aspecto sobre el que no hay excesivo acuerdo, parece evidente que lo que sí es aceptado en un buen sector de nuestra doctrina es la conveniencia de admitir este mecanismo<sup>29</sup>.

## **1.2. La admisión jurisprudencial del mecanismo**

Al margen de las distintas consideraciones doctrinales reseñadas, y como hemos adelantado ya, la jurisprudencia tampoco se ha mantenido inmune a la popularidad del mecanismo (partiendo, no obstante, de que la admisión jurisprudencial de la eficacia de la declaración de resolución extrajudicial es cosa distinta y no implica, necesariamente, la del mecanismo de resolución-notificación).

Al margen de que se haya aceptado, como anteriormente se ha dicho, la licitud de las declaraciones resolutorias condicionadas a la concesión de plazo adicional para el cumplimiento —que, en lo básico, siguen el esquema del *nachfrist* en cuanto a su función y funcionamiento—, también se ha entendido que el transcurso de un

---

25 *Vid.* Rodríguez-Rosado, (2013, pp. 196-200), y la jurisprudencia allí citada.

26 Díez-Picazo, 2008, p. 867; Fenoy Picón, 2015, p. 934.

27 Cabe preguntarse si ello cambiaría de incorporarse el Derecho de consumo al Derecho general de la contratación.

28 Además de los preceptos referidos, Carrasco Perera considera que “el esquema del *nachfrist* formaba parte necesariamente del sistema implícito español contractual en aquellas hipótesis en las que el deudor podía negarse al cumplimiento entre tanto la contraparte estuviera en un estado de incertidumbre del que sólo se pudiera salir prestando una garantía, como es el caso de los arts. 1467 y 1502 CC” (2015, p. 168), aunque posteriormente relaciona al mecanismo con el artículo 1124.3 CC, al decir que nuestro Derecho “conoce desde su formación una especie de *Nachfrist* de naturaleza potestativa judicial en el art. 1124 III CC” (p. 173).

29 En general, y además de todas las referencias ya citadas, *vid.* Fenoy Picón, 2015, pp. 863 y ss.

determinado lapso temporal puede ser signo suficientemente claro de que el retraso puede haber frustrado el fin del contrato o las legítimas expectativas de la parte (que es uno de los criterios manejados por la jurisprudencia en torno al retraso)<sup>30</sup>, o incluso de que no puede defenderse jurídicamente una mayor espera del acreedor (en particular, si no tiene esperanzas realistas de cobro)<sup>31</sup>; sobre todo si el deudor se encuentra en situación técnica de mora.

En este sentido, aunque hemos dicho ya que la constitución en mora en sí misma no determina que el retraso adquiera la naturaleza de resolutorio (a diferencia del propio *nachfrist*), ni tampoco es requisito para la resolución, sí puede ser un indicativo de la gravedad del retraso<sup>32</sup>, especialmente si éste se prolonga en el tiempo (y, también, como añadido a la consideración de la gravedad, si se ha dado más de un requerimiento<sup>33</sup>).

---

30 STSS de 1 de abril de 2014, 14 de junio de 2011, 21 de marzo de 2012, 25 de octubre de 2013, 25 de abril de 2018, o 10 de mayo de 2019, entre otras muchas.

31 *Vid.*, entre otras, la STS de 5 de abril de 2006, que hace referencia a un incumplimiento “irreversible”, “que llevaba a entender que no existiría un incumplimiento futuro”, o la de 27 de junio de 2011, que dice de los deudores que “no puede decirse que estuvieran en condiciones de cumplir ni antes de agotarse el término contractual, ni después sin que resulte razonable que el cumplimiento del contrato quede en manos de una sola de las partes, o lo que es lo mismo, que la parte compradora pueda permanecer en la pasividad más absoluta, y que esta conducta no permita a la contraparte valorar su incumplimiento en orden a desentenderse del contrato”. *Vid.* también González Pacanowska, 2013, p. 8221, y la jurisprudencia allí citada; y Fernández Urzainqui, 1997, pp. 80, 81.

32 *Vid.* González Pacanowska, en relación con la mora como comunicación que, aun sin ser requisito de la resolución, sirve para poner de manifiesto ante el deudor el interés de que “se produzca ya el cumplimiento”, y como tal ayudará a probar alguna de las circunstancias que determinan que el retraso es de entidad (2013, p. 8222). González Carrasco, en sentido similar, establece que la constitución en mora no es una prueba que por sí sola sirva para demostrar que el retraso es resolutorio, pero que, entiende la autora, será un dato necesario para la consideración judicial de la gravedad del retraso (2014, pp. 310-312). Matizando estas afirmaciones, aunque, ciertamente, la constitución en mora es un elemento probatorio de importancia a la hora de valorar la gravedad del retraso (en el entendimiento de que, como indica González Carrasco —*ibíd.*— la falta de requerimiento puede entenderse como tolerancia del retraso, aunque dependerá de los casos), y sin perjuicio de que pudiera admitirse, excepcionalmente, la necesidad de constituir en mora para poder resolver ante retrasos prolongados como exigencia de la buena fe (Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 224, 225), según el caso concreto, nos parece que es posible, como planteamiento de principio, apreciar un retraso resolutorio sin que concurra necesariamente la constitución en mora del deudor (*vid. supra* Cap. I, apartado III.3.3.2). Por otra parte, no sólo hemos de fijarnos en la distinción entre mora y resolución, sino que debe también recordarse lo anteriormente indicado en cuanto a que mora y *nachfrist* deben diferenciarse. En este sentido, podemos citar a Gil Rodríguez, cuando dice que si bien la mora no es requisito de la resolución, “otra cosa es que al propio requerimiento pueda implementarse (...) con la concesión al comprador moroso de un plazo razonable para cumplir y cuya infructuosa superación marque el inicio del incumplimiento definitivamente resolutorio” (2013, p. 1628).

33 Entre otras, la STS de 24 de septiembre de 2013.



En estos casos, aunque no se habla tampoco en la jurisprudencia de concesión de plazo adicional para el cumplimiento —por lo que no cabe entender, estrictamente, que se dé cobertura a este modelo—, se acoge la idea de que el retraso prolongado, especialmente cuando han mediado requerimientos del acreedor (que, además, y sin perjuicio de lo dicho en torno a su relación con la resolución, constituyen en mora al deudor), puede ser base suficiente para determinar que el retraso es resolutorio.

Sin embargo, la sentencia que viene a realizar mención expresa, por vez primera en nuestra jurisprudencia, de la figura del *nachfrist*, es la del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 26 de mayo de 2016, cuya trascendencia, al margen de este preciso asunto, ha sido resaltada por la doctrina que la ha comentado<sup>34</sup>.

En esta sentencia se trata de resolver un supuesto complejo (la propia sentencia lo admite) en el que, por referirlo someramente, nos encontramos ante un incumplimiento del deber de entrega de una serie de locomotoras que no se ponen a disposición del acreedor puntualmente, siendo recibidas algunas con retraso y otras no entregándose en absoluto. En atención a estos hechos, el Alto Tribunal estudia la procedencia de la resolución, que había sido acordada en Primera Instancia y revocada por la Audiencia.

Pues bien, al hilo de la cuestión presentada, el Tribunal Supremo se encarga, en una labor pedagógica y sistemática que ha sido, con razón, alabada por la doctrina<sup>35</sup>, de poner en orden los distintos criterios que permiten calificar de resolutorio al retraso (a cualquier retraso).

Así, en primer lugar estudia si resulta aplicable la cláusula resolutoria contenida en el contrato —lo que resuelve negativamente—, y, posteriormente, en orden a conocer si el retraso tenía carácter de esencial, analiza si el plazo dispuesto por las partes podía considerarse como término esencial —cuestión que también resuelve de manera negativa, recordando que no todos los plazos de cumplimiento pueden entenderse de este modo, ni siquiera, en ocasiones, aunque lo aparenten<sup>36</sup>—.

---

34 *Vid.* Gregoraci Fernández, 2016, p. 1099.

35 Dice Gregoraci Fernández que la sentencia especifica la *hoja de ruta* que ha de seguirse para determinar si un retraso es resolutorio (2016, p. 1099).

36 Sobre la necesidad de interpretar los términos y plazos y la posibilidad de que incluso un término pactado como esencial termine por permitir un cumplimiento (que sería tardío) hemos hablado en alguna ocasión a lo largo del trabajo. En este caso determina el Tribunal, además, que uno de los indicios para entender que el término fijado no tenía carácter de esencial fue la disposición de penas para el caso del incumplimiento durante el plazo (dice el Tribunal que ello no implica excluir que el retraso sea causa de resolución, pero sí puede constituir un “sólido indicio” de que el plazo de entrega no se pactó como término esencial).

Dejando esto sentado, y descartados estos dos criterios, que el Tribunal identifica con los expedientes clásicos utilizados a estos efectos por la jurisprudencia (relacionándolos, a su vez —con mayor o menor solidez—, con los distintos conceptos de incumplimiento esencial manejados por los principales textos de modernización), indica éste que “aún a falta de cláusula resolutoria expresa, un retraso en el cumplimiento, aunque en sí mismo no sea esencial, justificará la resolución del contrato cuando, por su duración o consecuencias, ya no quepa exigir al acreedor conforme a la buena fe que continúe vinculado al contrato”.

Se hace referencia, así, al criterio en virtud del cual procede la resolución cuando no sea exigible una mayor espera al acreedor, el cual había sido recogido, además de por algunas sentencias anteriores<sup>37</sup>, también por alguna doctrina, a propósito de los distintos supuestos en los que el retraso puede dar lugar a la resolución<sup>38</sup>, y que el

---

37 Gregoraci Fernández remarca que, aunque la *ratio* que subyace en las formulaciones se aprecia en otras sentencias anteriores, es la primera vez que el Tribunal realiza “afirmaciones de este tenor” (2016, pp. 1119-1123). En sentido similar, *vid.* López de Argumedo Piñeiro, 2018, p. 151, 157. Lo cierto es que algunas sentencias anteriores, como las STSS de 19 de mayo de 2005, de 19 de mayo de 2008, de 19 y 22 de diciembre de 2014, o incluso alguna más lejana, como la de 19 de noviembre de 1990, comienzan a introducir ya este criterio. Particularmente clara, a la par que escueta, es la STS de 23 de julio de 2007, que dice que “El retraso se convirtió en esencial (en los términos de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, art. 1.806.3 —sic—) cuando el Ayuntamiento otorgó un nuevo término, cuya extensión no puede ser calificada de irrazonable, y el comprador no acudió a la formalización del contrato” (*vid.* también Vendrell Cercantes, 2008, pp. 541, 541). No obstante, es cierto que la sentencia que ahora analizamos es tajante al declararlo como un principio jurisprudencial general a aplicar, sin género de dudas, en lo sucesivo, por lo que claramente puede apreciarse el valor que de ella predica la doctrina.

38 *Vid.*, por todos, a González Carrasco, 2014, p. 296 (además, relaciona esta idea con la de que el acreedor puede transformar el retraso en definitivo a través de la concesión de un plazo adicional razonable); González Pacanowska, 2013, pp. 8221, 8222. Por otro lado, San Miguel Pradera dice que “son numerosos los pronunciamientos judiciales a favor de la concesión de plazo al deudor para que cumpla antes de acudir al remedio resolutorio (2004, p. 478). Añadiendo un matiz interesante, Carrasco Perera dice que nunca se ha sostenido expresamente que el transcurso de un plazo adicional equivalga o sea una exigencia para calificar un incumplimiento de esencial, pero que en la práctica muchas veces sucede así, aunque no porque éste conduzca a la resolución sin más, sino porque suele ser señal de que el deudor repudia el cumplimiento (2015, p. 171).

Al hilo de lo que estamos comentando, nos parece conveniente señalar que este criterio puede diferenciarse, aunque está muy relacionado, con el que otra doctrina ha recogido en relación al retraso intencional que da motivos a la parte perjudicada para entender que el deudor no cumplirá en un futuro, siendo la base de la resolución en este caso la pérdida de confianza en la disposición del deudor para cumplir en el futuro (*vid.* Vaquero López, 2016, p. 857); entre otras cosas, porque se pone el acento en la conducta intencional del deudor, de la cual se prescinde en el criterio expresado por la STS de 25 de mayo de 2016. Este elemento sí puede encontrarse, en cambio, como uno de los criterios que, en conjunción con otros, permiten al acreedor acceder a la resolución según lo dispuesto por distintos textos de modernización (*vid.* arts. 7.3.1 (2) Principios Unidroit o III.-3:502 (2): *vid.* Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 14). En idéntico sentido, González Pacanowska, 2013, p. 8223.

Tribunal considera ahora más expresivo que otras formulaciones habituales, como la “frustración del fin o la finalidad económica del contrato”, o de los “legítimos intereses del acreedor”, o el “interés jurídicamente atendible en la resolución del contrato” (sin perjuicio de admitir que también esta nueva fórmula es “inevitablemente imprecisa”).

Así, responde afirmativamente, de manera terminante, a la cuestión sobre si es posible que un retraso que no tiene carácter de esencial puede fundamentar el recurso a la resolución por parte del acreedor.

En este punto es en el que la sentencia menciona los textos de modernización y, en concreto, a los preceptos que, dentro de los mismos, hacen referencia al mecanismo del plazo adicional. Reconociendo que el mismo no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento<sup>39</sup>, entiende que “la imprescindible finalidad a la que sirve no puede quedar desatendida”, por lo que, en atención a una serie de argumentos fácticos que permiten al Tribunal entender que el criterio resulta de aplicación al caso, se considera procedente la resolución del contrato.

Repárese, que, en el caso de autos, verdaderamente, la parte incumplidora no había concedido plazo adicional al deudor, ni se determina tampoco que éste hubiera sido constituido en mora. De hecho, uno de los razonamientos esgrimidos por la parte incumplidora se dirige, precisamente, a probar que la empresa acreedora había tolerado el retraso. Sin embargo, a este respecto entiende el Alto Tribunal que dicha empresa no tolera el retraso, sino que *se adapta transitoriamente* a éste, y que el evento que marca el límite de su tolerancia no viene constituido por “la llegada de una fecha cierta ni el transcurso de un plazo adicional”, sino otro distinto (que, a causa del retraso de la parte incumplidora, le fuera retirada una determinada financiación), cuya importancia había sido además puesta de manifiesto a la contraparte.

La trascendencia de esta sentencia radica, por tanto, además de en que actualiza, unifica y sistematiza los criterios para el análisis del retraso de cara a la resolución, incluyendo la clara y general formulación del criterio empleado, en este caso, para apreciar el derecho del acreedor a resolver, y al mismo tiempo relaciona el concepto de incumplimiento esencial previsto en el Derecho uniforme con los distintos expedientes usados por nuestra jurisprudencia, en el hecho de que nombra expresamente la figura del *nachfrist*.

Sin embargo, lo cierto es que la sentencia no aplica el citado mecanismo para la resolución del caso<sup>40</sup>, sino que se limita a declarar que su finalidad resulta atendible por

---

39 “El Código Civil español —a diferencia de otros muchos europeos— no contempla la institución del plazo adicional”

40 En este sentido, dice Palazón Garrido que el recurso al *soft law* por nuestra jurisprudencia “sirve

nuestro Derecho. Evidentemente, tanto en el caso del *nachfrist* como en el del principio concreto que enuncia el Tribunal (que no se puede mantener al acreedor en una espera cuando ello resulte irrazonable), se trata en todo caso de un retraso que inicialmente no es esencial, y que, pese a ello, le faculta para resolver, sobre la base de la buena fe. Pero ni el *nachfrist* es el único mecanismo capaz de responder a este principio en el ámbito del retraso, ni es este principio, tal vez, tampoco el único que lo informa.

En este sentido, puede tal vez entenderse que a la misma conclusión podría haberse llegado aún sin efectuar mención o referencia, implícita o explícita, a la figura: esta línea jurisprudencial, por tanto, no necesita del *nachfrist*, aunque bien es cierto que puede servirse de él como elemento que permite entender que el retraso adquiere unas características que, aunque pueda no ser esencial, impiden exigir al acreedor una mayor espera<sup>41</sup>.

La muestra de esto que decimos es que, basándose el Tribunal en esta idea, realmente se sirve de otros criterios y argumentos, distintos a la concesión de un plazo adicional —que, insistimos, no se produce en el caso de autos—, para entender que, dadas las circunstancias, no es razonable hacer esperar al acreedor y se ha de considerar bien hecha la resolución: así, algunos de estos argumentos son el carácter considerable del retraso, la falta de tolerancia del retraso por parte del acreedor, el incumplimiento del deber de cooperación por la parte incumplidora, y un análisis de los hechos posteriores a la declaración de resolución, que el Tribunal considera que también pueden tenerse en cuenta<sup>42</sup>.

A mayor abundamiento, y consecuentemente, la sentencia tampoco relaciona al *nachfrist* con base legal alguna de nuestro Derecho, más bien al contrario: dice expresamente que en nuestro ordenamiento, al contrario que en otros, el mecanismo no se contempla. Ello no resulta excesivamente extraño, por lo demás, si se atiende al hecho de que el ponente de la misma es el propio Pantaleón Prieto, quien en su obra de 1993, al propugnar el acogimiento del mecanismo *nachfrist* en nuestro ordenamiento, entendía que su admisión pasaba por la derogación de los artículos 1124.3 CC, que entendía incompatible con el mismo, y 1504 y 1505 CC, por otras circunstancias<sup>43</sup>: lo

---

únicamente para adornar la interpretación judicial en torno a una institución” (refiriéndose, en concreto, al concepto de incumplimiento grave, en relación con la resolución) (2011, p. 436).

41 En relación con esto, la idea de Carrasco Perera, ya reseñada, de que el *nachfrist* no necesariamente da por sí solo lugar a la resolución, pero sirve para interpretar la actitud del deudor contraria al cumplimiento (2015, p. 171).

42 *Vid.* Gregoraci Fernández, que expone muy bien estos argumentos (2016, pp. 1123-1127).

43 En el caso del 1504, por parecerle al autor “insensato hacer imperativamente formal la notificación de la voluntad resolutoria” (aunque, en puridad, esto podría solucionarse modificando este único extremo), y en relación con el 1505, “por su excesivo rigor para con el

que hace que, en fin, sea ciertamente improbable que este autor, posteriormente Magistrado ponente de la sentencia comentada, estimara la posibilidad de basar el citado mecanismo en alguno de estos artículos.

Así las cosas, aunque no consagra la utilización del mecanismo, es evidente que la finalidad del mecanismo es la que subyace al fallo (la propia sentencia declara que ésta “no puede quedar desatendida”), y esa misma finalidad podría fundamentar, ciertamente, la aceptación del mecanismo en nuestro Derecho positivo, de igual forma que, de ser utilizado por la parte o de haberse previsto como cláusula contractual, con seguridad será admitido por el juez en cuanto a que comparte finalidad con el principio formulado por esta sentencia (y, por tanto, es fácil que vaya a determinar la resolución)<sup>44</sup>.

### **1.3. La conveniencia de una reforma para su aplicación generalizada**

Lo dicho hasta ahora no implica que podamos entender que la figura se encuentre ya perfectamente admitida, en toda su complejidad, en nuestro ordenamiento. Nos parece que para entender esto todavía sería precisa, como mínimo, y como hemos dicho que se ha reclamado por alguna doctrina, la consolidación de una línea jurisprudencial en este sentido concreto que, además, se encargara de fijar su régimen jurídico al completo.

Se ha de tener en cuenta que la apreciación de este mecanismo debería, en principio, excluir la facultad del juez de otorgar plazo prevista en el artículo 1124.3 CC, siendo la concesión previa de plazo por el acreedor una *causa justificada* (en palabras del propio artículo 1124.3 CC) para no concederle nuevo plazo<sup>45</sup>; pudiendo también tenerse presente la regulación que de este aspecto hace el artículo 1504 CC, en virtud del cual, una vez producido el requerimiento por el acreedor, no puede el juez otorgar nuevo plazo<sup>46</sup>. Sin embargo, este aspecto, como otros, sería conveniente que se precisara de manera específica, con el fin de resolver definitivamente la duda sobre si el

---

comprador, no justificable como regla de Derecho dispositivo” (Pantaleón Prieto, 1993, p. 1733). En relación con este último, parece que su justificación podría circunscribirse a los supuestos en los que los bienes en cuestión fueran perecederos (supuesto al que, para Palazón Garrido, parece apuntar el precepto (2016a, p. 905)).

44 En este sentido, apunta Fenoy Picón que no suele haber problema para entenderlo aplicable, sin perjuicio de que no se recoja por nuestro ordenamiento (2015, p. 1577).

45 González Carrasco, 2014, p. 297-300; con exposición de las razones para ello. De la misma autora, *vid.* también 2013, pp. 1278-1281; en particular, pp. 1280, 1281.

46 Tampoco cuando existan circunstancias excepcionales que pudieran aconsejarlo (SSTS de 2 de mayo de 1984, 6 de junio de 2000, entre otras), con algunas excepciones en la jurisprudencia (STS de 2 de febrero de 1984).

plazo otorgado a estos efectos por el acreedor impide al juez conceder el mencionado plazo de gracia —que no se plantea respecto a las relaciones entre profesionales, por aplicación del artículo 61 CCom, que expresamente impide la concesión judicial de plazos de gracia<sup>47</sup>—, puesto que una respuesta clara no necesariamente se desprende de la mera admisibilidad de la concesión de plazo por el acreedor; y existe, además, doctrina contraria a esta idea<sup>48</sup>.

Ciertamente, una manera de entender incluido este mecanismo en nuestro Derecho positivo sería la de considerar que el artículo 1504 CC, cuando habla de requerimiento, se refiere a un requerimiento de pago. Pero ya hemos dicho que ésta no es la línea seguida por la jurisprudencia, lo cual, teniendo en cuenta la tendencia jurisprudencial que parece propender a su acogimiento, bastante llamativo<sup>49</sup> y, tal vez, también no menos significativo. Sea como fuere, tampoco parece que lo más adecuado sea basar este mecanismo, con el cambio de paradigma resolutorio que su aceptación conllevaría, en un artículo que, al fin y al cabo, y además de ir destinado a la regulación de un determinado sector contractual (el de la compraventa de bienes inmuebles), no iba dirigido a albergarlo<sup>50</sup>.

Entendido esto así, parece posible considerar que lo más conveniente sería una reestructuración de nuestro modelo resolutorio que, aunque pudiera culminarse a través de una intensa labor jurisprudencial<sup>51</sup>, parece que si no queremos que la práctica se despegue en gran medida de lo previsto por el Código (como sucedía, por ejemplo, en Francia con anterioridad a la reforma de 2016), o que dé lugar a posibles situaciones de abuso o inseguridad jurídica<sup>52</sup>, debería producirse a través de una reforma legal como la que, de hecho, supondría la aprobación de un texto como el que se propone en la PMCC o en la PCC.

---

47 Cosa que puede, claro, relacionarse con el especial valor que al factor tiempo se otorga en este ámbito (*vid.* Reverte Navarro, 1975, p. 111, aunque este autor lo vincula a la idea del plazo esencial, que, dice, se producirá “casi siempre”, lo que quizá resulte en una generalización un tanto excesiva).

48 Es el caso de Carrasco Perera, que entiende que “el transcurso del plazo prejudicial no impide que el juez haga uso discrecionalmente de este término de gracia que le concede la norma”, incluso aunque dicho plazo revelara “la falta de voluntad o la imposibilidad de cumplimiento del deudor” (2015, p. 173).

49 En idéntico sentido y de manera muy expresiva, Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 231.

50 Se refiere Rodríguez-Rosado al “eficaz sistema de plazo adicional que el Código Civil, tal vez sin ser plenamente consciente, recogió en este punto” (*ibíd.*).

51 Que, no en vano, ya ha admitido de manera generalizada la eficacia de la declaración de resolución extrajudicial.

52 Lo mismo ha entendido, aunque desde un punto de vista más general, para la resolución extrajudicial, Palazón Garrido (2011, p. 438).

Ahora bien, que el modelo de estas Propuestas o del propio artículo 66 bis TRLGDCU sea o no el más recomendable, o que estos textos sean capaces de colmar todas las cuestiones que el mecanismo plantea, es ya otra cuestión.

Debe consignarse, además, que la inclusión expresa del mecanismo de plazo adicional a través de una reforma —o, en este caso, de la promulgación de una norma nueva— es la opción por la que ha optado el legislador catalán, a través de la aprobación del Libro Sexto del Código Civil Catalán (en adelante, CCCat) —cuya constitucionalidad ha sido recientemente confirmada por la STC 132/2019, de 13 de noviembre, a pesar de los contundentes votos particulares emitidos junto con la misma—, que dispone este mecanismo para los supuestos de retraso no esencial a propósito de la regulación del contrato de compraventa en sus artículos 621-13 (3) (en relación con las obligaciones del vendedor y el tiempo de cumplimiento) y 621-41 (3) (en relación con los remedios de las partes y la resolución), a los que más adelante nos referiremos de nuevo.

Como veremos en el apartado subsiguiente, los textos mencionados tienen cierto margen de mejora, y, como ha mencionado la doctrina, y resultando que la incorporación de esta figura supone una importante novedad, parece que el legislador habría de ser particularmente cuidadoso con ella<sup>53</sup>.

## **2. Los problemas que plantea la adopción del mecanismo de notificación-resolución. El modelo de las normas y Propuestas españolas**

La configuración del plazo adicional que se hace tanto en el artículo 66 bis TRLGDCU como en las Propuestas de modernización arroja una serie de incógnitas y cuestiones sin resolver, algunas de las cuales se detectan también en algunos de los textos supranacionales de los que toman inspiración, al tiempo que del TRLGDCU a las Propuestas puede apreciarse una esencial semejanza, que es natural, dado el origen último común del mecanismo (en el ordenamiento alemán, amén de las relaciones entre las Directivas y la CISG<sup>54</sup>), pero también ciertas distinciones, más allá de lo que se desprende de la simple lectura de los preceptos involucrados.

Evidentemente, la diferencia esencial entre la normativa de consumidores y las Propuestas es que la primera es Derecho vigente, por lo que su alcance es,

---

53 San Miguel Pradera, 2011, p. 1711.

54 Al principio de este trabajo, al presentar la figura del *nachfrist*, hemos comentado el modo en que ésta se desarrollaba en estas dos vertientes, que en ocasiones se han relacionado (*vid. supra* Cap. I, apartado III.1.2.2).

necesariamente, diverso. En contrapartida, las Propuestas tienen un ámbito de aplicación general.

Pero también debe observarse que, mientras que en las Propuestas el mecanismo *nachfrist* se presenta de manera conjunta con un sistema que es esencialmente nuevo, la previsión del artículo 66 bis TRLGDCU ha de aplicarse sobre un sistema —nuestro ordenamiento vigente— que no ha adoptado los modelos promocionados a propósito de las nuevas tendencias en materia de Derecho de obligaciones y contratos, sin perjuicio de la evolución acaecida en sede jurisprudencial en diversas materias.

Ello determina que, a su vez, algunas de las imprecisiones que se han observado puedan predicarse del mecanismo en virtud de su configuración en las Propuestas, y no en la Ley, y al contrario. Por eso, parece procedente efectuar un examen separado de uno y otro modelo, advirtiendo ya que en este punto nos limitaremos a referirnos únicamente a los aspectos de mayor trascendencia apuntados por la doctrina, ofreciendo mayor detalle únicamente de aquéllos que se revelen más relevantes a los efectos de nuestro estudio, a los que haremos alusión, principalmente, en los apartados subsiguientes.

## **2.1. El modelo *nachfrist* según las Propuestas españolas de modernización**

Comenzaremos, en primer lugar, por las Propuestas de modernización, centrándonos en las de carácter civil (salvo en lo que nos puedan resultar de utilidad las Propuestas mercantiles<sup>55</sup>), respecto de las que destacaremos algunos aspectos.

### **2.1.1. Las modalidades de incumplimiento para las que se prevé y sus posibles limitaciones en función de la gravedad del incumplimiento**

En relación con las modalidades de incumplimiento para las que se prevé el mecanismo de plazo adicional, la cuestión puede ser estudiada desde distintas perspectivas.

En primer lugar, hemos dicho anteriormente que tanto la PMCC como la PCC optan, desmarcándose de la generalidad de textos de modernización, por anudar este mecanismo tanto al supuesto del retraso como a la de la falta de conformidad (arts. 1200

---

55 Sobre las que, en general, en relación con la materia que nos compete y, además, en relación tanto con la regulación de la figura en la PMCC —lo cual es extensible a la PCC, en su mayoría— y en el art. 66 bis TRLGDCU, puede verse a Fenoy Picón, 2015, pp. 1029 y ss., donde se observará que muchas de las cuestiones que indicamos respecto a estos textos son reproducibles, también, en relación con el ACM.



PMCC y 518-14 PCC), suponiendo, así, una excepción —junto con el ACM<sup>56</sup>—, con respecto al resto de textos de su clase, circunscritos al incumplimiento consistente en el retraso<sup>57</sup>.

Esta medida ha sido acogida con general agrado por la doctrina, que, no obstante, ha lamentado que no se haya limitado el derecho a resolver para los supuestos en los que la falta de conformidad consista en un defecto de leve entidad<sup>58</sup> (tal y como sí prevé el artículo 7.1.5 (4) Principios Unidroit para los supuestos de retraso en los que el incumplimiento pueda considerarse nimio<sup>59</sup>, o el art. 8:301 (1) de los Principios *Acquis*).

Así, aunque también se ha entendido que esta limitación podría basarse en la exigencia general de buena fe del artículo 7 CC<sup>60</sup>, la doctrina considera que lo más adecuado sería modificar el texto de los artículos citados para reflejarla. Ante casos de posible duda, nos parece que la solución más garantista en este caso es la que pasa por la inclusión expresa del límite en el texto, pareciéndonos el propio límite razonable.

Por otra parte, cierta doctrina ha expresado la preocupación por el hecho de que la falta de concreción del propio concepto de retraso, sobre todo en relación con algunos ejemplos de la práctica, pueda generar dudas en torno a la procedencia del mecanismo de plazo adicional —o incluso un uso indebido del mismo— en supuestos en los que

---

56 Cfr. art. 417-2.2 ACM, que habla de la posibilidad de otorgar plazo adicional “en cualquier caso de incumplimiento”. En el ACM no sólo no se incluyen límites para el incumplimiento consistente en falta de conformidad, sino que se opta por utilizar una fórmula tan abierta como la reseñada, sin límite expreso alguno (lo que, dicho sea de paso, y con independencia de su mayor o menor adecuación, ahorra también el resto de cuestiones que en este apartado estamos reproduciendo con respecto a las Propuestas civiles). *Vid.* también Fenoy Picón, 2015, pp. 1031 y ss., y *supra* Cap. V, apartado III.2.

57 En relación con estos textos, también alguna doctrina ha lamentado la falta de inclusión de la previsión mencionada, que ha sido considerado una limitación sensata al derecho a resolver por medio de plazo adicional (Kleinschmidt, 2018, p. 1315). Además, como señala el mismo autor, y aunque sin vinculación alguna con el *nachfrist*, también la Directiva 1999/44/CE, en su artículo 3.6, indica, en materia de consumo, que “El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia” (*ibíd.*, p. 1311).

58 San Miguel Pradera, 2011, pp. 1710, 1711. *Vid.* también Fenoy Picón, que además propone como posible regulación la del artículo 1486 de la Propuesta sobre compraventa, con matices (2011, pp. 1586 y ss.).

59 En este sentido, el Comentario del artículo insiste en que el incumplimiento en que consiste el retraso es “sustancialmente diferente del cumplimiento parcial o defectuoso”, por lo que el artículo no se aplica a estos otros supuestos de incumplimiento (2004, p. 235).

60 Fenoy Picón, 2011, pp. 1587 y (para las Propuestas mercantiles) 1591.

bien no esté clara la concurrencia del retraso, bien el retraso pueda no ser la causa que motive verdaderamente la resolución<sup>61</sup>.

Desde otro punto de vista, también se ha señalado que el artículo 1200 PMCC —lo mismo puede decirse de su homólogo en la PCC— no indica si la posibilidad de resolver a través de la concesión de plazo está prevista para los casos de incumplimiento esencial o no. Aplicando una interpretación sistemática, puede entenderse que se prevé para los casos de incumplimiento no esencial; sin embargo, la doctrina entiende que nada impediría utilizar este mecanismo también ante incumplimientos esenciales<sup>62</sup> (si bien en estos casos los efectos podrían ser un tanto distintos).

Cabe añadir que, como muchos de sus precedentes, nuestras Propuestas tampoco acogen algunos límites que se aprecian en la CISG en torno al derecho de resolución tras la concesión de plazo adicional: en concreto, que dicho plazo sólo será efectivo para resolver ante determinados tipos concretos de incumplimiento, a saber, en caso de falta de entrega de los bienes por el vendedor (art. 49.1.b) CISG), y en caso de falta de pago del precio o de recepción de los bienes por el comprador (art. 64.1.b) CISG), por lo que no sería efectivo ante incumplimientos consistentes en otras eventualidades<sup>63</sup>.

Por último, desde una panorámica más general, la doctrina ha resaltado como llamativa una cuestión que, ciertamente, no puede decirse que el texto de la PMCC trate de manera muy clara: esto es, si la resolución se reserva a los supuestos de obligaciones sinalagmáticas, como sí señala el vigente artículo 1124 CC, o no, ya que el artículo 1199 PMCC, así como el 1200, guardan silencio en este punto. Aunque la formulación del artículo 1199 PMCC podría dar alguna pista sobre el mantenimiento del presupuesto, no habría una solución clara para la doctrina.

Esta situación se remedia con la PCC, añadiéndose esta importante matización al artículo 518-13 (resolución por incumplimiento esencial). No se dice nada en el art. 518-14 PCC (resolución por retraso o por falta de conformidad —mediando plazo adicional—, y por riesgo de incumplimiento), pero de su formulación (se dice, para todos estos supuestos, que el acreedor “también” puede resolver, dando la idea de que el presupuesto de la relación sinalagmática se ha de entender observado), así como de la

---

61 *Vid.* Yovel, 2007, pp. 18-21; Kleinschmidt, 2018, pp. 1301, 1308.

62 San Miguel Pradera, 2011, p. 1710; Fenoy Picón, 2011, p. 1585 (*vid.* también, 2015, pp. 934, 935, donde la autora indica que habría sido mejor opción aclarar este aspecto en la letra del precepto).

63 Yovel efectúa una interesante comparación en relación con este aspecto entre la CISG y los PECL, que resulta de aplicación al resto de textos de modernización, incluidas las Propuestas españolas, que tampoco prevén estos límites (2007, pp. 17-21).

propia necesidad y presunción de la debida coherencia del texto, cabe entender que se parte del mismo presupuesto también para estos casos.

### **2.1.2. La ubicación del precepto que regula el plazo adicional y las consecuencias del plazo en relación con los remedios**

Como ya hemos referido con anterioridad, el precepto que regula el plazo adicional se sitúa, tanto en la PMCC como en la PCC, en sede de resolución.

Esta elección ha sido objeto de críticas doctrinales, en el entendimiento de que la figura *afecta a todos los remedios* frente al incumplimiento, por lo que debería situarse, más bien, a propósito de las normas generales sobre el incumplimiento<sup>64</sup>.

En este sentido, es sencillo apreciar la diferencia entre la ubicación que se le da en otros textos, en los que habitualmente se presenta de manera separada a la resolución<sup>65</sup>, y la que recibe en las Propuestas españolas. Ciertamente, si se quiere conceptualizar al mecanismo de plazo adicional como herramienta a la que las partes pueden acudir, ni que sea opcionalmente, y sin que ello suponga una condición para el acceso al remedio concreto, antes de acudir a cualquier otro remedio, parece que habría sido más adecuado seguir las indicaciones de la doctrina en este punto.

Preguntándonos si sería posible entender que los redactores de las Propuestas han querido regularlo sólo a propósito de la resolución transmitiendo con ello que, efectivamente, únicamente se podría utilizar como tal de manera previa al remedio resolutorio, se ha de subrayar algo en lo que ya se ha hecho incidencia en más de una ocasión a lo largo de este trabajo: el mecanismo *nachfrist* o de notificación-resolución, según su configuración en el Derecho uniforme, se entiende como una herramienta vinculada primordialmente al remedio resolutorio, en cuanto a que es respecto a este remedio donde despliega todos sus efectos, siendo capaz de transformar un retraso (o una falta de conformidad) no esencial en un incumplimiento esencial, si el deudor no aprovecha el último plazo de cumplimiento que le ha sido otorgado.

Aunque ello no obsta, es evidente, para que se pueda utilizar, facultativamente, antes de cualquier otro remedio, sería posible entender que la regulación del mecanismo es del todo indispensable —dentro de ser una facultad del acreedor, o incluso una carga<sup>66</sup>, y no una obligación— únicamente cuando se utiliza en relación al remedio

---

64 San Miguel Pradera, 2011, pp. 1711, 1712. También, Fenoy Picón, 2015, p. 931.

65 *Vid.* arts. 47 y 63 CISG, 7.1.5 Principios Unidroit, 8:106 PECL, art. 110 Proyecto Gandolfi, III.-1:103 DCFR. Una excepción puede verse en el CESL, en la que se regula a propósito, también, de la resolución (arts. 115 y 135).

66 A este respecto, Díez-Picazo dice que se trata de una facultad del acreedor, en general, que deviene en carga cuando éste trata de valerse del mecanismo para resolver (1998, p. 500).

resolutorio. En relación a otros remedios, y si no va dirigido a la resolución, ciertamente, se puede otorgar como cualquier plazo de gracia o plazo adicional de cumplimiento, sin mayores efectos; en estos casos, su funcionamiento puede verse sujeto a alguna alteración sin que en principio ello afecte en absoluto, en principio, a la posibilidad de acceder al remedio, puesto que sólo se concede de una manera que podríamos denominar como *meramente potestativa*.

Esta justificación podría servir para entender, tal vez, su ubicación en las Propuestas españolas.

No obstante, se ha de atender al hecho de que la generalidad de los textos modernizadores, cuando regulan esta cuestión, también determinan un aspecto que, siendo la regulación general, para todos los tipos de incumplimiento, se aplicaría igualmente cuando el plazo se utilizara ante otros remedios distintos de la resolución: la suspensión de la posibilidad de acudir a otros remedios, salvo las excepciones previstas en cada texto, durante el transcurso del plazo<sup>67</sup>. Este aspecto podría considerarse de importancia suficiente como para entender conveniente una reubicación de los preceptos en el sentido señalado.

Sin embargo, resulta, además, que los preceptos aludidos —los de las Propuestas españolas— tampoco hacen referencia alguna a estos efectos que sobre la posibilidad del acreedor de acudir a los distintos remedios tiene la concesión de plazo: no se refieren al hecho de que los remedios queden “en suspenso” durante el transcurso del plazo, ni tampoco a qué remedios pueden, en su caso, ejercitarse, de igual modo que tampoco explicitan que, una vez transcurrido el plazo adicional sin que se verifique el cumplimiento del deudor, podrá el acreedor recurrir a cualquier remedio frente al incumplimiento, toda vez que la utilización de este mecanismo no supone ejercitar remedio alguno<sup>68</sup>.

A este respecto, convenimos con la doctrina en que todos estos aspectos debieran haberse precisado expresamente<sup>69</sup> (como sí se hace, salvo por lo que hace al último punto de los citados, en el art. 417-2.3 ACM), sobre todo, de cara asegurar la eficacia del plazo adicional en relación con la resolución, y de otorgar seguridad jurídica a las partes: tanto al deudor, en cuanto a que podrá cumplir durante la totalidad del plazo razonable otorgado y debe poder conocer qué remedios pueden ser esgrimidos en su

---

67 *Vid. supra* Cap. III, apartado I.1.4.2 y Cap. VI, apartado II.1.

68 San Miguel Pradera, 2011, p. 1712.

69 Fenoy Picón entiende, no obstante, que a través del artículo 7 CC puede excluirse el recurso a los remedios que *contradigan la finalidad de la concesión de plazo* durante su transcurso (2011, pp. 932, 933; *vid.*, también, p. 934).

contra durante el transcurso del mismo, con la seguridad de que, aunque el acreedor pueda perder el interés en el cumplimiento durante dicho plazo, no podrá proceder a la resolución; como al acreedor, que necesita conocer de qué remedios puede disponer antes, durante, y al finalizar el plazo adicional, y en qué condiciones.

### **2.1.3. Las consecuencias de la falta de fijación de un plazo razonable**

La doctrina ha apuntado, con acierto, otra laguna existente en la regulación del mecanismo de notificación-resolución en las Propuestas de modernización españolas.

En concreto, y fijado un sistema que requiere de la concesión de un *plazo razonable*, no se ha determinado cuáles son los efectos que conlleva la fijación de un plazo que no se considere razonable.

Existen varias posibilidades: la fijación de plazo podría entenderse ineficaz; también podría entenderse que el plazo ha de extenderse hasta que adquiera tal naturaleza, de tal forma que el acreedor sólo pueda acudir al remedio resolutorio una vez dicho plazo adicional, aunque no coincida con el que él hubiera fijado, haya transcurrido; puede introducirse una presunción en función de la cual, mientras el deudor no se oponga al plazo fijado, éste será razonable (como se dispone en los artículos 115.2 y 135.2 CESL); o bien, como prevé el artículo 135.2 CESL para las compraventas de consumo, se puede fijar un lapso temporal mínimo (en el caso del artículo, 30 días), que, aunque no asegurará que el plazo sea siempre razonable, al menos sí reducirá el número de casos en que se entienda lo contrario.

Analizando estas opciones, la doctrina ha basculado entre la segunda<sup>70</sup> (la cual es, por otra parte, la que se recoge en los Principios Unidroit, los PECL o el DCFR<sup>71</sup>) y la tercera<sup>72</sup> opción como preferibles.

Por lo que hace a la cuarta de las opciones indicadas, aunque puede añadir una buena dosis de seguridad<sup>73</sup>, que además se completa, en el mismo texto, con la previsión

---

70 *Vid.* San Miguel Pradera, 2011, p. 1713. La autora hace referencia también al informe elaborado por el Grupo de expertos en Derecho contractual europeo (el *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*, publicado el 3 de mayo de 2011), que se pronuncia a favor de la primera opción reseñada.

71 *Vid.* arts. 7.1.5 (3) Principios Unidroit, 8:106 (3) PECL, III.-3:503 (2) DCFR.

72 Fenoy Picón cree que la solución podría estar en alguna de ambas, aunque tiende a entender más correcta la tercera (2015, p. 932).

73 Arroyo i Amayuelas se expresa a favor de esta medida, aunque señala ciertos aspectos que, en su opinión, podrían haberse incluido para mejorar la regulación (2018, p. 22).

de que el plazo no será reputado irrazonable salvo que el deudor se oponga expresamente a él sin dilación indebida<sup>74</sup>, todavía podría dejar la cuestión imprejuizada en ciertos casos en los que el plazo necesario pudiera ser mayor, como se ha dicho; por no contar con la idea de que en muchos supuestos el plazo de 30 días resultará claramente excesivo. No obstante, se ha entendido que es la mejor opción (en relación, también, con el artículo 66 bis TRLGDCU) para las compraventas de consumo<sup>75</sup>. Sobre este particular volveremos al desgranar el modelo del TRLGDCU.

Por último, cabe entender que la comunicación que no fija plazo en absoluto no sería válida a los efectos de este mecanismo<sup>76</sup>; de hecho, se ha entendido por la doctrina que ni siquiera sería válido el requerimiento que señalara un plazo incierto y no determinable sin recurso a elementos externos<sup>77</sup>.

Tampoco detallan exactamente las Propuestas de qué modo han de proceder las partes en los supuestos en los que no se llega a otorgar plazo o el que se otorga es insuficiente, habida cuenta de que la resolución es extrajudicial, por cuanto se entiende que el deudor podrá discutir ante el juez la razonabilidad del plazo<sup>78</sup> (verdaderamente, es una cuestión de índole procesal)<sup>79</sup>. Del mismo modo, tampoco se hace referencia a las consecuencias de la falta de razonabilidad del plazo una vez que el deudor en su caso

---

74 Tanto en las compraventas de consumo como en las que no lo son, y tanto si el que incumple es el vendedor como si es el comprador (*cf.* arts. 115.2 y 135.2 CESL).

75 Carrasco Perera, 2014, pp. 41, 42.

76 En este sentido, dice Clemente Meoro que lo que el acreedor no puede hacer es “exigir el cumplimiento sin conceder un plazo razonable y luego optar por la resolución”, necesiéndose un segundo retraso (el que se produce sobre el segundo de los plazos disfrutados por el deudor para el cumplimiento) para la resolución (2011, p. 7).

77 Dice Díez-Picazo que el plazo “Debe encontrarse suficientemente determinado o resultar determinable sin recurso a elementos externos punto en cualquier caso debe resultar inequívoco tanto el *dies a quo* como el *dies ad quem*. No basta en este sentido una demanda o intimación, que se limite a pedir o reclamar señalando un tiempo incierto (por ejemplo, tan pronto como sea posible, etc.)” (1998, p. 500). En el mismo sentido, haciendo hincapié en que, de lo contrario, el contratante incumplidor podría entender que puede posponer el cumplimiento indefinidamente, y con cita de Lando y Beale, Clemente Meoro, 1998, pp. 345, 346. Sobre la posible validez de un requerimiento de este estilo a otros efectos, *vid. infra* apartado II.3.1.

78 Arroyo i Amayuelas, 2018, p.19, y 2019, p. 199; Clemente Meoro, 2011, p. 8.

79 Si el ejercicio de la resolución es, como decimos, extrajudicial, cabe pensar que podrá oponerse a ella a través de la contestación a la demanda si el acreedor termina por acudir a los Tribunales a demandar la resolución, aunque también podría el deudor llevar la iniciativa procesal si lo que pretende es que el acreedor acepte el cumplimiento tardío de la prestación, discutiéndose la razonabilidad del plazo, en cuyo caso, como decimos en el texto, podría solicitar del juez la concesión de un plazo que sí fuera razonable. Sobre la posibilidad de manifestar este tipo de cuestiones por vía de excepción, *vid.* González Carrasco, 2013, p. 1279.

se opone expresamente al plazo concedido: la mecánica en torno a estas cuestiones es, al menos por lo que a la letra de la ley respecta, desconocida. Parece que el segundo punto, al menos, y por su mayor naturaleza sustantiva, podría haber sido precisado.

En relación con éste, la doctrina ha entendido que es el juez el que podrá fijar un nuevo plazo, aparejando, además, a esta determinación la de que, de no cumplirse la obligación en este nuevo plazo razonable, se producirá automáticamente la resolución del contrato<sup>80</sup>. Siendo ésta la mecánica, podría objetarse que un plazo razonable (el susodicho plazo razonable) habría transcurrido ya, con toda probabilidad, desde la comunicación inicial del acreedor (aunque en ella misma el plazo que se marcará no lo fuera) hasta el momento incluso en que el juez dictamine este nuevo plazo, por lo que el plazo terminará por ser más largo, así como la situación de inseguridad de las partes y, también, potencialmente los daños por los que pueda tener que responder el deudor.

En la misma situación nos encontraríamos, en realidad, si se entendiera que el juez debe disponer que sea el acreedor quien dicte este plazo razonable (solución que, por lo demás, carece de precedentes en nuestro sistema<sup>81</sup>), así como, de manera todavía más agravada, si se ha de entender que el juez ha de disponer la ineficacia total de la comunicación sin fijar él mismo un plazo, ni disponer que lo haga el acreedor, determinándose así el retorno de la cuestión al estado en que se encontraba con anterioridad al momento en el que el acreedor efectuó la comunicación inicial al deudor.

Habida cuenta del interés que ostenta esta cuestión —y otras relacionadas con el *plazo razonable*— volveremos sobre ello más adelante.

#### **2.1.4. Otras cuestiones relacionadas con el íterin del plazo y su finalización**

Al margen de las cuestiones ya reproducidas, podemos apuntar someramente algunas otras que surgen a propósito del período durante el cual el plazo transcurre o cuando éste finaliza.

En primer lugar, se ha llamado la atención sobre el hecho de que la PMCC no indica si el acreedor deberá notificar al deudor, una vez transcurrido el plazo adicional, la resolución del contrato<sup>82</sup> (tampoco lo hace la PCC), aunque del artículo 1201 PMCC —así como del artículo 518-15 PCC—, que se refiere a la pérdida del derecho a resolver del acreedor de no ejercitarse esta facultad en un plazo razonable, ha inferido la doctrina

---

80 González Carrasco, 2013, p. 1279.

81 *Vid. ibíd.*, incluida la cita de los arts. 699 a 720 LEC.

82 Clemente Meoro, 2011, p. 8.

que la resolución habría de ejercitarse mediante notificación a la otra parte<sup>83</sup>. No obstante, por otros autores se ha entendido que a la comunicación de concesión de plazo podría incorporarse la declaración de resolución, cobrando ésta efectos automáticos tras el transcurso del plazo<sup>84</sup>; entre otras razones, porque es la solución que prevén los textos de modernización supranacionales.

En general, estos textos son mucho más claros en este punto. Así, poniendo el ejemplo de la regulación en los PECL, que se identifica también, salvo alguna diferencia de matiz, en otros textos<sup>85</sup>, la resolución se ejercerá mediante notificación a la otra parte (art. 9:303 (1)), sin perjuicio de lo cual podrá acumular en una misma comunicación la concesión de plazo y una advertencia declarando que, de no producirse el cumplimiento en el tiempo otorgado, la obligación se entenderá resuelta automáticamente (art. 8:106 (3)). Si no hace esto último, también determina el texto que el acreedor deberá resolver la obligación —como se sabe, mediante notificación— en un tiempo prudencial (art. 9:303 (2), con alguna matización en los párrafos subsiguientes).

La adopción de un sistema similar habría beneficiado, por su claridad, al resultado de las Propuestas españolas<sup>86</sup>.

Vista la cuestión desde otro ángulo, también se ha entendido que en la comunicación en la que se concede plazo no debería el acreedor necesariamente advertir al deudor de que, de no cumplir en el plazo otorgado, sobrevendrá la resolución, por entenderse que, una vez transcurrido el plazo, el acreedor tendría que poder acceder a

---

83 *Ibid.*

84 San Miguel Pradera, 2011, p. 1713; 2004, p. 480; Fenoy Picón, 2015, p. 934; Palazón Garrido, 2016a, p. 899.

85 Pueden verse las referencias en Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 19.

86 También puede reseñarse que la redacción de los artículos 1201 PMCC y 518-15 PCC ha dado lugar a algunas otras confusiones: se ha entendido que, al indicar que el acreedor deberá resolver en un plazo razonable desde que conociera el ofrecimiento de cumplimiento tardío por el deudor, o la falta de conformidad del cumplimiento ejecutado, el precepto estaría refiriéndose al propio procedimiento de notificación-resolución y a la iniciativa del mismo, que se habría dejado en manos del acreedor (Roca Trías, 2011, p. 18). Sin embargo, con independencia de que el criterio utilizado por el mismo (que es el mismo que el del artículo 7.3.2 Principios Unidroit o el art. III.-3:508 (1) DCFR) pueda ser, o no, discutible, no parece que se refiera a esa precisa cuestión, sino al propio plazo razonable en el que el acreedor ha de ejercitar la facultad de resolver tras conocer el incumplimiento en el plazo adicional por él dispuesto.



cualquier remedio, incluido el cumplimiento<sup>87</sup>; esta previsión, de hecho, no se contiene en las Propuestas españolas<sup>88</sup>.

Por otra parte, el transcurso de plazo dará lugar a consecuencias distintas en función del comportamiento del deudor. Si cumple en el plazo concedido, entonces el acreedor no tendrá derecho a la resolución (pero sí tendría derecho a la indemnización de los daños producidos por el retraso<sup>89</sup>). Si, por el contrario, no cumple, el acreedor tendrá —evidentemente— derecho a resolver, más a reclamar la indemnización de los distintos daños sufridos.

Ahora bien, ¿sería posible para el deudor cumplir una vez transcurrido el plazo? Aunque, en principio, habría que entender que no, podemos pensar que el plazo adicional puede funcionar a este respecto como el término esencial: como han apuntado algunos autores, el término esencial no impide el cumplimiento; lo que impide es la concesión de plazo por el juez<sup>90</sup>, o que el juez dictamine, en este caso, que la resolución está bien hecha. De igual modo, el plazo adicional otorgado por el acreedor, aunque las Propuestas no lo expliciten<sup>91</sup>, excluiría el plazo de gracia judicial.

Pero el término esencial no empece, como tampoco lo haría el plazo adicional, a que el acreedor pueda aceptar (o incluso exigir<sup>92</sup>, siempre dentro de los límites de la buena fe) un cumplimiento tardío; también el producido con posterioridad a la expiración del plazo adicional.

Para mayor claridad, conviene distinguir entre distintos supuestos. En primer lugar, si el acreedor ha notificado ya la resolución, parece poco probable que el acreedor aceptara el cumplimiento y, desde luego, dependería de su entera voluntad, estando totalmente justificado el rechazo de la prestación en estos casos.

---

87 San Miguel Pradera, 2004, pp. 479, 480.

88 En este sentido, apunta Palazón Garrido que “a diferencia de lo que se exigía en el Derecho alemán antes de la reforma (§ 326 BGB v. ant.) y en el Proyecto Gandolfi (art. 114.3 CEC), no es necesario que la concesión de plazo vaya acompañada de la advertencia de que se rechazará el cumplimiento posterior” (2011, p. 441).

89 En el mismo sentido, Fenoy Picón, 2015, p. 935.

90 González Pacanowska, 2013, p. 8221.

91 Aunque parece haber unanimidad a este respecto, tal vez podría haberse especificado, dada la tradición jurídica española, y el número de supuestos en los que, con fundamento en el artículo 1124.3 CC, el juez puede conceder nuevo plazo (en relación con las causas que permiten al juez conceder nuevo plazo, *vid.* Reverte Navarro, 1975, pp. 90 y ss.; y en relación con el retraso en particular, *vid.*, sobre todo, pp. 98-101). Repárese, además, en que en el nuevo *Code* francés se mantiene la posibilidad para el juez de otorgar plazo de gracia, según el art. 1228.

92 *Ibíd.*

Sin embargo, si el plazo ha expirado ya, pero el acreedor todavía no ha comunicado la resolución (salvo que hubiera añadido esta notificación a la comunicación en la que se concedió el plazo, en cuyo caso nos situaríamos en un escenario idéntico al del primer supuesto), las previsiones que en la generalidad de los textos estudiados requieren que la facultad de resolver se ejercite en un determinado plazo razonable tienen como consecuencia el hecho de que, si esto no sucede, el deudor pueda proceder a un cumplimiento tardío<sup>93</sup>; respecto al cual el acreedor, por haber perdido dicha facultad o derecho, no podría oponerse válidamente<sup>94</sup>.

## **2.2. El modelo *nachfrist* según el artículo 66 bis TRLGDCU**

En contraste con las Propuestas españolas, el artículo 66 bis TRLGDCU supone Derecho vigente; sin embargo, su ámbito de aplicación es claramente más reducido, y esta particular característica nos va a permitir, también, incidir en algunos aspectos que aconsejan, en relación con los apartados subsiguientes, su estudio en segundo lugar.

Encuadrando el ámbito de aplicación del precepto más allá de lo que ya sabemos —esto es, que se refiere únicamente a las ventas de consumo—, puede decirse que el artículo 66 bis TRLGDCU dispone el mecanismo *nachfrist* en relación (únicamente) con el remedio resolutorio, y tan sólo, además, para los supuestos en los que el incumplimiento consiste en una falta total de entrega, por lo que no se aplica, a diferencia de lo que veíamos respecto a las Propuestas, en casos de falta de conformidad<sup>95</sup>. Además de esto, está previsto únicamente para aquellos supuestos en los que es el vendedor el que se retrasa en el cumplimiento de su obligación (no se permite, entonces, generalizar la norma al pago del comprador), y se conjuga con el concepto de incumplimiento esencial para los casos en los que el vendedor hubiera rechazado la entrega o en los que el plazo de entrega sea esencial, en función del apartado segundo del mismo artículo 66 bis.2 TRLGDCU. Por último, se ha estudiado por la doctrina la posibilidad de que la exclusión del precepto por vía convencional, consignada en el primer apartado del mismo, pueda ser extensible al segundo, en el que se prevé el mecanismo propiamente dicho<sup>96</sup>.

---

93 En este sentido, Roca Trías, 2011, p. 18.

94 Por esta precisa razón, Carrasco Perera cree que el transcurso del plazo adicional no convierte el retraso en esencial —tampoco en el caso del 66 bis—, toda vez que el deudor puede todavía cumplir tardíamente (2017, p. 1090; *vid.* también pp. 1098-1110).

95 Este aspecto, sin perjuicio de lo dicho *supra* Cap. I, apartado III.2.2, en torno a que en la Directiva 1999/55/CE también subyace el mecanismo, aunque de manera implícita, en relación con el derecho a la corrección del cumplimiento no conforme (Arroyo i Amayuelas, 2018, pp. 16-19).

96 *Vid.* Carrasco Perera, 2015, pp. 166, 167.

Así las cosas, puede entenderse que, a diferencia de la PMCC y la PCC, no coloca al *nachfrist* como *pieza central* de su sistema resolutorio: necesariamente deberá seguir recurriendo al incumplimiento esencial cuando el acreedor quiera resolver ante cualquier otro tipo de incumplimiento distinto al retraso<sup>97</sup> (en relación con los supuestos de falta de conformidad, además, y aunque no se habla de *nachfrist*<sup>98</sup>, se aprecia que también se ha de conceder un plazo razonable al vendedor antes de resolver, *ex art.* 121 TRLGDCU).

Teniendo todo esto presente, y, en particular, el hecho de que el recurso al *nachfrist* está previsto únicamente para el incumplimiento del vendedor, y no al contrario, se ha cuestionado si éste es, precisamente, el supuesto idóneo en el que introducir el mecanismo, toda vez que no deja de implicar que el contratante profesional tendrá, ante un incumplimiento propio, una nueva oportunidad de cumplir sin tener que hacer frente a una resolución inmediata. En este sentido, puede no ser negativo que el ámbito de aplicación del plazo adicional sea limitado en esta norma.

Además, si atendemos a la literalidad de la norma, parece que el mecanismo de plazo adicional no se establece como una posibilidad para el consumidor: el precepto indica que el deudor “emplazará” al empresario para que cumpla en el plazo adicional<sup>99</sup>. Cabe entender que, ciertamente, la norma peca de excesivamente rígida, y que en ningún caso se puede desprender una verdadera imperatividad del precepto ni que, por tanto, el deudor tenga la obligación de poner en marcha el mecanismo de plazo adicional (que, como hemos dicho varias veces, no deja de ser opcional para el contratante)<sup>100</sup>. Podría, por ejemplo, requerir el cumplimiento<sup>101</sup>.

---

97 En sentido similar, Rodríguez-Rosado distingue, dentro de aquellos sistemas que adoptan el mecanismo, entre aquéllos que lo colocan como “pieza central del sistema” como —dice el autor— el BGB y (“aunque con menor claridad”) también la PMCC, en los que el mecanismo vencerá únicamente cuando el incumplimiento sea definitivo, y aquéllos otros en los que el mecanismo se utiliza únicamente a propósito del retraso, utilizando el incumplimiento esencial para el resto de supuestos (2013, p. 230). En el mismo sentido, Palazón Garrido, 2016a, p. 896.

98 En relación con este plazo razonable “sin necesidad de *nachfrist*”, *vid.* Carrasco Perera, 2015, pp. 169, 176. Debe recordarse, no obstante, que algún autor ha relacionado esta idea, según se plasma en la Directiva 99/44/CE, con el propio espíritu del *nachfrist* (Arroyo i Amayuelas, 2018, pp. 16-19; también, Markesinis/Unberath/Johnston, 2006, p. 422).

99 El CCCat, que examinaremos a continuación, se expresa de manera similar (“debe requerirle”, dice el art. 621-13 CCCat). No obstante, el artículo 621-41 del mismo cuerpo legal se pronuncia de un modo más flexible, así como las Propuestas de modernización españolas.

100 *Vid.* Carrasco Perera, 2014, p. 42; Fenoy Picón, 2015, p. 912. Sin embargo, *vid.* (aunque en un sentido un tanto distinto) González Carrasco, 2013, p. 1281.

101 Carrasco Perera, *ibíd.*

Ahora bien, no podemos ignorar tampoco que el párrafo segundo del mismo art. 66 bis.2 reduce a tres los supuestos en los que el consumidor puede prescindir de este mecanismo: según la literalidad del precepto, podrá hacerlo en los casos en los que *el empresario haya rechazado entregar los bienes*, cuando *el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias*, o bien siempre que *el consumidor informe al empresario, antes de la celebración del contrato, de que es esencial que se produzca la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada*.

No deja claro el precepto si, fuera de estos casos, el deudor podrá acudir a la resolución basándose en un incumplimiento esencial, en el entendimiento de que el TRLGDCU no limita el alcance del artículo 1124 CC en esta materia. Ciertamente, una interpretación restrictiva en esta cuestión se acompañaría mal con la idea de la mayor protección del consumidor, que late detrás de toda esta normativa, pero se ha dicho que la interpretación más correcta de la norma habría de dejar fuera esta posibilidad; aunque, por otra parte, normalmente cualquier otro incumplimiento esencial podrá reconducirse a través de una de las circunstancias recogidas en el párrafo segundo del art. 66 bis.2<sup>102</sup>.

Con todo, parece que esa limitación de las posibilidades de resolución<sup>103</sup>, así como el propio hecho de que el mecanismo de plazo adicional se prevea como instrumento, única y precisamente, a manos del deudor<sup>104</sup> —con lo cual, salvo en los casos en los que se le permite prescindir de él, en principio, habrá de conceder siempre una última oportunidad de cumplimiento al vendedor—, pueden conducirnos a la duda razonable de si este régimen realmente es efectivo a la hora de proteger los intereses del consumidor.

---

102 Carrasco Perera, 2015, p. 176.

103 Lo mismo puede decirse respecto a la resolución en casos de falta de conformidad (*vid. ibíd.*, pp. 169, 176).

104 Cabría plantearse si habría resultado aconsejable disponer esta medida para su utilización por el vendedor. En este caso, aunque se otorgaría una segunda oportunidad de cumplimiento para el consumidor, también se establecería una mayor facilidad para el vendedor, que ya no necesitaría sujetarse a los presupuestos típicos de la resolución (*ex art. 1124 CC*) para resolver. El hecho de que el plazo se prevea sólo como mecanismo para su uso por el consumidor no implica que, en su caso, el vendedor no pueda constituir en mora al consumidor y que pueda llegar a concederle un plazo de cumplimiento que podría interpretarse por la doctrina, en función de las circunstancias, como indicativo de la gravedad del incumplimiento del consumidor, según lo visto hasta ahora (*vid.*, además, *ibíd.*, p. 170). De igual modo, cabe entender que, si el mecanismo de plazo adicional se generalizara, tal vez también podría llegar a ser utilizado por el vendedor con total efectividad, a menos que ello se prohibiera expresamente para este tipo de casos.

En este sentido, puede pensarse que habría sido más protector para con el consumidor simplemente entender que, ante un retraso del vendedor —seguramente, salvo que este fuera nimio—, podría éste acudir a la resolución sin necesidad de otorgar plazo adicional para el cumplimiento alguno<sup>105</sup>.

Vistas así las cosas, puede resultar coherente que no se introduzca norma alguna como la del art. 135.2 CESL (que, de hecho, se prevé también para el caso en que el consumidor sea el que resulte requerido al retrasarse en cumplir), que determina que el plazo razonable ha de tener una duración mínima de 30 días, y que ya hemos dicho que alguna doctrina ha valorado positivamente, dado que el plazo se concede a un vendedor profesional.

Dicho esto, más allá de estos importantes rasgos definitorios, que sin duda alejan a este precepto en un buen número de aspectos con lo que hasta ahora se ha estudiado, veremos que, por lo que hace a la mecánica de la figura, su configuración en esta norma da lugar a muchas de las consideraciones y de los aspectos problemáticos que se han expuesto ya con ocasión del modelo previsto en las Propuestas (no en vano, además, en alguna ocasión se ha nombrado esta misma norma al hilo de la exposición referida)<sup>106</sup>. Así, resultan reproducibles (recordando, además, que nuestra lista no se ha de considerar exhaustiva), en relación al plazo adicional del artículo 66 bis, los siguientes puntos de los anteriormente referidos: la relación del plazo adicional con los remedios, durante y después del transcurso del plazo; la falta de concreción en torno a las consecuencias del defecto en la fijación del plazo razonable; las cuestiones en torno a la necesidad de comunicar la resolución; o los aspectos que se han destacado en torno al ínterin y la finalización del plazo adicional.

Por el contrario, no deberán tenerse en cuenta las consideraciones hechas en torno a la ubicación del precepto (además de porque se trata de una norma con una sistemática distinta, porque en ella sí se prevé únicamente el plazo a propósito del remedio resolutorio, con seguridad), o a la relación entre el mecanismo y el incumplimiento consistente en la falta de conformidad, al que no se aplica.

Sin perjuicio de las similitudes, el contexto en el que el concreto precepto se sitúa —tanto la propia norma en sí misma considerada, con su estructura interna, como ésta en relación con el ordenamiento en el que se inserta— determina que existan otras

---

105 En este sentido, Arroyo i Amayuelas, 2019, pp. 216, 217.

106 En relación con el estudio de una parte de los aspectos que hemos desarrollado a propósito de la PMCC y la PCC, *vid.* Fenoy Picón, 2015, pp. 873 y ss. (y, en particular, en las pp. 912 y ss.). Para una referencia comparativa entre los artículos 66 bis TRLGDCU y 1200 PMCC, *vid.*, de la misma autora y obra, la p. 936.

muchas cuestiones que no se predicán respecto del mismo mecanismo en el ámbito de las Propuestas.

Dentro de estas cuestiones<sup>107</sup>, nos parece que, sin duda, las que más interés pueden ostentar a los efectos de nuestro estudio son las que nos llevan a preguntarnos por la coherencia y coordinación que una norma como la del 66 bis tiene con el resto de nuestro Derecho positivo, en el que, como ya hemos dicho, no se regula con carácter general la institución del *nachfrist*.

En concreto, y además de una posible falta de coherencia interna de la propia norma entre varios de sus preceptos<sup>108</sup>, la doctrina ha cuestionado la adecuación y coordinación de lo que el TRLGDCU dispone para el incumplimiento con las normas generales rectoras de esta materia en el ordenamiento, destacando la poca o nula previsión del legislador al respecto; a propósito de lo cual puede anticiparse ya que la Ley se remite a las normas que regulan la responsabilidad contractual, que se consideran aplicables en lo no previsto por el TR<sup>109</sup>.

En primer lugar, y sabiendo, sobre todo, que el recurso al *nachfrist* es muy limitado en el TRLGDCU, y que, por tanto, el modelo resolutorio previsto parte en un buen número de supuestos del concepto de incumplimiento esencial —entre ellos, los que dispone el artículo 66 bis.2.2, para los casos en los que no proceda la concesión de plazo—, la doctrina ha analizado este sistema a la luz del concepto de incumplimiento resolutorio utilizado extramuros de la norma, cuestionando si serían de aplicación los criterios jurisprudenciales habitualmente manejados a tal efecto<sup>110</sup>.

Por lo que hace, en segundo término, al propio sistema resolutorio —extrajudicial o no—, parece posible entender que el recurso al *nachfrist* queda salvado gracias a la construcción doctrinal que entiende que la resolución extrajudicial es posible<sup>111</sup>; previsión que podría ser, una vez ha sido aceptada de manera general, extensible a la resolución para cualquier tipo de supuesto bajo el ámbito de la norma. Sin embargo, subyacen otros problemas irresueltos (así, en relación a su coordinación con los artículos 1504 y 1505 CC<sup>112</sup>), y es evidente que la norma no ha previsto solución

---

107 Además de las referencias ya citadas, un estudio en profundidad sobre este precepto en su contexto, y sin perjuicio de lo que expondremos en adelante, puede verse en Fenoy Picón, 2015, pp. 873 y ss.

108 Carrasco Perera, 2015, pp. 169 y ss.

109 *Vid. infra* apartado II.1.

110 Carrasco Perera, 2015, pp. 171, 172; Fenoy Picón, 2015, pp. 919 y ss.

111 *Vid.* González Carrasco, 2013, p. 1279.

112 Carrasco Perera, 2015, p. 171 para el art. 1504 CC, y p. 173 para el 1505 CC.

alguna, aunque debiera haberlo hecho, a la posible colisión con la facultad judicial de conceder plazo prevista en el artículo 1124.3 CC; para la que alguna doctrina ha apuntado, como ya hemos dicho con anterioridad, que esta facultad habría de excluirse en los supuestos en los que el deudor hubiera otorgado plazo (aunque esta solución no es pacífica<sup>113</sup>).

Sin perjuicio de la importancia de estos concretos aspectos, quizá la cuestión que mayor relevancia ostenta para nuestro objeto de estudio es que, resultando aplicable a los deudores de operaciones de consumo el artículo 1100 CC, tampoco el legislador ha previsto la posible interacción entre el plazo adicional y la mora del deudor<sup>114</sup>. Después de las confusiones existentes entre una figura y otra, de las implicaciones que cada una de ellas tiene para la otra, y de los distintos puntos de colisión que entre ambas se adivinan, la introducción del mecanismo *nachfrist* en nuestro Derecho positivo a través del TRLGDCU habría sido una ocasión única para delimitar la función de ambas y su interacción. Sin embargo, como tampoco se ha hecho respecto a otras cuestiones, el legislador ha tenido a bien introducir esta figura sin disponer medida alguna de coordinación con la mora del deudor.

### **2.3. La regulación del plazo adicional para el retraso no esencial en la compraventa en el Libro Sexto del CCCat**

Por último, cabe citar que la regulación del plazo adicional que se hace para los supuestos retraso no esencial en la entrega de los bienes, en sede de compraventa —tanto general como de consumo<sup>115</sup>—, recogida en dos artículos distintos<sup>116</sup> del Libro Sexto del CCCat (arts. 621-13 (3)<sup>117</sup> y 621-41 (3)<sup>118</sup>), por una parte mantiene algunas de las lagunas que se han señalado ya, mientras que, por otra, incorpora algunas soluciones que no se encuentran en estos textos: en concreto, en primer lugar, y en una solución

---

113 A favor de la exclusión de esta facultad, González Carrasco, 2013, p. 1279. En contra, Carrasco Perera, 2015, p. 173.

114 Así lo pone de manifiesto también Carrasco Perera, 2015, pp. 167, 168 y 172.

115 Se refiere Fenoy Picón al artículo 621-41, aunque esta conclusión nos parece igualmente aplicable al art. 621-13 CCCat (2015, p. 884).

116 A diferencia de lo que se hace en el TRLGDCU (*vid.* Fenoy Picón, 2015, p. 885).

117 “3. Si el vendedor no entrega el bien tempestivamente, el comprador debe requerirle a hacer la entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias, a menos que el vendedor se haya negado a entregar el bien o que el plazo de entrega sea esencial.”.

118 “3. El retraso en el cumplimiento que no sea esencial permite resolver el contrato si el comprador o el vendedor no cumplen en el plazo adicional de cumplimiento que le haya notificado la otra parte, que debe ser adecuado a las circunstancias. El plazo adicional se considera razonable si la otra parte no se opone sin dilación indebida.”.

que se importa directamente del CESL (artículos 115.2 y 135.2)<sup>119</sup>, se indica que el plazo se entenderá razonable siempre que la otra parte no se oponga a él.

Sin embargo, al contrario de lo que hace el texto mencionado en su artículo 135.2, para los supuestos entre consumidores y usuarios, no se aportan otros criterios más concretos que permitan juzgar la razonabilidad del plazo, y cuya inclusión entiende la doctrina que habría sido ventajosa<sup>120</sup>, como el que el artículo citado introduce al determinar que el plazo no podrá ser, en ningún caso, inferior a 30 días (o, de otro lado, el art. 621-54 (1) CCCat, que determina un plazo de 20 días de duración en materia de pacto comisorio al que, no obstante, se le puede achacar una falta total de flexibilidad<sup>121</sup>).

En segundo lugar, también puede valorarse positivamente el hecho de que el artículo 621-41 (5) CCCat<sup>122</sup> prevea expresamente la posibilidad de incorporar a la comunicación de concesión de plazo adicional la advertencia de que, de no verificarse el cumplimiento en el plazo otorgado, la resolución se entenderá producida automáticamente, sin necesidad de nueva notificación; previsión reclamada por la doctrina y que, como se ha dicho, no se recoge en los otros textos cuyos modelos estamos estudiando en el presente epígrafe.

En último lugar, nos parece que puede trazarse cierto paralelismo entre la regulación del CCCat y la del TRLGDCU en relación con ciertas cuestiones<sup>123</sup>. Así, la delimitación de los supuestos en los que no será preciso otorgar un plazo adicional para resolver se deja influir, parcialmente, por el TRLGDCU, toda vez que el art. 621-13 (3) CCCat se refiere a los supuestos en los que “el vendedor se haya negado a entregar el bien o que el plazo de entrega sea esencial”<sup>124</sup>; que parece que podrían, en general,

---

119 *Vid.* Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 20-22.

120 En este sentido, Arroyo i Amayuelas, quien además entiende que el plazo deberá reputarse abusivo, incluso faltando la oposición de la contraparte, cuando sea demasiado corto para pagar o demasiado largo para entregar los bienes, sobre todo, si estos plazos no guardan la debida relación entre sí (2018, p. 22; 2019, p. 214).

121 “1. El pacto de condición resolutoria establecido para el supuesto de falta de pago de todo o una parte del precio aplazado faculta al vendedor para resolver el contrato y recuperar el inmueble, siempre y cuando haya requerido previamente al comprador mediante un acta notarial que en un plazo de veinte días efectúe el pago, con la advertencia de que, si no lo hace, se resolverá la compraventa.”

122 “5. La facultad de resolución del contrato se ejerce por medio de una notificación a la otra parte, salvo que, en el momento de notificar el plazo adicional a que se refiere el apartado 3, se haya establecido que la resolución es automática a su vencimiento.”

123 *Vid.* también, Fenoy Picón, 2015, p. 1037.

124 *Cfr.* art. 66 bis 2.2 TRLGDCU.



identificarse con supuestos de incumplimiento esencial<sup>125</sup>, para los que el apartado primero del mismo artículo 621-13 prevé una resolución automática, en el sentido de que no requeriría la previa concesión de un plazo adicional para el cumplimiento<sup>126</sup>.

También puede hacerse una razonable comparación entre ambos textos en la medida en que, tanto en uno como en otro, el recurso al *nachfrist* se deja únicamente para los supuestos de retraso, no siendo posible su aplicación a los casos de falta de conformidad —como sí disponen la PMCC y la PCC—<sup>127</sup>.

De igual modo, tanto en el TRLGDCU como en el CCCat se eligen redacciones que dan la sensación de que la concesión de plazo es obligatoria para el comprador (“lo emplazará”, dice el TRLGDCU; “debe requerirle”, el art. 621-13 CCCat), respecto a lo cual hemos dicho que no parece posible entender que se trata de preceptos imperativos<sup>128</sup>, a lo que ha de añadirse la redacción, más flexible, del art. 621-41 CCCat. Además, en el CCCat no se limitan los motivos que permiten al contratante recurrir a la resolución prescindiendo del plazo adicional del modo en que se hace en el TRLGDCU.

Y, en fin, al igual que se ha dicho respecto de otros textos (en particular, el TRLGDCU), no existen otras normas que puedan disciplinar las posibles relaciones entre este plazo adicional y otras figuras, si bien en este caso podría quedar excusado atendiendo a la naturaleza de la norma de la que estamos hablando, que, —espinosa—

---

125 En el mismo sentido, Fenoy Picón, 2015, p. 885.

126 “1. El contrato puede resolverse si el incumplimiento de la otra parte es esencial”. También, en el mismo artículo, “2. Se entiende que el incumplimiento es esencial si priva sustancialmente a la otra parte de aquello a lo que tenía derecho según el contrato.”.

El mantenimiento de la noción de incumplimiento esencial ha sido censurado por alguna doctrina (*vid.* Arroyo i Amayuelas, 2018, pp. 22-24; 2019, pp. 213-216).

127 También en tono crítico, Arroyo i Amayuelas, 2018, pp. 23. La autora incide, además, en la falta de coherencia que, a su modo de ver, implica acoger dos criterios distintos para la resolución en función del tipo de incumplimiento ante el que nos encontremos: el incumplimiento esencial para la falta de conformidad, y el plazo adicional para el retraso (2019, pp. 216, 217). Esto es sin perjuicio, añadimos nosotros, de que ante un retraso que produzca un incumplimiento esencial también se podrá acudir a la resolución sin necesidad de otorgar un plazo, basándonos, también, en el incumplimiento esencial; no obstante lo cual es fácil apreciar que, como indica la autora, para los casos de falta de conformidad sólo es posible resolver mediando el incumplimiento esencial, mientras que en caso de retraso, sin necesidad de que éste sea particularmente cualificado, ya se podrá acudir a la resolución a través de la concesión del plazo, prescindiendo por completo de requisito alguno de esencialidad en el incumplimiento. Como es evidente, la PMCC y la PCC, al permitir el recurso al *nachfrist*, también, para los supuestos de falta de conformidad, no se ven afectadas por este inconveniente.

128 *Vid. supra* apartado 2.2.

cuestión competencial mediante, tal vez podría pensarse que no tendría que colmar por completo, necesariamente, toda la regulación de la materia que disciplina<sup>129</sup>.

### **3. La cuestión de la razonabilidad del plazo: ¿es el *nachfrist* la solución a la indeterminación que provoca el artículo 1124 CC?**

Para estudiar esta cuestión hemos de partir de un hecho: ninguno de los textos que regulan el *nachfrist* se detiene a explicitar en qué consiste exactamente el plazo razonable<sup>130</sup> (aunque en ocasiones se ofrezca una definición de “razonabilidad” que, en realidad, poco aporta a la discusión<sup>131</sup>). Y ello a pesar de que es uno de los pilares fundamentales sobre los que pivota el mecanismo.

Esta realidad ha motivado que algunos autores hayan ofrecido posibles criterios de concreción de este concepto. Se ha dicho, en particular, que la razonabilidad se ha de valorar en función de las circunstancias del caso concreto, entre las cuales se ha de tener en cuenta que el plazo concedido ha de permitir al deudor ejecutar la prestación sin desmesurados esfuerzos, calibrándose los posibles impedimentos o dificultades a que pudiera hacer frente, y debiendo ser el plazo lo suficientemente amplio para que no sea una simple maniobra del acreedor para legitimar una resolución que le resultará conveniente más allá de los criterios básicos de buena fe que deben regir, como no puede ser de otro modo, también en esta materia<sup>132</sup>. Por otra parte, otros autores han hecho referencia a la necesidad de valorar los intereses de ambas partes, haciendo hincapié, en relación con el acreedor, en cuestiones tales como sus posibilidades de obtener un negocio de reemplazo<sup>133</sup>, o la posible situación de inejecución en la que pueda encontrarse respecto de sus propios acreedores<sup>134</sup>, entre otros aspectos.

---

129 En sentido radicalmente opuesto a la idea de que el CCCat no deba ser un código completo, *vid.* Bosch Capdevila, 2009, pp. 23-29; 2012, pp. 25-29.

130 Indica Arroyo i Amayuelas que todos los textos “abandonan su concreción a la adecuación de las circunstancias” (2018, p. 19; 2019, p. 199).

131 *Vid.* Yovel, 2007, p. 30.

132 *Vid.* López López, 1998b, p. 425. El autor pone un ejemplo de lo que sería, en sus palabras, una “conducta irrazonable”, que puede subsumirse en el supuesto del plazo irrazonable que estamos comentando, apuntando al caso en el que, “ante un desplome del precio de las mercaderías, y la posibilidad de procurárselas más baratas, aprovechar un pequeño retraso en la entrega para fijar un plazo adicional de cumplimiento tan corto que en manera alguna pudiera ser utilizado por el vendedor, y declarar a continuación resuelto el contrato.

133 Díez-Picazo, 1998, p. 500.

134 Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 554.

Algunos autores han apuntado a otros criterios distintos, tales como la naturaleza de los bienes debidos, la existencia de posibles reclamaciones por parte de terceros, la necesidad de las partes de recurrir a profesionales del Derecho para delimitar correctamente ciertos derechos, o también, de manera general, la naturaleza y objeto de contrato, del mismo modo que también se ha entendido que el requisito de la razonabilidad del plazo no es sino una expresión del propio principio de buena fe contractual<sup>135</sup>.

Otro criterio que podría, tal vez, también utilizarse, además de los relacionados, es la consideración al tiempo material que el deudor hubiera tenido para el cumplimiento en un cómputo global, contando, incluso, con el plazo de que hubiese dispuesto inicialmente para el cumplimiento, e incluso con el que hubiese transcurrido hasta el momento en el que se fija el plazo suplementario. En este sentido, creemos que, aunque el plazo que ha de juzgarse como razonable o no es el que se concede como suplementario, en algunos supuestos en los que el lapso de tiempo anterior a la concesión del plazo adicional (en el que, recuérdese, el deudor podía cumplir) hubiera sido de considerable duración, podría entenderse que un plazo adicional algo más corto es perfectamente razonable, en función de las circunstancias del caso concreto, y teniendo en cuenta que esta solución debería perfilarse como excepcional<sup>136</sup>.

Como es evidente, será el juez el que, en cada caso, tendrá que estudiar la concurrencia e incidencia de estos criterios (que variarán, además, en función del supuesto) para decidir si el plazo concedido por el acreedor es razonable. Correspondientemente, se entiende que el deudor podrá recurrir a la vía judicial para discutir, precisamente, la razonabilidad del plazo, siempre que considere que éste pueda no haber sido razonable<sup>137</sup>, en atención, claro está, a sus propios intereses. Pues bien:

---

135 A todos ellos hace referencia Yovel (2007, pp. 29-31).

136 A la misma idea apunta Mak (“it may be taken into account that the seller has had time to perform within the time set by the original contract and that an additional period of time, therefore, is likely to be shorter”), que entiende podría ser aplicable incluso a los supuestos en los que el acreedor hubiese olvidado fijar un plazo en su comunicación; lo cual ya nos parece más difícil de aceptar (2009, pp. 174, 175). También Yovel fija su atención en esta cuestión, aunque la lleva al extremo de entender que el momento a partir del cual comience el cómputo del plazo razonable, de manera general, podría ser anterior a aquél en el que se produce la comunicación del acreedor, entendiendo que será el juez el que determinará el *dies a quo* en cada caso (2007, p. 22). Tampoco nos parece posible defender esta postura, si implica una aplicación generalizada de la idea referenciada, por cuanto ello trasladaría una gran inseguridad jurídica a las partes, debiendo tenerse además en cuenta que, en muchas ocasiones, sólo a partir de la concesión de plazo suplementario puede sospechar el deudor que sobrevendrá la resolución de no verificarse el cumplimiento en el plazo otorgado (especialmente cuando en esta comunicación deba incluirse tal advertencia, pero también, incluso, si ello no es así), por lo que la previsibilidad del resultado de su falta de cumplimiento en uno y otro escenario será distinta.

137 Palazón Garrido, 2011, p. 447; Arroyo i Amayuelas, 2019, p. 211.

esto va a determinar, a la fuerza, que las partes —y, singularmente, el acreedor— deban sujetarse a una cierta indeterminación, derivada de la posibilidad de que el deudor discuta la razonabilidad del plazo y que el juez pueda determinar que éste no fue, en efecto, razonable, con las consecuencias que para ello se determinen (y que, en general, no permitirán que la resolución se considere efectuada por el transcurso del plazo considerado insuficiente).

Precisamente, debe advertirse que la cuestión que aquí tratamos difiere de otra que se acaba de sugerir y a la que ya nos hemos referido con anterioridad: la determinación de lo que sucederá, de manera concreta, cuando el plazo que el acreedor concede al deudor no sea razonable, en la medida en que esta contingencia podrá tener soluciones diferentes según el texto concreto al que nos refiramos. No se trata ahora de poner de manifiesto la falta de soluciones, visible en algunos textos, para la eventualidad del plazo que no es razonable y es denunciado por el deudor, como se ha hecho más arriba; sino, más bien, de destacar la falta generalizada de criterios que permitan conocer cuándo el plazo no es razonable<sup>138</sup>, y, sobre todo, el resultado de indeterminación al que ello nos lleva.

Aunque una formulación laxa de este principio, sin criterios delimitadores, puede resultar razonable hasta cierto punto —y, de hecho, por alguna doctrina se ha valorado positivamente esta opción, por cuanto permite que el examen de la razonabilidad se adapte a cada supuesto concreto<sup>139</sup>—, parece evidente que también trae resultados perniciosos: en concreto, la indeterminación recién mencionada.

En este sentido, podemos realizar una valoración, en comparación con las críticas que ha recibido nuestro sistema resolutorio actual, y decir que, si con el mecanismo resolutorio que pivota sobre la base del incumplimiento esencial el acreedor puede sufrir la inseguridad que se deriva de la constatación de dicho incumplimiento esencial o suficientemente grave, aquí esa inseguridad no se elimina, sino que se traslada a la cuestión de la razonabilidad del plazo<sup>140</sup>.

---

138 Tras indicar que el deudor podrá contestar judicialmente la resolución sí cuando el plazo da para cumplir no haya sido razonable, Arroyo i Amayuelas reseña, a modo de reflexión sin respuesta, la siguiente cuestión: “¿hubiera sido preciso establecer cuándo lo es?” (2019, p. 211).

139 San Miguel Pradera, 2011, p. 1712; Mak, 2009, pp. 174, 175.

140 Aunque la autora no repara o no se detiene en esta cuestión, lo que aquí decimos se ve muy claramente en una comparación que Fenoy Picón efectúa entre los artículos 1124 CC y 66 bis TRLGDCU: “en la resolución del artículo 1124 CC, si media discusión entre el vendedor y el comprador sobre si el incumplimiento del primero fue resolutorio, *corresponderá a los jueces valorar y calificar si el retraso en el cumplimiento conllevó la frustración del fin del contrato*. En el artículo 66 bis.2.I TRLGDCU, los jueces controlarán *si el plazo adicional fijado por el consumidor al empresario para la entrega del bien fue adecuado a las circunstancias*” (2015, p. 922).

La incidencia de este problema podría ser mayor, además, en los sistemas que no determinen con un cierto grado de concreción —y, por tanto, de fiabilidad para el acreedor— qué se ha de entender por *incumplimiento esencial*, cuando éste permita acudir por sí solo a la resolución, puesto que, ante la duda, serán más los acreedores que acudirán al procedimiento de notificación-resolución para asegurar la efectividad de la resolución (o la mayor seguridad que otorga, como veremos, la eliminación del requisito de la gravedad del incumplimiento).

En busca de una posible solución a este problema, podrían resultar de utilidad algunos criterios, como los que aporta el CESL en sus artículos 115.2 y 135.2, antes reseñados, en los que se indica que el plazo se entenderá razonable siempre que el deudor no se oponga a él, o se fije un plazo mínimo como plazo razonable (para las ventas al consumo), respectivamente<sup>141</sup>. O, en idéntico sentido, el plazo mínimo de 15 días marcado —para cualquier tipo de contrato, y no sólo en contratos con consumidores— por el artículo 114.1 del Proyecto Gandolfi<sup>142</sup>.

Estos criterios sin duda serán de ayuda para que los supuestos en los que el plazo se reputa irrazonable se vean cuantitativamente disminuidos. Sin embargo, siguen sin solucionar el problema, puesto que sólo tendremos la ansiada seguridad de que el plazo es irrazonable en los casos en los que su duración sea menor a la establecida por la norma (si, en el caso del CESL, el plazo otorgado es de menos de 30 días, sabremos ya que no puede entenderse razonable<sup>143</sup>); pero el hecho de otorgar un plazo mayor no necesariamente tiene por qué significar que éste sea ya razonable, en atención a las circunstancias, y así, cuando el deudor, efectivamente, se oponga al plazo concedido, nos encontraremos exactamente en la misma situación.

En realidad, lo que sucede es que esta indeterminación va de la mano del propio mecanismo, es inherente a él —y, por tanto, se apreciará, en principio, en todos los textos que lo acojan, con independencia de la configuración concreta—: el acreedor tendrá la facilidad de resolver sin que el incumplimiento sea esencial o especialmente grave; pero, como contrapartida, el deudor siempre podrá discutir el plazo concedido por éste para el cumplimiento tardío.

---

141 Acoge estos criterios, estimando que hubieran sido deseables algunas orientaciones sobre la duración del plazo, Arroyo i Amayuelas (2019, p. 214).

142 Este criterio está presente también en el *Codice Civile* italiano (*vid.* art. 1454.2), que también fija en 15 días el período mínimo que se ha de fijar para el plazo suplementario razonable de cumplimiento que prevé, salvo que las partes hubiesen dispuesto otra cosa, o que, en función de la naturaleza del contrato o según los usos, resulte razonable un período inferior.

143 Parece que cabría entender que, incluso aunque la parte afectada no se opusiera, que el plazo inferior a 30 días —considerando, especialmente, que se fija en materia de consumo— tiene el carácter de abusivo (en sentido similar, Arroyo i Amayuelas, 2019, p. 214).

Alguna doctrina se ha planteado, con todo, si las partes podrían excluir la posibilidad de que el deudor discutiera el plazo en sede judicial por vía convencional<sup>144</sup>. A nuestro juicio, parece poco probable que ello pudiera aceptarse, toda vez que, como decimos, la posibilidad de discutir el plazo constituye la principal garantía para el deudor frente al posible oportunismo de la contraparte. Puede entenderse que esta facultad del deudor forma parte de la esencia misma del mecanismo.

Además de esto, se ha de tener en cuenta que el deudor no sólo podrá discutir la razonabilidad del plazo dado cuando utilice este mecanismo, sino que, además, y por lo que hace a la resolución apreciada desde un punto de vista general, podría también acudir al juez a propósito de otros aspectos que podrían igualmente terminar por suponer el fracaso de la resolución pretendida<sup>145</sup>: en particular, aparece como relevante la posibilidad de discutir la esencialidad del incumplimiento, cuando esta vía se mantenga en el sistema y el acreedor opte por ella<sup>146</sup>.

En este sentido, se ha criticado el mantenimiento de esta opción y del propio concepto en los sistemas del nuevo *Code* francés y de las Propuestas españolas, en comparación con la alternativa que toma el BGB alemán, en el que la resolución se centraliza, como hemos visto, en torno a la figura del *Nachfrist*<sup>147</sup>.

A este respecto, las críticas al sistema francés nos parecen perfectamente fundamentadas: como se ha dicho antes, el nuevo *Code* requiere que el acreedor conceda un último plazo de cumplimiento no sólo de cara a la resolución, sino también de manera previa a la mayor parte de los remedios frente al incumplimiento, al que denomina, como a la mora tradicional, *mise en demeure*, pero a la vez mantiene la resolución por vía judicial junto con la resolución extrajudicial, y, sobre todo, el criterio de la esencialidad se acumula al de concesión de plazo adicional, de tal forma que se requiere que el acreedor otorgue un plazo adicional de cumplimiento siempre que quiera resolver sin recurrir al juez, y, además, seguirá estando sujeto al examen de la esencialidad del incumplimiento<sup>148</sup>, devolviéndose el contrato a su plena vigencia de no

---

144 Deshayes/Genicon/Laithier, 2018, p. 592.

145 *Vid.* Clemente Meoro, 2011, p. 8.

146 *Vid.* Palazón Garrido, 2011, p. 447; Arroyo i Amayuelas, 2018 p. 11; 2019, p. 211.

147 Dice Arroyo i Amayuelas que ni en las Propuestas españolas ni en el *Code* se elimina la intervención judicial, sólo en Alemania, en donde —defiende la autora— el calificativo de “esencial” ni siquiera se contempla al tratar el incumplimiento resolutorio. La PCC quedaría, en su opinión, como un “sistema a caballo entre el francés y el alemán”, al incluir el concepto de incumplimiento esencial, que supone que sea el juez quien “tenga que ponderar los intereses en juego” (2018, pp. 5-7). Ahondamos más en esta cuestión en las siguientes páginas.

148 Deshayes/Genicon/Laithier critican que no se presuma, habiendo concedido un plazo adicional, que el incumplimiento sea ya suficientemente consistente para motivar la resolución (2018, pp.

concurrir estos requisitos, como se ha visto. Como hemos dicho anteriormente, la *mise en demeure* previa a los remedios puede identificarse, más bien, con el *nachfrist*; pero se añade la peculiaridad de que la esencialidad del incumplimiento se sigue requiriendo para resolver, por lo que se desvirtúa la naturaleza y la eficacia de este mecanismo; seguramente, porque se trata de un modelo en el que, realmente, existe muchísima reticencia a la hora de excluir la intervención judicial en este tipo de supuestos, y el plazo adicional se convierte en un sustituto del juez, que, no obstante, no consigue sustituir al incumplimiento esencial, que se mantiene<sup>149</sup>.

En el caso de las Propuestas españolas, por otra parte, se observa que, al tiempo que se introduce el mecanismo de notificación-resolución, se sigue manteniendo la vía de la resolución por incumplimiento esencial<sup>150</sup>. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el caso francés, en nuestras Propuestas estos criterios no se acumulan, sino que se presentan de manera independiente, como alternativas entre sí excluyentes: si ya tenemos un incumplimiento esencial, entonces no será preciso conceder plazo suplementario para poder resolver la obligación. Y, si hemos optado por el recurso al plazo adicional, la esencialidad del incumplimiento perderá toda relevancia y no podrá ya ni requerirse *a priori*, ni discutirse *a posteriori*, en sede judicial.

No obstante, y en la comparación con el sistema que ofrece el BGB, puede decirse que, si éste se estudia con detenimiento, se verá que el acreedor puede prescindir del *Nachfrist* en algunos supuestos que, como hemos dicho con anterioridad, podrían identificarse con el incumplimiento esencial<sup>151</sup>. Por tanto, en realidad, y aunque, desde luego, no sea de manera expresa, podría llegar a entenderse que este concepto también tiene cabida en el ordenamiento alemán, suponiendo un camino distinto al del *Nachfrist* para acudir a la resolución; aunque, eso sí, no se presenta como una opción entre varias para obtener la resolución, sino más bien a través de una serie excepciones a la regla

---

575, 576).

149 Este mismo razonamiento es el que expone Kleinschmidt, que entiende también predicable de los ordenamientos italiano y holandés, y respecto de los cuales entiende que la inclusión del *nachfrist* es en cierta medida aparente, toda vez que los mecanismos que estas normas recogen presentan la crucial diferencia con respecto al éste, en su concepción original, de que el transcurso del período suplementario no es suficiente para resolver, sino que sólo suplementa al incumplimiento suficientemente grave, en la medida en que de este último no puede prescindirse (Kleinschmidt, 2018, pp. 1299, 1230). Hablamos de estos supuestos *supra* Cap. VI, apartado II.2.3.

150 Y en cuanto a la resolución judicial, se ha de recordar que había dudas sobre su vigencia en el sistema de la PMCC (fundamentalmente, porque se sigue hablando del ejercicio de la “acción resolutoria”; *vid. supra* Cap. III, apartado I.2.2), que parecen haber sido resueltas, en sentido negativo, con la PCC, que ya no se refiere a la cuestión de este modo (*vid. supra* Cap. IV, apartado II.3; *vid. también* Arroyo i Amayuelas, 2019, p. 211).

151 Lo dice, además, la propia Arroyo i Amayuelas (2019, p. 195).

general —la del *Nachfrist*— en las que no sería preciso el recurso a la concesión del plazo adicional.

Otras cuestiones, como la posibilidad del deudor de oponerse a la resolución ejecutada tardíamente<sup>152</sup>, o de alegar la nimiedad del incumplimiento en los casos de falta de conformidad<sup>153</sup>, si se admite el derecho de resolver mediante plazo adicional en este tipo de supuestos y se fija este límite, como ha pedido la doctrina<sup>154</sup>, también implicarían que, aun implementándose este modelo resolutorio —e incluso aunque se regulara en solitario, sin hacer lo propio con la resolución por incumplimiento esencial—, el deudor pudiera terminar por acudir al juez a discutir distintos aspectos de la resolución efectuada o pretendida por el acreedor.

A pesar de todo esto, es muy posible que la inseguridad sea ahora menor. Puede imaginarse que el juicio sobre la razonabilidad del plazo sea más sencillo que el relativo a la esencialidad del incumplimiento, así como es cierto que el riesgo puede ser medido de manera mucho más eficaz por el acreedor (ante la duda, podrá otorgar un plazo algo más largo, por ejemplo), o que, desde luego, el mecanismo será totalmente eficaz en todos los supuestos en los que el deudor no se oponga expresamente en los términos expresados; además de que, si el juez declara la resolución bien hecha, como ya sucede en la configuración actual —jurisprudencial— de la resolución extrajudicial, ésta tomará efectos desde la declaración del acreedor, y se considerará hecha por éste sin perjuicio de la intervención judicial<sup>155</sup>.

Por ello, es un sistema capaz de ofrecer una mayor seguridad jurídica a las partes y, en particular, al acreedor (al tiempo que, como se ha dicho antes, tampoco deja desatendido al deudor, al que se concede un plazo para cumplir<sup>156</sup>— aunque algún autor ha entendido que puede no ser la mejor opción desde el punto de vista del deudor y el del cumplimiento del contrato<sup>157</sup>—); además de tener la virtud innegable de despejar la

---

152 *Vid.* Arroyo i Amayuelas, 2019, p. 211; arts. 1201 PMCC, 518-15 PCC. Téngase presente también el distinto alcance que esta regla tiene en la CISG, con un régimen más detallado del que se ve en otros textos y que incluye limitaciones al derecho a resolver en función de si se hubiera dado ya o no el cumplimiento en determinado momento (*vid.* Yovel, 2007, pp. 24 y ss.; arts. 49.2 y 64.2 CISG).

153 Debiendo tenerse en cuenta, a este respecto, que, como indica Arroyo i Amayuelas, en España no existen criterios específicos para determinar cuándo estamos ante un defecto sin la trascendencia suficiente (2019, pp. 205, 206 y ss.).

154 *Vid. supra* apartado I.2.1.

155 *Vid.* Gómez Calle, 2012, p. 71.

156 Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 7.

157 Así lo entiende Mak, diciendo que el *nachfrist* no garantiza el derecho a la corrección del incumplimiento —o *right to cure*— para el deudor, precisamente porque el acreedor puede



cuestión de si un retraso concreto implica o no incumplimiento esencial<sup>158</sup>, o, desde otro punto de vista, de convertir en resolutorio un incumplimiento que antes no lo era<sup>159</sup>. Sea como fuere, sin duda merece ser calificado como un avance de gran importancia en materia tanto de incumplimiento y resolución, como también de retraso.

Y si bien, a la postre, parece imposible conseguir un sistema que sea capaz de excluir por completo el recurso al juez, si no queremos subyugar a una de las partes a la voluntad exclusiva de la otra y arriesgarnos a cobijar situaciones de clara indefensión, quizá tampoco pueda decirse que el sistema de notificación-resolución sea un sistema perfecto o definitivo; un sistema capaz de solucionar todos los problemas que la doctrina ha señalado respecto al artículo 1124 CC y a nuestro sistema resolutorio, de suprimir de forma absoluta *toda incertidumbre acerca de la procedencia y la utilidad de la resolución*, como se ha dicho<sup>160</sup>, puesto que siempre quedará ese reducto de indeterminación que trae la posibilidad de que el deudor discuta la razonabilidad del plazo, además de esas otras cuestiones que pueden ser discutidas por el deudor una vez ejecutado el mecanismo de plazo adicional.

Por tanto, sin querer negarse ni su utilidad, ni su relevancia, ni tampoco la más que probable conveniencia de adoptarlo como mecanismo general en nuestro Derecho de obligaciones y contratos, no podemos perder de vista que no es el mecanismo infalible que, vistos los apoyos con que cuenta, parece que podría ser. Que su aplicación generalizada reduciría la inseguridad de las partes y, tal vez, incluso la litigiosidad, es algo que puede fácilmente aceptarse. Pero otra cosa es que sea capaz de resolver todas las inquietudes que la doctrina ha manifestado en relación con la resolución *ex* artículo 1124 CC.

A la postre, se antoja imposible —al menos, con las herramientas de que disponemos en la actualidad— pergeñar ningún mecanismo resolutorio que otorgue una seguridad total a las partes y que, a la vez, excluya por completo la posible valoración,

---

terminar por elegir acudir a cualquier otro medio distinto a la resolución (2009, pp. 174, 175). Sin embargo, nos parece que también se ha de tener en cuenta que, si el acreedor no pone en marcha este mecanismo, precisamente, porque prefiere acudir a un remedio distinto a la resolución, entonces el contrato se conservaría, lo cual sin duda matiza esta idea (cosa distinta es que el deudor tuviera o no el derecho a la corrección mencionado, según el caso y las previsiones del sistema concreto). También se ha de reseñar que la autora referida basa este planteamiento en una comparación un tanto desdibujada y desacertada, a nuestro juicio, entre el *nachfrist* y otros tipos de requerimiento.

158 López López, 1998b, p. 424.

159 Arroyo i Amayuelas, 2019, p. 211.

160 López López, 1998b, p. 424.

más eficaz o menos, con poderes más amplios o menos, y *a priori* o *a posteriori*, del juez.

## **II. La mora del deudor en la modernización del retraso**

### **1. La utilidad de la mora. La necesaria diferenciación entre contratación profesional y contratación entre particulares**

Hasta este momento, hemos visto cómo la canalización del retraso jurídicamente relevante puede darse de distintas maneras en el ámbito de la modernización del Derecho de obligaciones y contratos en función del concreto texto que estudiemos: así, mientras que en algunos instrumentos se mantiene a la mora del deudor en el sistema (entendida en su sentido clásico, en función de la delimitación realizada en el Capítulo VI), en otros es el mero retraso el que es capaz de dar acceso al deudor a cualquier remedio, incluidos aquéllos típicamente asociados a la mora.

Sin embargo, aunque es cierto que pueden apreciarse distintas soluciones de texto a texto, parece que la corriente mayoritaria es la que aboga por la eliminación de la mora. Así se aprecia en los principales textos de modernización (CISG, Principios Unidroit, PECL, DCFR), amén de ser también la solución elegida por la doctrina mayoritaria que apuesta por la modernización y una posible reforma de nuestro Derecho de obligaciones y contratos.

En cuanto a nuestros referentes más próximos de los que mantienen de manera clara la mora, la reforma francesa no deja de ser una iniciativa nacional que responde a la particular idiosincrasia y a la marcada tradición jurídica del país galo, mientras que la PCC, en comparación con la PMCC, no posee un origen oficial, al margen de dejar un buen número de cuestiones sin resolver en su texto en relación con la inclusión de la mora.

Por ello, no puede afirmarse que el mantenimiento de la mora sea una posición en absoluto mayoritaria.

Probablemente, la razón más importante que pueda esgrimirse en contra de la inclusión de la mora en un sistema que se pretende moderno, eficaz, y unificado con respecto a todas las necesidades del tráfico jurídico y económico es, precisamente, la falta de adecuación de dicho mecanismo a la economía actual. En este sentido, se ha entendido que la mora implica un trato especialmente benevolente para con los deudores y denota, a su vez, una *economía poco escrupulosa*, en un sistema económico dinámico,

caracterizado por los intercambios masivos de bienes y servicios, en el que el factor tiempo cobra una particular relevancia<sup>161</sup>. En este contexto, se entiende que el principio *favor debitoris* debe ceder en pos de una mayor garantía de los derechos del acreedor, al que no parece razonable hacer pechar con la carga de interpelar al deudor, en lo que supone llevar a cabo una acción más para que la falta de cumplimiento tenga las consecuencias deseadas<sup>162</sup>.

Un ejemplo muy claro de esta idea, expresada en general, se ve en la Exposición de Motivos de la PMCC, cuando dice —citando a Ihering— que el texto se inspira en la idea de que “cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado «favor debitoris» no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía”<sup>163</sup>.

Aunque este planteamiento ciertamente ayude a *dinamizar la economía*, tal vez podríamos plantearnos que supone la implantación de principios o modelos que pueden llegar a resultar ajenos a ciertos ámbitos tradicionalmente regulados por el Derecho civil.

A este respecto, cabe recordar que la distinción existente en nuestro ordenamiento —que, no en vano, se aloja en la propia Constitución<sup>164</sup>— entre el Derecho civil y el mercantil no se aprecia en otros ordenamientos próximos al nuestro ni, desde luego, en los textos de modernización<sup>165</sup>. Partiendo de los problemas que esta distinción causa, y a propósito de la actualización del Derecho de obligaciones y contratos, se ha entendido que la unificación entre ambos sectores es un objetivo a perseguir, y al que deberían tender todas las nuevas Propuestas de reforma que se planteen<sup>166</sup>.

---

161 En este preciso sentido se pronuncia una autorizada voz, como es la de Díez-Picazo (2008, p. 658).

162 Aunque, repárese en esto, para más de un remedio se exigen también ciertas actividades del acreedor —es el caso, por ejemplo, de la resolución cuando el incumplimiento no es esencial—, esto sí, sobre todo en aquellos remedios con un efecto más radical. No obstante, la idea no es del todo ajena al sistema propuesto.

163 2016, p. 13. Aunque la Exposición de Motivos de la PMCC no habla, en concreto, del retraso —ni, tampoco, de la eliminación de la mora—, liga esta cuestión concretamente al nuevo concepto de incumplimiento y los remedios a éste asociados.

164 *Cfr.* arts. 149.1.6º y 149.1.8º. Se ha dicho que la Constitución incide en el “error de dar por hecha la dualidad de regímenes” (De la Cuesta Rute, 2015, p. 52, 53). Al fin y al cabo, es el sistema —más adecuado o menos al mercado actual— del que partimos.

165 Para un repaso de la cuestión en los distintos textos, *vid.*, por todos, Oliva Blázquez, 2014, pp. 39-56.

166 *Vid.*, por todos, las razones que esgrime Martínez Sanz (2009, pp. 513 y ss.). Por lo demás, la posibilidad de una reforma en este sentido se viene planteando desde hace algunos años atrás, como reseña Díez-Picazo, que fija una iniciativa al respecto en el año 1997 a manos de Menéndez Menéndez, entonces Presidente de la Sección Mercantil de la Comisión General de

Pues bien, el efecto de esta idea puede verse claramente en la PMCC, por escoger un texto. En ella se establece un régimen único en el que no se observan siquiera especialidades para los casos en los que los contratantes sean particulares, de tal suerte que para todos los supuestos prevé la aplicación de normas que pueden tener más sentido en el tráfico profesionalizado que en el particular. Otro ejemplo puede verse a propósito de la inclusión en las Propuestas mercantiles de un buen número de contratos de carácter civil, entre los que destaca particularmente la inclusión de las relaciones de consumo, lo que ha provocado intensas críticas doctrinales<sup>167</sup>.

La tendencia a la *mercantilización* es evidente. Como ha dicho la doctrina, el proceso de unificación se lleva a cabo a través de una “comercialización del Derecho civil”, de forma que soluciones inicialmente pensadas para el tráfico mercantil y adecuadas a las características de éste se acaban aplicando, también, a la contratación entre particulares<sup>168</sup>.

Pues bien, la reacción que a este fenómeno ha de seguir, en nuestra opinión, es la necesaria advertencia de que la deseable unificación entre ambos sectores del ordenamiento no debiera ser a costa de instituciones que sigan siendo útiles para la contratación entre particulares. Unificar, creemos, no necesariamente ha de implicar homogeneidad indiferenciada, en todo caso y sin excepción, por lo que la relación entre unificación y *mercantilización* de las obligaciones ha de someterse a necesaria y urgente revisión.

Cuando hablamos, en concreto, del retraso, hemos dicho ya que las nuevas tendencias parten de una visión del factor tiempo que determina la aplicabilidad de un sistema en el que el simple retraso desplaza por completo a la mora del deudor. La interpelación no es, por tanto, ya necesaria, porque el mero retraso se considera ya dañoso.

Sin embargo, hay que poner en duda que en todos los supuestos sea conveniente aplicar estas previsiones, traídas de esta visión de principio más típicamente mercantil.

---

Codificación (Díez-Picazo, 2003, pp. 1567, 1568).

167 Tanto en relación con las operaciones de consumo como obligaciones de carácter civil (algunas obras, de manera exclusiva sobre esta cuestión), como a propósito de la regulación de éstas en las Propuestas mercantiles, *vid.* Martínez Sanz, 2009, pp. 523, 524; Roca Guillamón, 2013, p. 252; Oliva Blázquez, 2014, pp. 51, 52; García Rubio, 2014, pp. 9, 10, 23; Gete-Alonso Calera, 2014, p. 53; Bercovitz Rodríguez-Cano, 2015, pp. 1239-1241; Fenoy Picón, 2015, pp. 875 y ss. (para su opinión, pp. 882 y 833).

168 En este preciso sentido se pronuncia Oliva Blázquez (2014, p. 56).

No puede perderse de vista que la contratación profesional ha de tener, por fuerza, unos caracteres distintos a los de la contratación no profesionalizada. No es difícil imaginar, por ejemplo, que no supone el mismo perjuicio la demora de cuatro días en la entrega de mercancías a un comerciante, que el retraso del mismo lapso temporal sufrido, esta vez, por el acreedor particular en el contexto de un contrato de arrendamiento celebrado entre dos particulares. Ni puede tampoco hablarse del mismo perjuicio casi necesario e inherente al acreedor, ni puede, tampoco, pensarse que el mismo nivel de exigencia sea predicable del deudor profesional que del deudor no profesional.

Todas estas ideas se plasman de manera muy clara en la Exposición de Motivos de la PCC, en la que los redactores, sin duda conscientes de lo inusual del mantenimiento de la mora en un sistema que, por lo demás, sigue punto a punto el resto de directrices de las nuevas tendencias, deciden tratar esta precisa cuestión en el texto de dicha Exposición de Motivos.

Así, tras incidir en la necesaria unificación de la contratación civil y mercantil, se exponen las siguientes razones que justifican el mantenimiento de la mora del deudor, tocando también de manera implícita la cuestión de la *mercantilización* de las obligaciones —aunque sin invocarla expresamente—, en un texto que reproducimos literalmente por parecernos muy ilustrativo:

*“Nuestro Código Civil, para merecer el nombre de Civil, tiene que servir para la contratación entre particulares tanto como para la contratación entre y con profesionales. De modo que la profesionalización de la contratación no debe llevar a establecer una regulación que sea inadecuada para la contratación entre particulares. La norma debe tomar en consideración todos los casos en los que podría ser aplicable y establecer en cada caso la regla más razonable. A veces serán incluso precisas dos reglas, pero lo que no debe hacerse es establecer, como única regla, la que sólo está pensando en la contratación profesionalizada”.*

Continúa el texto, centrándose concretamente en el caso de la mora del deudor:

*“Un buen ejemplo de lo que se quiere indicar con la anterior reflexión se puede encontrar en el caso de la figura de la mora debitoris: la PMCC no la regula en sede de incumplimiento (aunque la menciona a propósito de la solidaridad). Probablemente su falta de regulación se debe a que, en el contexto de la nueva concepción de incumplimiento, la mora es considerada un incumplimiento más, sin que la PMCC encuentre razón que justifique su tratamiento diferenciado.*

*Sin embargo, frente a dicha valoración, que tal vez sea admisible en una contratación profesionalizada, lo cierto es que el requisito de una interpelación en la contratación entre particulares es un buen mecanismo para determinar cuándo el retraso es jurídicamente relevante. Porque, si llegado el día del pago el deudor no cumple y el acreedor no se queja, es hasta cierto punto natural que el deudor no se dé prisa en cumplir si de las circunstancias no es fácil deducir que para el acreedor es urgente cobrar, o que el retraso le puede perjudicar.*

*De modo que se ha decidido rescatar la figura de la mora, pero no en sede de incumplimiento, sino a propósito del tiempo del pago, lo cual ofrece además la ventaja de que permite ubicar simultáneamente la mora del deudor y la del acreedor. Figura esta última que en la PMCC también ha desaparecido”.*

Este texto explica muy bien el aspecto que estamos tratando de probar aquí: que la mora puede ser, efectivamente, muy útil en un determinado tipo de contratos; contratos que, por otra parte, son los que primeramente debiera regular el Derecho civil. Hablamos, claro, de la contratación entre particulares.

No en vano, estudiando con atención la doctrina que considera que entender la mora como única forma de retraso jurídicamente es signo de una economía poco pulcra, contraria a la realidad económica actual, en realidad centra los ejemplos que aporta para justificar esta visión en supuestos carácter puramente profesional<sup>169</sup>, que no parecen extrapolables a la contratación entre particulares.

En este sentido, si bien el perjuicio podría, hasta cierto punto, presumirse en el marco de la contratación profesionalizada<sup>170</sup>, en la contratación entre particulares podría más bien realizarse la presunción opuesta: la de que el acreedor tolera el retraso mientras no exprese lo contrario. Ésta es la idea que subyace al requisito de la interpelación, presente, con sus distintos requerimientos formales, en otros ordenamientos continentales<sup>171</sup>, y a la que también hace referencia el texto reseñado: puede presumirse que, mientras el acreedor no reclame el cumplimiento, el retraso no le produce unos daños atendibles por el ordenamiento, por lo que el momento del cumplimiento tiene, por lo general, una importancia secundaria<sup>172</sup>.

---

169 Por todos, Díez-Picazo (que habla, a modo de ejemplo, del “fabricante”) (2008, p. 659), o Vaquero López (2016, pp. 882, 823).

170 Indican Palau Ramírez/Pastor i Vicent/Palau Sastre/Talens Visconti que en el ámbito mercantil se presume que el deudor obtiene un especial enriquecimiento derivado del provecho que obtiene realizando inversiones financieras o actividades económicas (2012, p. 98)

171 *Vid.* Vaquero López, 2016, pp. 829-834.

172 En este sentido habla también Reverte Navarro, cuando dice que “sólo en casos contados, si al

De esta forma, la intimación adquiere una función de transmisión al deudor de la voluntad del acreedor, que manifiesta que sigue interesado en el cumplimiento de la obligación<sup>173</sup> y, a la vez, que no soporta la continuación del retraso, marcando el fin de su tolerancia respecto a la situación de retraso<sup>174</sup>.

Partiendo de este entendimiento sobre la función de la intimación en este sector de contratación, y trasladándolo a un ejemplo de la práctica, el devengo de intereses en el marco de un contrato de arrendamiento entre dos particulares por un retraso de unos cuantos días en el pago de la mensualidad resultaría una medida un tanto excesiva (y, por lo demás, totalmente alejada de la práctica), teniendo en cuenta que el perjuicio no aparece de la manera clara y directa en que sí lo hace en las transacciones comerciales. Especialmente, si seguimos contando con la posibilidad de apreciar el carácter automático de la mora en aquellos supuestos en los que, verdaderamente, el factor tiempo sí tenga una importancia determinada.

Esta misma diferencia es también la que justifica la adopción de un modelo notablemente distinto<sup>175</sup>, ya en su día, por el Código Civil con respecto a lo dispuesto en el Código de Comercio, que ampara la máxima *dies interpellat pro homine* para las obligaciones a plazo, al optar por la mora interpellatoria como modelo general aplicable, también, a este tipo de obligaciones.

Así las cosas, no es difícil pensar que, si precisamente la diferenciación entre la regulación del retraso en uno y otro cuerpo legal se ha basado desde su promulgación en

---

final hay incumplimiento, el momento en el que este tuvo lugar, puede tener consecuencias (...) si llegado el día del incumplimiento el deudor no cumple y el acreedor no le reclama el cumplimiento...para el Código Civil es normal que el deudor no se dé prisa” (2011, p. 89). Cardenal Fernández, por otra parte, considera que la intimación es necesaria pues, de lo contrario, se entendería que o bien el acreedor ha otorgado un aplazamiento tácito al deudor para el cumplimiento, o bien el retraso no ocasiona daño alguno al acreedor, pues, de lo contrario, habría reclamado el cumplimiento (1979, p. 157).

173 En este sentido, se ha entendido que la mora es un vehículo para el mantenimiento del contrato (*vid.* Rainville, 2012, pp. 612, 613, 624). En el mismo sentido, dentro de los autores que propugnan una visión moderna del retraso, *vid.* Perales Viscasillas, 2006, p. 113.

174 En este sentido, y en cuanto a que el retraso fácilmente dará lugar a una situación de incertidumbre, el comportamiento de las partes adquiere una importancia capital. Así, se ha considerado que el silencio del acreedor puede entenderse como la confirmación de que el plazo impuesto, si lo había, era meramente indicativo, lo cual determina que sólo habrá daños después de la efectiva constitución en mora del deudor. Evidentemente, la cuestión es distinta en los casos de término esencial. En este sentido, Rainville, 2012, pp. 585 y ss., 614 y ss.

175 Sobre este aspecto como la principal diferencia entre ambos códigos puede verse a Pérez Serrabona, 2012, pp. 678, 679; Cano Martínez de Velasco, 1987, pp. 39, 40; Martín Rodríguez, 2006, pp. 134-138; Puig Brutau, 2006, pp. 419-421; y, particularmente interesante, Miranda Serrano, 2015, pp. 1514-1517.

la consideración de que a los comerciantes se les había de exigir una mayor puntualidad en el cumplimiento de sus obligaciones por las características especiales del tráfico mercantil<sup>176</sup> y, también, por la mayor especialización y —no en vano— profesionalidad que se les presume a los comerciantes (que, lógicamente, provoca a su vez unas determinadas expectativas en la contraparte), parece tener poco sentido querer dotar ahora a la regulación mercantil de una *vis atractiva* que pase por alto que las realidades sobre las que se habría de aplicar son diversas, y que la contratación entre particulares no deja de tener un carácter distinto al de la contratación entre profesionales.

En este sentido, podría asumirse que la mora del deudor puede tener un papel, incluso en el marco de las nuevas tendencias, en el ámbito de la contratación entre particulares. Además, puede pensarse también que someter al deudor particular a las mismas condiciones que al contratante profesional, podría suponer, en muchos casos, lastrar excesivamente a los deudores y arrojar un resultado práctico en el que la morosidad jurídicamente relevante y los supuestos de insolvencia proliferen<sup>177</sup>, así como, incluso, la litigiosidad.

Y, a la postre, se trata de una solución que resulta más adecuada a las características particulares del sector del tráfico sobre el que se aplicaría. Ya no se trata, o no sólo, de la aplicación férrea del principio *favor debitoris*, tradicionalmente asociado a la mora<sup>178</sup> y actualmente denostado. Sino que, además de que los acreedores puedan encontrar también, tal vez, algunas ventajas en el mecanismo<sup>179</sup>, se trata sobre todo de atender, primordialmente, al carácter no profesional de los contratantes, según lo explicado. Y si, como dice la Exposición de Motivos de la PCC, un Código que mereciera el nombre de civil “tiene que servir para la contratación entre particulares tanto como para la contratación entre y con profesionales”, parece que un texto de estas

---

176 Se ha de tener en cuenta, en suma, el *tempo* más rápido que requieren las transacciones mercantiles en comparación con las civiles (Miranda Serrano, 2015, pp. 1514-1517, 1520).

177 Vaquero López, que destaca por apostar por una regulación del retraso en la que se prescinda de la mora interpelatoria, expresa que también se ha de tutelar al deudor y que —incluso— el principio *favor debitoris* debe permanecer, precisamente, para evitar la proliferación de la figura del deudor insolvente, si bien lo relaciona más bien con la concreta regulación del remedio resolutorio (2016, p. 862).

178 Por todos, Díez-Picazo, 2008, p. 658.

179 En este sentido, Díez-Picazo indica que el sistema de mora como retraso jurídicamente relevante puede ser también útil a los acreedores, incluso, en perjuicio del deudor, cuando nos encontramos ante acreedores de dinero como banqueros o prestamistas, cuyos intereses pueden quedar bien guarnecidos “a través del juego del interés moratorio y mediante el mecanismo de la exoneración de la prueba del daño” (2008, pp. 658, 659). *Vid.* en general, Rainville (2012).



características habría de ser capaz de integrar las especialidades que de una y otra se desprenden, como la propia Exposición de Motivos expone<sup>180</sup>.

Como es evidente, la importancia de este planteamiento en el marco de nuestro Derecho de obligaciones y contratos dependerá, a la postre, su aplicación práctica.

Al margen de que la contratación entre particulares, al contrario de lo que tal vez pudiera pensarse<sup>181</sup>, podría haberse visto incrementada en los últimos años a propósito de la contratación a distancia a través de internet, la incidencia práctica de la mora interpelatoria va a depender, en gran medida, de si la consideramos aplicable en dos de los supuestos más habituales en la práctica: las obligaciones sinalagmáticas, y la contratación de consumo.

Examinando, en primer lugar, la cuestión de las sinalagmáticas, es de común conocimiento que el debate en torno al exacto funcionamiento de la mora en este tipo de obligaciones es una de las cuestiones más discutidas en sede de mora del deudor, a propósito de si el Código Civil, en su artículo 1100 *in fine*, dispondría o no la mora automática para estos supuestos.

Sin que resulte procedente desgranar ahora las distintas posturas, es posible distinguir tres corrientes doctrinales principales en esta materia<sup>182</sup>: en primer lugar, la que estima que la mora es por requerimiento en las recíprocas (planteada por Albaladejo y sus seguidores)<sup>183</sup>; en segundo término, la que toma un camino intermedio y cree que la necesidad de intimación dependerá de que el cumplimiento de las partes sea simultáneo o no (planteada, sobre todo, por Díez Picazo)<sup>184</sup>; y, por último, la postura

---

180 Dicho esto, no puede dejar de resaltarse que la propia PCC, a pesar de pronunciarse del modo indicado, termina por no hacer lo que anuncia; puesto que, si bien incluye la mora del deudor, aparentemente —a juzgar por la misma Exposición de Motivos— para las obligaciones entre particulares, no incluye previsión alguna relativa al tratamiento de la misma cuestión en el marco de las obligaciones entre profesionales. Quizá, si consideramos que se trata de una propuesta de Código Civil, y, por tanto, de un texto en el que se han de regular las *bases de las obligaciones contractuales* (vid. el *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, n.º 837/2014), se habría debido prever ni que fuera la regla básica en la materia para la contratación profesionalizada. Vid. también el documento de la Junta de Directiva de la Asociación de Profesores de Derecho Civil sobre la Propuesta (2016, pp. 1427-1437).

181 Así, García Rubio, 2014, p. 10; o Miranda Serrano, que se refiere a una economía *agrícola o preindustrial* (2015, pp. 1525, 1526).

182 Siguiendo en este punto a Andreu Martínez (2003, pp. 162, 163).

183 Albaladejo, 1968, pp. 9-31; 1988, pp. 29-52; 1989, pp. 355-374; 2000, pp. 611-630; 2011, pp. 194-196. Se adhieren a esta postura, entre otros, Badosa Coll (1991, p. 33), Montserrat Valero (2000, pp. 850, 851), o, en fechas más recientes, Moratilla Galán (2010, p. 327), y Ordás Alonso (2014, p. 36). Con una *propuesta* al respecto, vid. García Pastor, 1999, pp. 591-593.

184 Vid. Díez-Picazo, 2008, pp. 680 y ss. (en particular, para su visión, pp. 684-686); también, de

tradicional, que defiende que en ningún caso será precisa la intimación para este tipo de obligaciones (expuesta destacadamente por Cristóbal Montes)<sup>185</sup>.

Al igual que no existe consenso en la doctrina (salvo, tal vez, por lo que hace a las obligaciones de cumplimiento no simultáneo, respecto a las cuales parece haberlo en torno a que precisarían de intimación<sup>186</sup>), tampoco el tratamiento de la jurisprudencia sobre esta cuestión resulta en absoluto homogéneo<sup>187</sup>.

Siendo esto así, quizá pudiera resultar más prudente, como entiende la postura favorable a la necesidad de interpelación, acoger la regla general de mora por interpelación, en lugar de lo que sería una excepción, que habría de ser dispuesta de manera clara<sup>188</sup>.

Junto con esta idea, y al margen de otros argumentos que también pueden resultar significativos<sup>189</sup>, si durante todo el trabajo hemos ido afirmando que la mora por interpelación es la regla general en nuestro Derecho<sup>190</sup>, parecería extraño —e, incluso,

---

manera muy sintética, Díez-Picazo Giménez, 2002, pp. 1738, 1739.

185 Cristóbal Montes, 1984, pp. 33-36; 1985a, pp. 91-128; 1985b, pp. 543-600. En el mismo sentido (sin perjuicio de alguna matización en la argumentación), por todos, Espín Cánovas (1957, p. 207), Cardenal Fernández (1979, p. 199), Delgado Echeverría (1985b, pp. 249, 250), o Baraona González (1998, pp. 51 y ss.).

186 Andreu Martínez, 2003, p. 163; Moratilla Galán, 2010, p. 327. En este sentido, también el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de marzo de 1999.

187 Aunque es una materia susceptible de concienzudo análisis jurisprudencial, dado que no es el tema central de nuestro trabajo, y que existen autores que, recientemente, han hecho estudios sobre el tema, parece procedente citarlos a ellos. De entre los autores citados, nos parece que uno de los análisis más completos, aportando jurisprudencia que se alinea con las distintas tendencias doctrinales, es el de Ordás Alonso (2014, en particular, en las pp. 28-30 y 35, 36).

188 Ogáyar y Ayllón, 1983, pp. 24-33; Beltrán de Heredia y Onís, 1990, p. 87; Ordás Alonso, 2014, p. 36.

189 Por ejemplo, el que ni los precedentes de nuestro Código ni tampoco otros Códigos de nuestro entorno contemplan esta excepción (véase, por ejemplo, el artículo 1219 del *Codice Civile* italiano), la sistemática del art. 1100 CC, o el hecho de que la doctrina coetánea a la publicación del Código Civil no vertiera comentario alguno en torno a esta cuestión (*vid.* Albaladejo, 1988, pp. 47 y ss.; García Pastor, 1999, pp. 583 y ss.; Ordás Alonso, 2014, p. 33). El principal inconveniente para admitir esta postura es, probablemente, la redacción del precepto en cuestión (en el mismo sentido, Ordás Alonso, 2014, p. 32).

190 En contra, Cristóbal Montes entiende que el artículo 1100 CC contiene una norma para las obligaciones unilaterales con dos excepciones, y otra para las bilaterales, donde no hay lugar para derecho excepcional o especial, por lo que la regla general sería precisamente la contraria (1985b, pp. 559-561, 571-574 y 599). No nos parece que haya argumentos suficientes en la norma para sustentar esta idea. Por lo demás, la mayor parte de la doctrina apoya la idea de la mora interpelatoria como regla general en nuestro Derecho (*vid.* Pérez/Alguer, 1933, p. 258; Cano Martínez de Velasco, 1978, pp. 58 y ss. y 83; Albaladejo, 1988, pp. 41, 42; posteriormente,

incoherente— que las obligaciones de cuyo tipo las hay más en la práctica no siguieran la norma general, lo cual terminaría por dar el resultado de que, en la práctica, la regla general se vería reducida casi a la excepción (salvo, tal vez, por lo que hace a las obligaciones bilaterales de cumplimiento no simultáneo). Resulta más lógico pensar que, si el legislador ha querido que la mora interpelatoria sea la norma —hasta el punto, de hecho, de proscribir el anteriormente vigente principio *diez interpellat pro homine*—, con seguridad habrá querido también que la modalidad de relaciones obligatorias más abundantes en la práctica sigan dicho régimen.

Con independencia incluso de lo que realmente diga el artículo 1100 CC, si se quisiera reformar el Código —o adoptar uno nuevo—, y la mora del deudor quiere incluirse entre sus postulados, la opción más coherente, habida cuenta de la importancia práctica de este tipo de obligaciones, y siguiendo la idea de que las instituciones se regulan en cuanto a que resultan efectivamente útiles, sería configurarlas como un supuesto adscrito a la norma general, en el que la mora es, por tanto, también interpelatoria.

Pasando, en segundo lugar, a examinar el régimen de retraso en las operaciones de consumo, y por lo que hace a la normativa vigente, se verá que en el TRLGDCU no existe mención alguna a la mora del deudor.

En materia indemnizatoria, al margen del muy general<sup>191</sup> artículo 8 TRLGDCU, que garantiza “la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos”, el único precepto que se refiere al retraso en el pago es el artículo 134 TRLGDCU, y lo hace para hacer referencia al interés por mora procesal del artículo 576 LEC<sup>192</sup>. Sin embargo, puede concluirse que las operaciones de consumo quedan sujetas a la mora del deudor según se ha entendido tradicionalmente en el ámbito civil<sup>193</sup>, observando la remisión que a las normas generales que disciplinan la responsabilidad contractual se hace en el artículo 128 TRLGDCU<sup>194</sup>.

---

y a pesar de entender que pueden reconocerse muchas excepciones a la regla general, Bercovitz Rodríguez-Cano, 1990, p. 315; Andreu Martínez, 2003, p. 159).

191 En sentido crítico, *vid.* García Cantero, 2011, pp. 206, 209.

192 Dice el precepto que el beneficiario de la indemnización tendrá derecho a una “compensación, sobre la cuantía de la indemnización”, por los daños sufridos durante el lapso de tiempo que transcurra entre la sentencia que declare la responsabilidad y el pago efectivo de la indemnización, en función lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello, ha sido considerado por la doctrina como innecesario (Azparren Lucas, 2011b, pp. 1184, 1185).

193 En idéntico sentido, Carrasco Perera indica que “el comprador puede situar al vendedor en mora conforme al Derecho común”, y que la mora “seguirá determinándose por el art. 1100 CC” (2015, p. 167).

194 A ello se ha de sumar, además, que cuando el sujeto activo no sea consumidor a los efectos de

Por tanto, puede concluirse que las normas generales sobre mora del artículo 1100 CC resultan aplicables a las operaciones de consumo (sin perjuicio de posibles matizaciones, como las cautelas que en materia de abusividad introducen los artículos 82 y ss., a propósito de la fijación de intereses<sup>195</sup>); por lo que, entre otros aspectos, la cuestión de la mora en las recíprocas también resultará de relevancia en este tipo de obligaciones.

Dicho esto, de producirse alguna reforma, también podría resultar determinante el hecho de que las operaciones de consumo se regularan en un texto de carácter civil, o en uno de carácter mercantil, dada la distinta concepción sobre el factor *tiempo* en uno y otro sector. Con independencia del diseño concreto de la posible reforma, nos parece que habría que considerar aplicables las normas que regulan las relaciones entre particulares, toda vez que en las operaciones de consumo siempre interviene, necesariamente, un contratante no profesional, y que, por tanto, la aplicación de normas diseñadas para el tráfico profesionalizado resultaría inadecuada. Siendo esto así, se entiende que la mora interpelatoria habría de mantenerse, sin perjuicio de las posibles especialidades que respecto de distintas cuestiones pudieran disponerse para este tipo de contratación.

Puede concluirse, por tanto, que existen argumentos para defender una mora interpelatoria tanto en las obligaciones recíprocas como en las operaciones de consumo, con las implicaciones que ello tiene de cara a la incidencia práctica de la figura.

Pero, al margen de estos supuestos, podría también pensarse que la mora pudiera resultar útil, también, en el marco de la contratación profesional; en particular, en las obligaciones no pecuniarias, en las que la mora del deudor puede cumplir una función

---

lo determinado por la Ley pero sí pueda entenderse, según la misma, como “perjudicado” —careciendo, por tanto, de legitimación activa para interponer acciones en virtud de la misma—, podrá también acudir a los Tribunales en virtud de las normas generales de responsabilidad (Azparren Lucas, 2011a, pp. 1160-1168).

195 Indica Estupiñán Cáceres que la determinación de la cláusula que fija intereses moratorios como abusiva ha de tener, para la adecuada protección del consumidor, la consecuencia de la nulidad de la cláusula, resultando inaplicable el artículo 1108 CC (2015, pp. 481-483). En este sentido falla también el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de septiembre de 2015, en la que realiza un interesante repaso por las distintas normas que pueden servir como referencia para determinar que la cantidad que pudiera ser considerada como excesivamente alta y, por ende, abusiva (en concreto, los arts. 1108 CC, 20.4 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, 114.3 de la Ley Hipotecaria, 20 de la Ley de Contrato de Seguro, 7 de la Ley 3/2004, y 576 LEC, indicando que todas ellas tratan “el problema de cómo indemnizar proporcionadamente al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor, incentivando asimismo el cumplimiento en plazo, sin establecer un interés desproporcionado”).

en orden a la previsibilidad de los daños<sup>196</sup>, aspecto que resulta de más difícil concreción que en el ámbito de las pecuniarias.

En este sentido, y aunque parece que en la contratación profesionalizada estaría totalmente justificada la relevancia del retraso simple (como, hecho, se hace en la generalidad de los textos de modernización), debe recordarse que el ACM sigue optando por mantener la figura de la mora para las obligaciones puras, además de la particular mora automática que se desprende del régimen adoptado para la morosidad en las operaciones comerciales. Por ello, no es posible descartar por completo que ésta pudiera tener alguna relevancia, también, en este otro tipo de contratación; lo cual añadiría un supuesto más de mora interpelatoria, esta vez ajeno a la contratación entre particulares o de consumo.

## **2. La compatibilidad de la mora con las nuevas tendencias. En particular, el requisito de la culpabilidad**

En la interacción de la mora con el sistema que instauran los textos de modernización, sabemos ya que ésta se mantiene como una manifestación del incumplimiento sin conformar un remedio específico frente al incumplimiento.

Después de todo lo dicho, podrá comprenderse que incorporar la mora del deudor, en su concepción original, al nuevo sistema de incumplimiento neutro y remedios no es tarea fácil. No sólo se arrastran un buen número de cuestiones que quedan por resolver de su configuración en nuestro sistema vigente —respecto de las cuales, qué duda cabe, una reforma supondría una gran ocasión para clarificarlas—, sino que nos enfrentamos a nuevos retos que se derivan directamente de la concepción de la figura en contraste con los principios generales que se desprenden de las nuevas tendencias, así como con las cuestiones más concretas relativas al funcionamiento de los distintos mecanismos e instituciones.

A este respecto, hemos hecho ya referencia, a propósito del análisis de la PCC, a los problemas que la interacción entre la mora y los remedios puede ocasionar, pudiendo remitirnos a lo dicho entonces para situar las posibles soluciones que una reforma en este sentido pudiera precisar<sup>197</sup>. Puesto que, con independencia de que la PCC suponga una configuración concreta de los remedios (y de la mora), que podría o

---

196 Delgado Echeverría indica que, si la época de cumplimiento no era un motivo determinante para celebrar el contrato, el daño producido no era previsible al momento en que se celebró la obligación, lo cual conecta, a su vez, con el artículo 1107.1 CC y supone una justificación para la necesidad de intimación en estos supuestos (1985b, p. 247). *Vid.* también Rainville, 2012, pp. 627, 631, 632, 644, 645.

197 *Vid. supra* Cap. IV apartado II.4.

no reproducirse, los aspectos que allí se apuntan habrían de ser tenidos en cuenta ante una posible reforma. Además de la coordinación entre la mora y los remedios, resulta evidente que la relación entre aquella y el *nachfrist* también requeriría de nuestra atención. Dado el interés de esta cuestión, se tratará separadamente más adelante.

Sin embargo, si hablamos de la compatibilidad de la mora en el nuevo sistema, una cuestión cuyo tratamiento resulta ineludible es la relativa a su tradicional vinculación con el requisito de la culpabilidad, todavía requerido para la mora<sup>198</sup>.

A este respecto, y teniendo presente el nuevo modelo de incumplimiento neutro y objetivo, parece que poco sentido tendría mantener que la mora del deudor, si se acoge en el sistema, deba sujetarse al requisito de la culpabilidad. Especialmente, si se tiene en cuenta que el incumplimiento, con todas sus consecuencias, desde las más livianas a las más graves, incluida la propia resolución, puede darse sin necesidad de culpabilidad. Si el deudor se retrasa, realmente poco importa al acreedor o a sus intereses que lo haga o no mediando culpa: habiéndose retrasado, huelga la valoración de su conducta para considerar que ha incumplido, y poder acudir a los remedios frente al incumplimiento, y a aquellas instituciones que, como la mora, se derivan del mismo retraso en cuanto a incumplimiento. No puede perderse de vista que las normas de responsabilidad por retraso y las normas de responsabilidad por incumplimiento van, en realidad, de la mano; por lo que la adaptación de las primeras a las nuevas tendencias en materia de incumplimiento (quizá, incluso en nuestro propio sistema, sin reforma alguna) debería ser casi incuestionable<sup>199</sup>.

Si aceptamos que la mora puede desvincularse de criterios subjetivos, será preciso recordar que con la asociación tradicional entre la mora y la culpabilidad se nos decía que la constitución en mora necesitaba de una interpelación porque dicha interpelación era la que determinaba que el retraso pudiera considerarse culpable<sup>200</sup>. Esta concreta

---

198 Son incontables los autores que han entendido que la mora consiste o precisa del retraso culpable del deudor. Por todos, Scaevola (1957, pp. 585-587), Hernández Gil (1962, p. 332), Cano Martínez de Velasco (1978, pp. 28-32), Espín Cánovas (1983, p. 205), Castán (1988, p. 210), Ogáyar y Ayllón (1983, pp. 21, 22), Pantaleón Prieto (1991, p. 1059), Moratilla Galán (2010, p. 326), Albaladejo (2011, pp. 186-190). Repárese en que en esta lista (que no es exhaustiva) se contienen algunos autores recientes y, además, otros que defienden la concepción objetiva del incumplimiento, como es el caso de Pantaleón Prieto, con la matización de que, en su visión, la culpabilidad sería presupuesto no de la propia mora, sino de la responsabilidad por mora.

En relación con la jurisprudencia, Ruiz-Rico Ruiz (1990, p. 1899) y Palazón Garrido se refieren a la ingente cantidad de sentencias que se pronuncian en este sentido (2016b, p. 975).

199 Esto mismo se reclama en relación con el ordenamiento italiano, respecto del que se pone de manifiesto el mismo problema (Visintini, 2006, pp. 485, 496 y ss.).

200 *Vid. supra* Cap. I, apartado II.1, y Cap. II, apartados II y IV.1.

concepción podría dar lugar a entender que, cuando la mora no es culpable, ésta es necesariamente automática; lo cual, aplicado a la idea de que la mora no debe depender de la culpa, nos llevaría al mero retraso relevante y a la eliminación de la mora interpelatoria. Este esquema debe romperse, separando la mora interpelatoria de la culpabilidad, y entendiendo que la adopción de un sistema de responsabilidad objetivo —u objetivado— en materia de retraso no tiene por qué implicar el rechazo de la mora interpelatoria. En un sistema objetivado, la mora ha de suponer un retraso cualificado únicamente en virtud de la interpelación, que se desvincula de cualquier consideración de culpabilidad<sup>201</sup>.

Esta cuestión, no obstante, puede presentar más aristas de las que se observan a primera vista. Y es que, siendo la mora una institución a la que se asocia más de un posible efecto, sería posible pensar que éstos, así como la propia constitución en mora, se sujetaran a requisitos distintos; del mismo modo en que los distintos remedios frente al incumplimiento, sin perjuicio de que partan de un concepto común de incumplimiento de carácter objetivo, pueden verse supeditados a distintos presupuestos.

Frente a este planteamiento podría objetarse que los efectos de la mora no pueden darse separadamente, como lo ha entendido cierta doctrina a propósito de la defensa de la mora como única manifestación del retraso relevante<sup>202</sup>. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que los efectos de la mora sufren una cierta transformación cuando son trasladados al nuevo sistema que venimos comentando, por cuanto, además de que el efecto de traspaso de riesgos se sustrae, en general, de la disciplina de la mora, la indemnización de los daños, aun sin dejar de ser, también, efecto de la mora, se instrumenta ahora como remedio frente al incumplimiento.

Admitiendo esta posible diferenciación, ya hemos dicho con anterioridad que respecto del efecto indemnizatorio se ha venido requiriendo, tradicionalmente, la culpabilidad. Pero esto mismo no tiene por qué requerirse respecto del efecto de traspaso de riesgos: aunque en sus orígenes romanos se encuentran vinculaciones del mismo, también, con la idea de sanción y con la culpa, en la actualidad se ha llegado a vincular, incluso, con la responsabilidad objetiva estricta<sup>203</sup>. Esta idea tendría su correspondencia en las nuevas tendencias, como decimos, con la idea de que el remedio

---

201 Sirve de apoyo a nuestra fundamentación lo expresado por Ordás Alonso en torno a que no es la culpabilidad la que sirve para marcar la diferencia entre el mero retraso y la mora, sino, precisamente, la interpelación (2014, p. 6).

202 Benatti, 1968, pp. 36 y ss.

203 *Vid.* Baraona González, 1998, p. 60; Díez-Picazo Giménez, 1996, pp. 468-471. En relación con los antecedentes romanos, *vid.* Zimmermann, 1996, p. 787. Y, para una visión del ordenamiento italiano, en el que los términos del problema no están claros, Giorgianni, 1975, pp. 315, 316.

indemnizatorio está sujeto a posible exoneración<sup>204</sup>; sólo él, no la mora ni el otro posible efecto.

Parece claro que, siguiendo las nuevas tendencias, la culpabilidad no se precisaría tampoco para el efecto indemnizatorio de la mora. Sin embargo, podríamos plantearnos si la concurrencia de una posible causa exoneratoria habría de alcanzar también a la propia mora y al posible efecto de traspaso de riesgos, toda vez que, en realidad, podría resultar extraño que el efecto principal de un institución y la propia institución se sujetaran a condiciones de funcionamiento distintas.

En este sentido, puede haber varios argumentos que aconsejan asociar este régimen únicamente al mencionado efecto.

En primer lugar, parece muy claro que, si sólo el remedio indemnizatorio podría supeditarse a condiciones particulares, éstas no tendrían por qué subyugar al otro posible efecto de la mora. De lo contrario, en la práctica, tendríamos situaciones en las que, pudiendo darse la constitución en mora, y, con ella, el traspaso de riesgos, éste no se daría por concurrir una causa de exoneración que, en puridad, sólo debería afectar a la indemnización de los daños y perjuicios.

No obstante, se ha de reconocer que la importancia de efectuar una distinción entre la mora y la indemnización a estos efectos es residual, si se tiene en cuenta que los casos en los que, en la práctica, la mora mantenga el efecto de traspaso de riesgos se constriñen a aquéllos en los que las partes hayan acordado esta concreta forma de distribuir los riesgos. Sin embargo, concurren otras razones que nos conducen a la misma solución.

Así sucedería, por ejemplo, en el caso de que nos encontráramos ante un impedimento de carácter temporal, como el que se prevé en muchos de los textos de modernización, y que determina que los remedios que se sujetan a la posible concurrencia de las causas de exoneración queden “en suspenso” en la medida en que dicho impedimento se mantiene (y siempre, claro está, que el retraso no termine por suponer un incumplimiento definitivo)<sup>205</sup>.

---

204 Que, además, por algún autor se ha cuestionado si no tendrían cierta relación con criterios de subjetividad (Salvador Coderch, 1998, pp. p. 637, 641 y ss.).

205 En relación con el impedimento temporal, *vid.* arts. 79.3 CISG, 7.1.7. (2) Principios Unidroit, 8:108 (2) PECL, III.-3:104 (3) DCFR, 88.2 CESL, 1209.2.2 PMCC, 518-24.2 PCC. El Comentario del DCFR también se encarga de especificar que, si el retraso “amounts to a fundamental non-performance”, entonces el acreedor tendrá derecho a tratarlo como tal, precisando también que el carácter permanente o temporal del impedimento podrá ser determinado en función de la naturaleza de la obligación (2004, pp. 808 y ss.).



En este tipo de casos, puede entenderse la utilidad de que el acreedor pueda constituir en mora con independencia del impedimento, quedando, eso sí, el efecto indemnizatorio también “en suspenso” hasta la eliminación del impedimento. En primer lugar, porque es posible que el impedimento aparezca una vez que ya se ha dado un cierto retraso: si esto es así, el acreedor que ya hubiera constituido en mora al deudor verá su derecho a ser resarcido de los daños causados por el retraso interrumpido por el impedimento; pero, una vez este impedimento fuera removido, el deudor podría seguir considerado en mora, y los efectos de ésta devengándose —lo cual será, evidentemente, más visible en el caso del devengo de intereses—, sin necesidad de que sea intimado de nuevo por el acreedor, puesto que la eficacia de la constitución en mora se mantendría, sólo que suspendida, en virtud del impedimento temporal. En segundo lugar, si el impedimento temporal se verificara al mismo tiempo que el propio retraso, podría dudarse sobre lo apropiado de que el acreedor le constituyera en mora. Sin embargo, si se estima que ello puede hacerse, toda vez que la obligación se encuentra vencida y el acreedor puede, por tanto, exigirle el cumplimiento, el acreedor podría intimar al deudor, cuyos efectos cobrarían eficacia de suprimirse el impedimento, sin necesidad de nuevo requerimiento.

En último lugar, para este caso, y de tener que darse también el efecto de traspaso de riesgos, es evidente que un impedimento temporal no habría de afectar a dicho efecto, por lo que podrían darse la constitución en mora y este efecto sin perjuicio de que el indemnizatorio quedara, de nuevo, en suspenso.

Por otra parte, y aunque las Propuestas que mantienen la mora nada prevén al respecto, es también un argumento el que resulte más respetuoso con respecto a la actual configuración de los remedios y a sus requisitos entender que sólo el efecto indemnizatorio se ve sujeto a la posible concurrencia de causas de exoneración. Con la configuración actual de los textos, no hay problema en entender que el remedio indemnizatorio puede verse sujeto a las consabidas causas de exoneración. Sin embargo, para que éstas afectaran también a la mora, parece que los textos deberían pronunciarse expresamente en este sentido.

Por último, la consideración individualizada de los dos remedios y de la propia constitución en mora también nos permite mantener un régimen coherente en todas las obligaciones, sean éstas pecuniarias o de otro tipo, evitando la coexistencia de dos regímenes distintos en función de este aspecto, por cuanto se ha planteado el carácter objetivo de los intereses, en contraposición con el de la indemnización de daños y perjuicios, que, como sabemos, se ha vinculado tradicionalmente con la culpa.

En relación, precisamente, con las obligaciones pecuniarias, debe reseñarse la existencia de una línea doctrinal clara que ha propugnado su desvinculación de

cualquier criterio de culpabilidad<sup>206</sup>, pudiendo encontrarse, incluso, autores que defienden una concepción absolutamente objetiva de la responsabilidad para este tipo de obligaciones, sobre la base de su carácter genérico<sup>207</sup>. Esto se corresponde, a su vez, con la distinción que en las nuevas tendencias se observa entre la indemnización de daños y perjuicios y la deuda de intereses, lo cual permite que las causas de exoneración puedan afectar de manera distinta a una y a otra<sup>208</sup>. Si acudimos a las Propuestas de modernización, a este respecto, se observará que existen distintas formas de configurar la cuestión.

Las Propuestas españolas, en concreto, no son todo lo claras que pudiéramos desear. Así, aunque en los artículos dedicados a las causas de exoneración se hace referencia a la indemnización de daños y perjuicios, los preceptos destinados a informar sobre las obligaciones dinerarias y los intereses se encuentran en las Secciones dedicadas a la indemnización de daños y perjuicios, al tiempo que dichos artículos no hacen referencia a la cuestión. Parece, por tanto, que puede entenderse que el devengo de intereses se vería sujeto al mismo régimen que la indemnización de daños y perjuicios y, por tanto, a las causas de exoneración que a ésta pueden afectar<sup>209</sup>.

En suma, después de todo lo dicho, parece que puede concluirse, en primer lugar, que, para que la mora pueda coordinarse correctamente con el nuevo sistema de incumplimiento y remedios, ha de tener un carácter objetivo; sin que haya, además, ningún impedimento para entenderlo así. Y, en segundo lugar, el efecto indemnizatorio de la mora se verá, al contrario que la propia constitución en mora y el efecto de traspaso de riesgos, en su caso, sujeto a posibles causas exoneratorias, que en ocasiones podrán también afectar a la deuda de intereses, en función de la configuración concreta del texto.

---

206 Por todos, Ruiz-Rico Ruiz, 1990, pp. 1900, 1901; Ordás Alonso, 2004c, p. 3616.

207 Por todos, *vid.* Díez-Picazo Giménez, 1996, pp. 586-588. Hemos dicho ya que esta tesis admite paliativos para algunos autores (Caffarena Laporta, 1982, pp. 294-296; Díez Picazo, 2008, pp. 337 y 688 y ss.), mientras que otros aceptan casos en los que la imposibilidad afectaría a la obligación genérica (Cavanillas Múgica, 2013, pp. 1688, 1689). *Vid.* también Corbal Fernández, 1996, pp. 418 y ss.; Ordás Alonso, 2004c, pp. 3617, 3618.

208 A decir de Pantaleón Prieto, éste fue el argumento que permitió su inclusión separada en la CISG (1998b, p. 629).

209 En el caso de la PCC, el artículo 518-22 (cuya rúbrica reza “Indemnización en caso de incumplimiento de obligación pecuniaria”) parece confirmarlo cuando indica que “la indemnización de daños consiste en el pago de los intereses convenidos (...)”, identificando, así, intereses con indemnización.

### 3. Las conexiones entre la mora y el *nachfrist*: un posible mecanismo híbrido *nachfrist*-mora

#### 3.1. El esquema general de funcionamiento del mecanismo/sistema que se propone

Después de todo lo dicho hasta ahora, es sencillo observar que el *nachfrist* y la mora, aun siendo figuras distintas e independientes —de lo contrario, lo que aquí tratamos perdería todo sentido—, confluyen en ciertos aspectos, y, en particular, en que ambos son instrumentos relacionados con el retraso, que sirven, de hecho, para dar distintos efectos al mismo. Siendo esto así, no resulta extraño que, en caso de contemplarse en un mismo sistema, necesariamente una y otra figura concurrirán en un buen número de supuestos. Sin embargo, existe una general falta de previsión en torno a las relaciones concretas entre ambas instituciones.

Lo hemos adelantado ya: así se observa, de manera muy evidente, en el sistema de la PCC, que, como sabemos, recoge de manera explícita ambas figuras; pero lo mismo puede estimarse en relación con el TRLGDCU, respecto de la cual acabamos de decir que, resultando la mora de entera aplicación, la falta de cualquier previsión al respecto supone una importante omisión.

Pensando, en efecto, en el supuesto de la posible concurrencia entre estos dos mecanismos, cabe estimar que si el acreedor puede utilizar el mecanismo *nachfrist* a través de una comunicación en la que pida el cumplimiento y, a su vez, conceda un plazo adicional para cumplir, este mismo requerimiento servirá también, de ordinario, para constituir al deudor en mora<sup>210</sup>. Por tanto, el acreedor que acciona el mecanismo *nachfrist* está también, al mismo tiempo, constituyendo al deudor en mora, a través del mismo acto<sup>211</sup>.

---

210 En este sentido, podría entenderse a los autores que consideran que el *nachfrist* se compone de una constitución en mora y una concesión de plazo adicional, aunque ya hemos ahondado anteriormente, refiriéndonos a esta cuestión, en las diferencias entre uno y otro (*vid. supra* Cap. VI, apartado II.2 y II.2.1).

211 Este mismo fenómeno lo reseña, aunque con matices de importancia diferentes —a los que más adelante nos referiremos—, y a propósito del estudio del sistema del TRLGDCU, Carrasco Perera. El autor indica que “lo que ya no puede ocurrir es que el comprador conceda al vendedor el plazo suplementario del apartado 2 y el vendedor no entre en situación de mora. En otros términos, el plazo suplementario *vale como intimación para la mora*, siempre que la deuda del vendedor estuviera ya vencida. En consecuencia (...) estará en mora cuando transcurra el plazo suplementario adecuado que se le conceda, porque a tales efectos dicho plazo actúa como si fuese la intimación del art. 1100 CC” (2015, pp. 166, 167). Fuera de nuestro país, también apunta a esta función dual de la comunicación que establece el *nachfrist* algún autor, como Pichonnaz, aunque lo hace a efectos distintos de los que aquí desarrollamos, a partir de una identificación total entre el *nachfrist* y la mora, que entiende que ésta sirve ahora a efectos

En este supuesto hablaríamos de una concurrencia coetánea de uno y otro mecanismo. Sin embargo, también sería posible apreciar distintos supuestos en los que las dos figuras reseñadas no se dieran simultáneamente, y estudiar, desde ese prisma, su relación.

Así, en primer lugar, cabe recordar algo que se ha dicho antes respecto a los supuestos en los que no se comunica el plazo (razonable, recordemos) en el que el deudor ha de cumplir para evitar la resolución: si la comunicación del acreedor no concede plazo, ésta no será válida como *nachfrist* (y no le permitirá, por tanto, resolver, salvo que el incumplimiento tenga carácter esencial). Del mismo modo, tampoco sería eficaz a los efectos de la aplicación de las especiales condiciones que el *nachfrist* conlleva en cuanto a la suspensión de los remedios durante el transcurso del plazo adicional cuando éste se concediera antes de la puesta en marcha de remedios que no requieren de este plazo previamente.

Sin embargo, esa misma comunicación, siempre y cuando exija el cumplimiento —y cumpla, en su caso, con los presupuestos propios de la mora— sí sería válida como constitución en mora. Y, en este caso, la mora se comportaría en relación con la resolución del modo ya visto: a falta de plazo adicional, se habría de examinar si el incumplimiento en que el retraso consiste reviste la gravedad suficiente para fundamentar la disolución del vínculo contractual (examen que es, precisamente, lo que el *nachfrist* previene), por una parte; y, por otra, el resto de remedios podrían ejercitarse normalmente, puesto que no hablamos de *nachfrist*.

Nada obsta, por otra parte, para que, en los casos en los que el acreedor únicamente constituyera en mora al deudor, posteriormente pudiera concederle un plazo adicional que sí permitiría el recurso directo a la resolución.

Del mismo modo, la mora automática será del todo independiente con respecto al *nachfrist*, con la única precisión de que, en este tipo de supuestos, la comunicación que acciona el *nachfrist* no serviría, en ningún caso, y por razones evidentes, para constituir en mora al deudor. Igualmente, puede entenderse que no parece posible que la

---

únicamente resolutorios (2010, pp. 286, 287), por lo que el ejemplo, realmente, no sería en absoluto aplicable a lo que aquí estamos diciendo; y, esta vez sí de la forma en que aquí se defiende, Kleinschmidt, para quién, en la práctica, el hecho de que el acreedor fije un período adicional para el cumplimiento, a su vez requiere al deudor a los efectos de la mora (“In practice, however, the fact that the creditor fixes an additional period for performance puts the debtor on notice and may therefore trigger delay”) (2018, p. 1299). En un sentido similar, aunque con un matiz un tanto diferente, al explicar que el mecanismo de plazo adicional puede darse también ante otros remedios distintos a la resolución, se dice en el Comentario del DCFR que “in these respects the notice serves the same function as a *mise en demeure* in French law or *Mahnung* in German law” (2009, p. 806).

constitución en mora se dé con posterioridad al *nachfrist*, puesto que ella siempre irá aparejada a la concesión de plazo adicional.

En estos ejemplos, que confirman que una y otra figura bien pueden darse de manera separada (así como que, desde luego, ninguna de ellas es requisito de la otra), siendo mecanismos dirigidos a fines distintos y que pueden responder, también, a contingencias distintas en la dinámica de la obligación y el incumplimiento, nos encontraríamos ante dos comunicaciones distintas. Es perfectamente posible, en todo caso, que el incumplimiento de suficiente entidad se presente acaecida la mora y antes de otorgar plazo adicional de cumplimiento, con lo que la concesión de este plazo ya no tendría por qué tener lugar; de igual modo que debe recordarse que, además, el *nachfrist* no necesariamente ha de ser eficaz para cualquier tipo de incumplimiento, con lo que, para un acreedor que conociera su funcionamiento, puede perderse el interés por ejercitarlo, lo cual no empecería al posible uso —consciente o no— de la propia mora, de cara a los daños por retraso.

Sin embargo, en muchos otros casos —que, tal vez, pudieran suponer el supuesto de hecho más habitual en la práctica, por cuanto no sería extraño que el acreedor, al tiempo que reclamara el cumplimiento al deudor retrasado, le fijase un plazo adicional para efectuar dicho cumplimiento—, los dos fines se reunirán en un único requerimiento, como se ha dicho al inicio de este apartado.

Asumiendo que existe una cierta libertad de forma en relación con el acto de constitución en mora —la que, en suma, se aprecia tanto en el artículo 1100 CC, como en la PCC—, y que la puesta en práctica del mecanismo de notificación-resolución o plazo adicional requiere de una comunicación que, con mayor o menor concreción, exprese la exigencia del acreedor en cuanto al cumplimiento —cuestiones sobre las que más adelante regresaremos—, la regla es la siguiente: la comunicación por la que el acreedor constituye en mora al deudor, sin mayores aditivos, no accionará el mecanismo del plazo adicional, pero la comunicación que acciona este último mecanismo tendrá también el efecto de constituir en mora al deudor.

Este modelo sería aplicable, además, en otros ordenamientos que también contemplaran ambas figuras, si no existe norma alguna específica que se refiera a esta cuestión, disciplinándola de otro modo, o algún otro tipo de impedimento legal que tuviera efecto, aunque fuera mediato, sobre esta cuestión. Así, cabe entender que el mismo esquema podría repetirse en ordenamientos como el alemán, en el que una y otra figura se encuentran bien delimitadas —de hecho, alguna doctrina ha apuntado, quizá indirectamente, a esta cuestión<sup>212</sup>—, o el francés, cuya mención a la *mise en demeure*

---

212 *Vid.* Kleinschmidt, 2018, p. 1299, y nota al pie n.º 60, en la misma página.

como requisito de acceso a los remedios ya se ha dicho que nos parece inadecuada, siendo una concesión de plazo vinculable, más bien, con el *nachfrist*, pero respecto de la que se daría el efecto práctico de que, en función del esquema presentado, al mismo tiempo se produciría la *mise en demeure*. Además, todavía en el ámbito del *Code français*, una clara diferenciación entre un elemento y otro proporcionaría respuestas a algunas de las cuestiones planteadas por la doctrina en torno a esta supuesta *nueva función de la mora francesa*, como es si el acreedor tendría que otorgar la *mise en demeure préalable* también en los supuestos en los que el deudor ya se encontrara en mora, por ser ésta automática<sup>213</sup>. Pues bien, enfocando la cuestión desde el punto de vista que nos parece más ajustado a la realidad —lo que denominan *mise en demeure* es un plazo adicional a la *nachfrist*—, la respuesta ya está dada.

Como se ve, el esquema planteado, partiendo de la clara diferenciación entre *nachfrist* y mora, y sin perjuicio de que los dos mecanismos presenten evidentes puntos de conexión —para más señas, lo explicado en este mismo apartado—, permite resolver cuestiones que se plantean en torno a ambos conceptos y a su función respecto a los modelos resolutorios introducidos en los últimos tiempos.

## **3.2. Cuestiones a resolver en relación con el mecanismo propuesto**

### **3.2.1. Los problemas en torno a la eficacia de la comunicación que da inicio al *nachfrist* en relación con la mora. El *nachfrist* como aplazamiento**

El esquema general que hemos desarrollado en el apartado precedente parte de una premisa: la comunicación en la que se concede el plazo adicional es válida para constituir, a su vez, al deudor en mora. Sin embargo, la admisión de esta idea puede enfrentarse a algunas dudas razonables que conviene tratar de solventar.

En primer lugar, es posible cuestionar si la comunicación que se requiere para el *nachfrist* permite poner al deudor en mora. Ciertamente, ni el contenido ni la forma de esta comunicación se han estudiado con la profundidad con la que sí se ha examinado, a más de un efecto, la interpelación que constituye al deudor en mora; probablemente, porque su eficacia se hace depender, sobre todo, de que se comunique un plazo adicional razonable, y precisamente en torno a esta cuestión se han realizado los estudios.

---

213 *Vid. supra* Cap. IV, apartado I.3.2.3.B.b, y Cap. VI, apartado I.4.

Por lo que hace a los posibles requisitos de forma para la constitución en mora del deudor, se ha de decir que éste es un problema poco prevalente en las obligaciones entre particulares, habida cuenta de la flexibilidad del Código Civil, que se repite, también, en la PCC, y que se entiende aplicable a las relaciones de consumo. Más problemática podría ser la cuestión en el ámbito de las relaciones profesionales, por el mayor rigor en que en esta materia se expresa el Código de Comercio. No obstante, sabemos que existe una clara tendencia a la flexibilización en este ámbito, incluso bajo la vigencia del CCom, y de lo cual es muestra el ACM, que, al recoger esta figura, no reproduce los requisitos que sí recoge el CCom<sup>214</sup>.

En realidad, la relevancia la toma, sobre todo, el contenido de la comunicación. Y esto porque la constitución en mora requiere que el acreedor exija el cumplimiento, y podríamos plantearnos si éste es requisito necesario para el *nachfrist* —no parece que se haya exigido expresamente— y, sobre todo, si, de no explicitarse en la comunicación, la concesión de plazo podría entenderse como implícita exigencia de cumplimiento. Ello podría, a su vez, llevarnos a cuestionar si pudieran darse en la práctica requerimientos útiles para activar el mecanismo de plazo adicional, pero no para entender constituido en mora al deudor.

Parece que uno de los fundamentos del mecanismo *nachfrist* es, al igual que en la mora, que el acreedor todavía podría aceptar un cumplimiento, aún fuera éste retrasado. Aunque existen claras diferencias entre ambas figuras, a las que ya hemos aludido, entre ellas existe un denominador común: en ambos casos, el deudor podrá, en principio, cumplir, a pesar del retraso, y el acreedor aceptar el cumplimiento, aunque éste sea tardío. De hecho, en el caso del *nachfrist* el acreedor se encuentra mucho más vinculado al posible cumplimiento del deudor que el acreedor que simplemente ha constituido en mora al deudor, puesto que, para el primer caso, se prevé que el acreedor no pueda acceder a ninguno de los remedios capaces de dar fin a la relación obligatoria en tanto en cuanto no transcurra el plazo concedido.

En la práctica, parece, por tanto, que puede equipararse a la exigencia de cumplimiento que se requiere para la puesta en mora del deudor. Además, existe incluso alguna doctrina que avala nuestra posición, entendiendo que a la fijación de plazo adicional debe acompañar “una invitación al cumplimiento”<sup>215</sup>.

A la postre, podría zanjarse la discusión considerando que, incluso aunque se admitiera la puesta en práctica del *nachfrist* sin una exigencia expresa de cumplimiento, lo más aconsejable, en pos de la seguridad jurídica, sería asimilar la comunicación que

---

214 *Vid. supra* Cap. V, apartado III.1.

215 Expresamente lo dice Palazón Garrido (2011, p. 441).

pone en marcha el mecanismo *nachfrist* a la que sirve para constituir en mora en todos los casos en los que se conceda un plazo adicional para cumplir, si se quiere evitar que en algunos supuestos el *nachfrist* constituya también al deudor en mora, y en otros, no<sup>216</sup>.

En segundo lugar, y en la medida en que sabemos que el *nachfrist*, como se ha explicado al principio del trabajo, es un aplazamiento —en concreto un aplazamiento otorgado por la parte—, cabe que contrastemos la relación que acabamos de dibujar con la que los aplazamientos, en general, tienen con la mora.

En este sentido, se ha de recordar que es doctrina general y tradicionalmente aceptada que el otorgamiento de nuevo plazo para cumplir supone causa de cesación de la mora, de tal suerte que, una vez otorgado el aplazamiento, no seguirían devengándose los efectos propios de ésta. Así, cesaría la responsabilidad sobre los daños; el devengo de intereses, en su caso; y los riesgos fortuitos dejarían de estar a cargo del deudor<sup>217</sup>. Además, en algunos supuestos, y en función de la interpretación que pudiera extraerse en torno a la voluntad del acreedor, el efecto de la concesión de plazo podría extenderse a la purga de la mora, por la que se entenderían renunciados por el acreedor los efectos ya devengados<sup>218</sup>.

Si esto es así, es evidente que la dinámica del *nachfrist* necesariamente ha de ser bien distinta a la de un aplazamiento común, incluso en abstracto, puesto que su puesta en práctica conlleva la suspensión de todos los remedios excepto, singularmente, el indemnizatorio y el de suspensión del propio incumplimiento (en ocasiones, también el de cumplimiento). En concreto, parece que el hecho de que los daños se sigan

---

216 Ahora bien, esto podría hacernos cuestionar si, entonces, el contenido concreto de la comunicación debería también ser estudiado de esta misma forma laxa cuando se tratara de una simple mora, sin *nachfrist*. A la postre, lo que hay que entender es que lo relevante es que quede clara la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento, y bien podría entenderse que eso sucede —con independencia de las razones que, *ad intra*, motivaran la concesión de plazo adicional— cuando el acreedor concede plazo adicional para el cumplimiento una vez el deudor ya se encuentra en situación de incumplimiento retrasado.

217 *Vid.*, en general, Castán, 1988, p. 216; Scaevola, 1957, pp. 590 y ss.; Vaquero López, 2016, pp. 842, 843.

218 *Vid.* Lacruz, 2011, p. 249; Palau Ramírez/Pastor i Vicent/Palau Sastre/Talens Visconti, 2012, pp. 121, 123. En relación con la interpretación del silencio del acreedor existen dos corrientes contrapuestas. Scaevola, por todos los que apoyan esta posición, entiende que el señalamiento de nuevo plazo “implica necesariamente el perdón” y la “confesión de no haberse sufrido por causa de ella perjuicio alguno” (refiriéndose, claro está, a la mora), por lo que sólo de reservarse expresamente los derechos al conceder nuevo plazo se podrá interpretar que el acreedor no renuncia a ellos (1957, pp. 594-596). Otras posiciones plantean la interpretación opuesta (*vid.* Palau Ramírez/Pastor i Vicent/Palau Sastre/Talens Visconti, *ibíd.*, p. 123; Viciano Pastor, 2012a, p. 415).



devengando da una idea clara de que este aplazamiento es muy particular, y que no comporta un alivio para el deudor en cuanto a su situación de incumplidor, sino más bien todo lo contrario (con la importante matización, eso sí, de que impide el recurso a los remedios que cuentan con efectos más radicales sobre la pervivencia de la relación obligatoria).

A este respecto, y aunque se produzca a propósito de un sistema en el que el mero retraso es ya indemnizable, nos parece que es meridiana la explicación que del artículo 63 CISG —fijador del mecanismo para los casos de incumplimiento del comprador<sup>219</sup>— efectúa Díez Picazo cuando dice que “la fijación de este plazo no constituye prórroga del plazo que convencionalmente al comprador se le hubiera concedido, ni borra, por consiguiente, el vencimiento ya producido de su obligación. Tampoco cancela la situación del incumplimiento en que el comprador pueda encontrarse. La función del plazo suplementario del artículo 63 es la facilitación de la resolución del contrato, que sin él sólo puede ser pretendida por incumplimientos que posean un carácter esencial o fundamental”<sup>220</sup>, así como que “la fijación del plazo suplementario no determina que el vendedor pierda el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de daños y perjuicios. Quiere ello decir que si en el momento de la fijación del plazo suplementario el comprador se encontraba ya en una situación de retraso en el cumplimiento, ésta subsiste”<sup>221</sup>.

Sólo partiendo, en suma, de esta especialidad a la que hacemos referencia, es posible entender que la comunicación que da lugar al *nachfrist* es capaz de provocar la

---

219 Y en sentido similar se pronuncia López López para los casos de incumplimiento del vendedor, para los cuales el artículo 47 fija el citado mecanismo, cuando dice que “la concesión de un plazo de gracia —se refiere al *nachfrist*, claro está, y no al plazo de gracia judicial— no puede entenderse, al menos *a priori*, como condonación de dichos daños o prueba de su no existencia” (1998b, p. 425). Una idea a la que el autor parece apuntar es que, evidentemente, el acreedor que deseara condonar estos efectos al deudor podría, efectivamente, hacerlo; aunque, en la medida en que esto supondría algo distinto a lo que el régimen general dispone, y siendo, además una renuncia a un derecho ya adquirido, parece que dicha voluntad habría de constar de manera expresa e indubitada.

220 Díez-Picazo, 1998, p. 500.

221 Y, además, añade que “El precepto no dice, literalmente entendido, que la pretensión de indemnización se pueda ejercitar antes del transcurso del plazo, pues lo que preceptúa es simplemente que no se pierde por el hecho de haberlo establecido. El derecho que se conserva, según el artículo 63, es el de obtener la indemnización de daños y perjuicios que sean consecuencia del retraso en el cumplimiento y, por consiguiente, los intereses del precio no pagado y los gastos de conservación y almacenamiento de las mercaderías”, pudiendo aplicarse también esta regla a “las penas convencionales establecidas para el cumplimiento retrasado”. Por tanto, es claro que durante el transcurso del plazo adicional los daños por retraso se seguirían devengando (*ibíd.*, p. 502).

mora del deudor, cuando, en general, los aplazamientos provocan el cese de la mora<sup>222</sup>. Por tanto, se ha de aceptar que el *nachfrist*, en cuanto a aplazamiento, es verdaderamente excepcional, y su regulación da lugar a efectos que lo distancian, en su relación con la mora, de los que tendría cualquier otro aplazamiento<sup>223</sup>.

Dicho esto, cabría preguntarse si podría extraerse una conclusión diferente de los supuestos en los que el recurso al *nachfrist* tiene carácter meramente potestativo, o de facultad, y no de carga<sup>224</sup>; esto es, cuando no es preciso para poner en marcha el remedio, y aun así el acreedor lo utiliza, con el fin de dar una última oportunidad de cumplimiento al deudor antes de acudir al remedio en cuestión.

A este respecto, ha de decirse que no parece que exista diferencia alguna, si se observa que, como se ha indicado ya anteriormente, la mayor parte de los textos de modernización preveían este mecanismo como aplicable a la generalidad de los remedios, y en todos los casos se le asociaba el mismo régimen en relación con la suspensión de los remedios durante el transcurso del plazo.

En tercer lugar, existe una manera alternativa de entender la eficacia del mecanismo de plazo adicional a los efectos de la constitución en mora del deudor, que además podría permitir ofrecer soluciones distintas —y tal vez más satisfactorias— a los problemas apuntados.

Este modo alternativo de entender la cuestión, que es, precisamente, el que ha sido señalado por la poca doctrina que en nuestro país ha señalado la eficacia del *nachfrist* respecto a la mora, supone considerar que es el transcurso del plazo el que pone al deudor en mora —y no, por tanto, la comunicación de concesión de plazo—<sup>225</sup>.

---

222 Habría que plantearse si a la misma conclusión puede llegarse en el supuesto de que el acreedor otorgara sucesivos plazos de cumplimiento al deudor que no cumple en el primer plazo. En este caso, ciertamente podría pensarse que la función inicial del mecanismo de notificación-resolución se desvirtúa un tanto. Parece que sería de capital importancia estudiar la voluntad del acreedor, en la medida en que ello sea posible, si bien la posibilidad de irrogar efectos distintos de estos plazos con respecto a la mora arroja a la situación una cierta dosis de inseguridad jurídica.

223 Con todo, resulta de interés la opinión de Reverte Navarro, que entiende que el plazo de gracia (judicial, pero quizá los argumentos sirvan a los efectos de lo que estamos examinando) no tiene por qué ser incompatible con el derecho del acreedor a ser resarcido por los daños causados por la mora (1975, pp. 40, 41).

224 Según la diferenciación hecha por Díez-Picazo (1998, p. 500).

225 Así se aprecia en Carrasco Perera, cuando dice que el deudor “estará en mora cuando transcurra el plazo suplementario adecuado que se le conceda, porque a tales efectos dicho plazo actúa como si fuese la intimación del art. 1100 CC” (2015, pp. 166, 167).

A través de este planteamiento, se consigue que la cuestión sobre la eficacia de la comunicación que concede el plazo adicional para la constitución en mora, así como su naturaleza como aplazamiento, pierdan toda posible relevancia. Mora y plazo adicional, produciéndose aquélla a la expiración de éste, no coincidirían, salvo, eso sí, que el deudor hubiera sido colocado en mora con anterioridad, bien a través de mora automática, bien a través la exigencia del cumplimiento con anterioridad al inicio del *nachfrist*; casos en los que el problema al que apuntábamos se mantendría irresuelto. Tampoco cabe desconocer que, muy habitualmente, el acreedor exigirá el cumplimiento y otorgará un último plazo en el mismo acto, si es que no se estima que la concesión de plazo conlleva implícita la exigencia de cumplimiento<sup>226</sup>; circunstancia que no parece haber sido sopesada por este posicionamiento. Así las cosas, aceptar esta configuración implicaría, parece ser, entender que en algunos casos la mora se da una vez transcurrido el plazo adicional y en otros (básicamente, en los anotados) se daría con anterioridad o coetáneamente el transcurso del propio plazo adicional.

Por otra parte, aceptar el planteamiento que proponemos puede otorgar una mayor seguridad jurídica, en la medida en que, salvo cuando la mora se ponga en marcha con anterioridad al plazo adicional, éste siempre causará el estado de mora, sin la necesidad de supeditar la mora a un plazo razonable cuya duración, además, podría ser discutida.

Tampoco parece que esta opción pudiera encajar en el sistema de la PCC, en el que se dispone que el *nachfrist* no impide el recurso al remedio indemnizatorio durante el transcurso del plazo adicional (aunque el texto tampoco prevea normas concretas para la coordinación de la mora con otros elementos del sistema). ¿No parece posible pensar que, entre otras posibles partidas de daños, se refiere también, y eminentemente incluso, a los daños ocasionados por el retraso? ¿Y que, entonces, tiene más lógica entender que la mora puede darse conjuntamente con el *nachfrist*<sup>227</sup>?

Precisamente en materia de daños, esta interpretación tiene también el problema de que el plazo normalmente finalizará con dos resultados: o bien el deudor cumplirá, en cuyo caso el acreedor no tendría derecho a indemnización por los daños causados hasta ese momento por el retraso, o bien se determinará que el incumplimiento es ya esencial; momento a partir del cual no cabrá la mora. No habiendo habido mora, en un sistema en el que ésta se contemplara, la previsión relativa a la posibilidad de ejercitar el

---

226 Sobre todo, cuando en la misma comunicación se incorpore la advertencia de que el contrato se entenderá automáticamente resuelto de no verificarse el cumplimiento en el plazo que se otorga (en la medida en que podría cuestionarse la naturaleza del requerimiento entre las dos posibilidades principales a este respecto: esto es, el requerimiento de cumplimiento y el requerimiento resolutorio).

227 Y ello, incluso aunque aceptar el planteamiento que hemos denominado como *alternativo* no implique desconocer la posibilidad de mora anterior al plazo adicional, como se ha dicho

remedio indemnizatorio durante el plazo devendría inoperante; aunque el deudor al que se concede el plazo adicional es ya un deudor incumplidor.

En fin, si hablamos de un sistema en el que la constitución en mora es precisa para que el acreedor pueda cobrar los daños que el retraso le cause, no parece que resulte en absoluto razonable hacer esperar a este acreedor al transcurso del plazo adicional para poder reclamar la indemnización de los daños causados por el retraso<sup>228</sup>.

### **3.2.2. Cuestiones relacionadas con los requisitos de las dos figuras que integran el mecanismo y su coordinación**

Si hablamos de que dos figuras distintas se produzcan a partir de una misma comunicación, es evidente que, para que el sistema pueda ser efectivo, deberán concurrir en dicho momento los requisitos que cada una de ellas presuponen.

En este sentido, parece posible constatar que muchos de sus requisitos son comunes: una obligación vencida, exigible, y que, en definitiva, se encuentre incumplida, por retraso, por el deudor, con los requisitos que este estado conlleva, siendo el retraso en el incumplimiento el presupuesto de ambas instituciones.

Si hay un aspecto en materia de requisitos de constitución de estas figuras que nos interesa destacar es que esta conceptualización de una suerte de mecanismo conjunto que sirve tanto a los efectos de la mora como a los del *nachfrist*, a través de una misma y única comunicación, es posible gracias a una nueva configuración de la mora, antes defendida, que no dependería ya de consideraciones relacionadas con la culpabilidad.

De esta forma, la mora objetiva que se ha venido defendiendo no sólo sería más coherente con el nuevo concepto de incumplimiento y, en particular, con la configuración del remedio indemnizatorio, sino que posibilitaría la aplicación conjunta de mora y *nachfrist*. Removido, así, este posible obstáculo, los requisitos generales de ambos mecanismos coincidirán por completo, pudiendo darse, ahora, a un tiempo.

Ello no quiere decir, no obstante, que una y otra, o algunos de sus efectos, más bien, no puedan tener otros requisitos propios, y así, en particular, se ha de recordar que el efecto indemnizatorio, por lo que hace, en este caso, a los daños por retraso, puede verse sujeto a potenciales excusas que impidan al acreedor reclamar los daños sufridos.

En otro sentido, también el *nachfrist* podrá tener sus propios límites, que no afectan a la figura de la mora, en cuanto a que está ordenado hacia la resolución: así, por

---

<sup>228</sup> Por lo demás, la misma doctrina que asimila mora y *nachfrist* —aunque no convengamos con sus conclusiones—, parte de la idea de que la mora se contiene en el *nachfrist*, precisamente, a propósito de la comunicación (*vid. supra* Cap. VI, apartado II.2).

ejemplo, podría determinarse, como ha venido interesando la doctrina, que su eficacia resolutoria a propósito de los supuestos de falta de conformidad se limitara a los casos en los que el incumplimiento no es, como mínimo, nimio.

En uno y otro caso, con todo, hablamos de efectos; las propias figuras podrían darse, dados el incumplimiento retrasado y las formalidades previstas a tales efectos, pero no surtiría el efecto deseado que se viera afectado por la falta de concurrencia de los presupuestos adecuados (o, en el caso de la indemnización de los daños por retraso, la concurrencia de excusa).

Entendido esto así, y con independencia de lo relativo a los efectos, en lo que más adelante se entrará, el presupuesto básico de los dos mecanismos es el mismo: el incumplimiento retrasado, que no es preciso ya que tenga carácter culpable.

De este modo, la configuración que en nuestro sistema, influido por las directrices del nuevo Derecho de obligaciones y contratos modernizado, podría hacerse de la cuestión variaría ostensiblemente con respecto a la que se aprecia en el ordenamiento de origen del *nachfrist*. En efecto, en el sistema del BGB no se requiere culpabilidad para el *nachfrist*, pero sí para los daños por mora, siendo la culpa el principio general en materia de responsabilidad del deudor<sup>229</sup>; toda vez que el *nachfrist* se dirige a la resolución y a otros remedios, pero no a los daños, a los que se dirige la mora, y para los que se exige culpabilidad.

Por otro lado, también resulta de interés fijar nuestra atención sobre otro requisito de la mora: la posibilidad de cumplimiento posterior de la obligación. Aunque el *nachfrist* es un instrumento que se utiliza para los casos en los que todavía cabe el cumplimiento, este requisito de la mora puede también contrastarse con los supuestos en los que el *nachfrist* se utiliza de la forma que hemos denominado como meramente potestativa. En estos casos, quizá podría utilizarse en supuestos en los que el incumplimiento fuera ya esencial.

Atendiendo, en primer lugar, a los casos en los que el cumplimiento posterior fuera imposible, parece que, aunque el acreedor podría llegar a conceder el plazo adicional (por ejemplo, por desconocer la circunstancia que impide el cumplimiento posterior), la comunicación en la que otorga el plazo adicional no sería en ningún caso válida para constituir al deudor en mora. De igual modo, tampoco habría plazo posterior

---

229 Por todos, *vid.* Ebers, 2003, pp. 1595, 1596; o Albiez Dohrmann, 2002a, pp. 1168 y, sobre todo, 1178, en la que indica que ésta es, precisamente, una de las grandes diferencias entre la resolución y las pretensiones de indemnización por daños. *Vid.* también *supra* Cap. VI, apartado II.2.3.

de cumplimiento ni la concesión de dicho plazo sería efectiva, toda vez que el cumplimiento posterior ya no sería posible<sup>230</sup>.

Evidentemente, la situación sería distinta si, producido un incumplimiento, en principio, definitivo, pero en el que el cumplimiento tardío es todavía posible, el acreedor decide aceptar el cumplimiento, pudiendo otorgar un nuevo plazo para ello<sup>231</sup>.

### 3.2.3. Otras implicaciones de este sistema

Por otra parte, nos interesa también estudiar si algunas de las conclusiones a las que se ha llegado al estudiar el *nachfrist* y la mora por separado resultan alteradas por obra del mecanismo propuesto.

En primer lugar, y sin perjuicio de lo que en el siguiente apartado se dirá a propósito de la resolución, la relación de la mora con el resto de remedios no variaría, en general, con respecto a lo ya estudiado, puesto que ésta mantiene su funcionamiento y regulación tradicionales, así como las relaciones que necesariamente se establecen con dichos remedios, no quedando ninguno de estos aspectos alterado a propósito del mecanismo conjunto que se plantea.

Con todo, podría entenderse que concurre la particularidad de que, durante el tiempo de duración de la mora, siempre que ésta se produjera coetáneamente al *nachfrist* y en tanto en cuanto esta situación no se resolviera (bien sea a través del cumplimiento tardío, bien al indicar el deudor que no cumplirá, o bien al transcurrir el plazo infructuosamente y, por tanto, entenderse producido el incumplimiento definitivo), se daría la suspensión de los remedios que comporta el *nachfrist*. No obstante, y como es evidente, esta suspensión no obedecería a la propia mora, sino a dicho mecanismo de plazo adicional.

---

230 En sentido similar, se ha dicho que, resultando que —como nosotros creemos— el deudor se constituye en mora, también, a través de la comunicación que otorga plazo adicional, éste no se encontrará en dicha situación en los casos en los que el acreedor manifieste que no está dispuesto a recibir el cumplimiento. Siguiendo la misma idea de que el incumplimiento definitivo excluye la mora, también se ha entendido que la declaración extrajudicial de resolución se entenderá válida a los efectos de constitución en mora, pero “siempre que, por la razón que fuese, esta declaración no fuere considerada suficiente por el juez a efectos de tener el contrato por resuelto” (Carrasco Perera, 2017, p. 855).

231 Cosa distinta sería que el otorgamiento de nuevo plazo para cumplir pudiera purgar la mora. Un criterio útil e interesante a este respecto puede ser el que aporta Giorgianni cuando señala a la distinción entre la verdadera prórroga, que tiene los efectos de la purga, y la concesión de un término de tolerancia, que no los tiene, puntualizando que lo único que de seguro comporta la dilación del término es la facultad al deudor de pagar en retardo, el compromiso de no efectuar los remedios que determinan el paso de la situación de retraso a la de incumplimiento definitivo (1975, p. 117).

Del mismo modo, el mecanismo que se plantea también deja imprejuizadas las cuestiones generales en torno al *nachfrist* que ya se han referenciado<sup>232</sup>; ya que esta posibilidad no altera el régimen propio de cada uno de los mecanismos, ni sirve, por sí solo, para colmar las posibles lagunas particulares en su configuración.

No obstante, quizá lo dicho en relación con los supuestos en los que el plazo otorgado no puede considerarse razonable pueda tener alguna consecuencia sobre la mora, al margen de que el defecto absoluto en la comunicación de plazo pueda tener como resultado que la comunicación no sea válida a efectos del procedimiento de notificación-resolución, pero sí de mora.

Así, en primer lugar, si se entiende que, ante falta de este plazo, es el juez el que ha de fijar un plazo adicional razonable, podría plantearse si este plazo de gracia, proviniendo del juez, seguiría el régimen de los aplazamientos comunes, o si podría seguir identificándose con las características del tan particular *nachfrist*. Parece que, en la medida en que el juez únicamente señalaría el plazo, sin corresponderle, verdaderamente, la iniciativa en la puesta en marcha del mecanismo, sería más razonable optar por la segunda solución.

Más problemático podría resultar el supuesto en el que el juez pudiera devolver la situación al estado en que se encontraba antes de producirse la resolución que por el mismo se determina como mal hecha —tal y como sucede, por ejemplo, en el nuevo *Code civil* francés, en el que, se recordará, también se prevé que el juez pueda examinar la esencialidad del incumplimiento, a pesar de haberse otorgado plazo adicional para cumplir<sup>233</sup>—, ya que podría plantearse la razonabilidad de que fuera el deudor quien, durante este transcurso de tiempo —cuya prolongación podría considerarse que se debe a la puesta en marcha del remedio, incorrectamente, por el acreedor—, debe seguir cargando con las consecuencias de la mora.

Por otro lado, si se considerara que la concesión de plazo, por el defecto mencionado, ha de reputarse ineficaz a todos los efectos, entendiéndose como no dada —una solución que hemos dicho ya que no parece contar con la opinión positiva de la doctrina—, entonces la obligación se mantendría en el mismo estado en el que se encontraba, y, en su caso, el deudor se seguiría encontrando en situación de mora.

Parece que de entender, por último, que el plazo debe continuar hasta alcanzar una duración total que pudiera entenderse razonable, entonces no habría consecuencia

---

232 *Vid. supra* apartados I.2 y I.3.

233 *Vid. supra* Cap. IV, apartado I.3.2.2.

alguna en torno a la situación de mora, que también en este caso se seguiría produciendo, sin más.

### **3.3. Los concretos efectos del mecanismo conjunto *nachfrist-mora***

En primer lugar, en cuanto a los efectos a los que este mecanismo conjunto habría de dar lugar, es importante distinguir que, mientras que el *nachfrist* va dirigido primordialmente a la resolución, la mora se dirige, dentro del marco de los distintos remedios frente al incumplimiento, al remedio indemnizatorio, por lo que la concurrencia de las dos figuras será relevante, sobre todo, en atención a estos dos remedios.

Así, y sin perjuicio de otras posibles cuestiones, nos interesa destacar lo siguiente.

En primer lugar, el efecto que corresponde a la mora, explicado por comparación con los sistemas en los que la mora se elimina, y al margen de la cuestión del traspaso de riesgos, es que los daños por retraso se apreciarán no desde el incumplimiento, sino desde que la mora se produce.

Ésta es, evidentemente, una importante nota diferencial con respecto a los sistemas en los que se regula el *nachfrist* pero no la mora, y en los que los daños por retraso se vendrían apreciando, con carácter general, con anterioridad al momento en el que el *nachfrist* comienza; lo cual permite asegurar que el remedio indemnizatorio, en particular, no queda afectado por el plazo adicional.

En el caso del sistema que proponemos, por el contrario, los daños por retraso serán indemnizables sólo a partir de la constitución en mora del deudor, momento que podrá coincidir, o no, con aquél en el que el *nachfrist* se pone en marcha. Como se ha dicho, la mora puede darse de manera independiente al *nachfrist*, por lo que, en concreto, se dará con anterioridad en los casos de mora automática (teniendo en cuenta la particular relevancia del principio *dies interpellat pro homine* en el ámbito de la contratación entre profesionales) o en los casos en los que se exija el cumplimiento sin otorgar plazo razonable; sin embargo, si ésta no se hubiera producido con anterioridad, el *nachfrist* siempre dará lugar a la constitución en mora del deudor. De esta forma, no sería precisa una intimación adicional para que se predicaran los efectos de la mora.

En segundo término, y por lo que hace a la resolución, el mecanismo *nachfrist* aporta, como sabemos, el procedimiento de notificación-resolución, que permite resolver ante incumplimientos no esenciales sin examen de la gravedad del incumplimiento producido; se trata, evidentemente, de un resultado ventajoso que no puede asociarse a la mora del deudor.



Faltando éste, así, el acreedor podría seguir resolviendo en caso de retraso, con independencia de que se hubiese constituido en mora o no al deudor, pero seguiríamos sujetos al mencionado examen de la gravedad del incumplimiento, incluso de mediar la mora. En este sentido, y como sucede ya en nuestro sistema, la resolución podría seguir a la mora sin la concurrencia del *nachfrist*, pero, evidentemente, sin las ventajas que aporta el sistema del plazo adicional.

Por otra parte, también ha de apreciarse que, aunque sea un efecto secundario y, desde luego, no buscado, en todos los casos en los que se resolviera a través del mecanismo de notificación-resolución resultaría que, en la práctica, el deudor se encontraría en situación de mora técnica, la cual habría venido producida por la misma comunicación que hubiese constituido el *nachfrist*. Ello no quiere decir que la mora debiera entenderse como requisito de la resolución en este tipo de supuestos; simplemente sería una consecuencia de la aplicación del mecanismo de plazo adicional, que sería el verdadero requisito para la resolución en estos casos desde el punto de vista técnico.

Sin embargo, se ha de notar que, para sistemas en los que el único modo —o el modo común— de acceder a la resolución fuera el de la concesión de plazo, entonces la mora del deudor se daría siempre, indefectiblemente, antes de cualquier resolución, por lo que resultarían más entendibles posiciones doctrinales que estimaran que, en la práctica, la mora es requisito de la resolución; sin perjuicio de que se pudiera seguir discriminando, desde el punto de vista técnico, si el requisito es la propia mora o, más bien, el *nachfrist*. Esto es lo que podría predicarse de un sistema como el alemán<sup>234</sup>, en el que sólo se daría la resolución sin previa mora en los casos en los que tampoco procede el *nachfrist*, que son, básicamente, aquéllos en los que ya no es posible un cumplimiento posterior o no tiene sentido reclamarlo (§ 323.2 BGB); supuestos en los que, además, tampoco tendría sentido la mora del deudor.

Sea como fuere, a la postre, la mora se daría siempre que se utilizara el *nachfrist*, a modo de efecto práctico de éste, por lo que su incidencia dependería de la función asignada a éste. También se daría, empero, cuando se hiciera de manera previa a otros remedios, potestativamente, y no por ello pensamos que la mora vaya a erigirse en requisito de aquellos otros remedios; es cierto, con todo, que en el modelo resolutorio, en el que el *nachfrist* adquiere plena relevancia, la mora se daría siempre que éste fuera necesario — sin perjuicio de que ello no implique necesariamente, como decimos que se constituya en requisito de la resolución<sup>235</sup>—.

---

234 *Vid.* Kleinschmidt, 2012, p. 1299, nota al pie n.º 60, y las referencias en él contenidas.

235 Lo explica muy bien Kleinschmidt, cuando dice que “Strictly speaking, termination because of expiry of a ‘Nachfrist’ will not presuppose mora debitoris because it does not call for a prior

En resumen, es posible observar que los efectos principales son, en general, los propios de cada una de las instituciones afectadas, lo cual sirve para confirmar su independencia, a la vez que se aprecian algunos efectos secundarios, derivados de la interrelación entre éstas. La más importante nota distintiva de lo que se propone, en cuanto a efecto, es, como se explicará a continuación, la posibilidad de implementar ambas figuras en una misma comunicación, y de despejar y resolver las dudas de la relación entre dos mecanismos que han parecido, en ocasiones, incluso contrapuestos.

### **3.4. En conclusión, las ventajas del mecanismo mixto *nachfrist-mora***

Defendidas las bondades de la mora, y admitidas por todos las del sistema de notificación-resolución, como mecanismo para soliviantar los problemas a los que el modelo de resolución judicial ha dado lugar en nuestro ordenamiento, nos parece que la solución más eficiente pasa por admitir, en virtud de lo dicho, este mecanismo *nachfrist-mora* que, sin empecer a la independencia de ambas figuras —y, con ello, a la posibilidad de que puedan darse separadamente—, permite obtener las funcionalidades de ambos a través de una misma comunicación del acreedor.

Si esto se plantea así, y, en lugar de entender que el *nachfrist* es un mecanismo excluyente con respecto a la mora, se produce la implementación de ambos en el sistema, ésta supondrá evidentes ventajas para los contratantes, que podrán beneficiarse de ambos mecanismos sin que esto suponga, además, una mayor carga para el acreedor.

Por último, como se acaba de decir, la explicación ofrecida implica también una opción para resolver algunas de las posibles cuestiones existentes en relación con la compatibilidad entre las dos instituciones estudiadas (que en más de una ocasión se han entendido contrapuestas, cuando no antagónicas), sin perjuicio de posibles especialidades derivadas bien de las características de la obligación (principalmente, cuando nos hallemos ante obligaciones suscritas entre profesionales o con consumidores), bien de la aplicación de algún régimen particular de retraso, resolución, u otros aspectos de relevancia en la materia.

Y, como también se deduce de lo dicho hasta ahora, la determinación exacta de la relación *mora-nachfrist*, y del modo en que ambas figuras interactúan, no sólo es trascendente a los efectos de una posible, o potencial, implementación general del *nachfrist* (por la que ya sabemos que algunos autores abogan, incluso sin mediar

---

‘warning’ of the debtor. In practice, however, the fact that the creditor fixes an additional period for performance puts the debtor on notice and may therefore trigger delay”, exponiendo así que la resolución no presupone la mora, porque no requiere un previo aviso dirigido al deudor, pero que en la práctica se dará este efecto, como consecuencia del hecho de que el acreedor fija un plazo para el cumplimiento y, con ello, constituye al deudor en mora (2018, p. 1299).

modificación legislativa alguna), sino porque el *nachfrist* ya se encuentra presente en nuestro Derecho positivo, a propósito de los contratos de consumo, y no se ha ocupado el legislador, hasta ahora, de coordinar este mecanismo con aquéllos otros que, todavía perfectamente vigentes, pueden presentar interferencias con él.

Desde este punto de vista, y por lo que ya es Derecho vigente, se ha de tener en cuenta lo anteriormente dicho respecto al modelo de *nachfrist* que se contiene en el artículo 66 bis TRLGDCU<sup>236</sup>, y que, como se recordará, entre otras cosas se caracteriza por ser un mecanismo de alcance más limitado que el que se prevé en las Propuestas civiles, y que, en la dinámica de los contratos de consumo, únicamente puede accionarse por el consumidor en ciertos casos de incumplimiento (cuando consista en una falta total de entrega), al igual que se prevé únicamente a propósito del remedio resolutorio —si bien esto se compensa con el reconocimiento de un derecho automático a resolver en otros casos<sup>237</sup>—; por lo que algunas de las cosas dichas en este apartado pueden considerarse matizables en virtud de estos aspectos, sin perjuicio de que la dinámica de la figura sea idéntica, y por tanto pueda entenderse aplicable lo hasta ahora dicho, en general.

A la adecuación de este mecanismo en relación con los distintos tipos de contratación y a ciertos aspectos de su configuración en cada caso, y entre otras cosas, nos referiremos más adelante.

### **III. Algunos apuntes sobre el posible nuevo modelo resolutorio**

Después de lo que se ha ido diciendo a lo largo del trabajo en torno a la resolución, puede convenir realizar una última referencia conclusiva, a colación, también, de lo que ya se ha dicho en relación con el modelo *nachfrist* al principio de este Capítulo, con el que se vincula el nuevo modelo resolutorio, por plazo adicional, que se introduce en la generalidad de textos de modernización.

La admisión generalizada de este nuevo modelo resolutorio supondría, por una parte, consolidar los planteamientos judiciales en torno al retraso y a la resolución que se han venido tímidamente introduciendo en nuestra jurisprudencia, lo que aportaría, por lo menos, una seguridad en torno al modo en que los contratantes pueden proceder

---

236 *Vid.* apartado I.2.2.

237 *Vid.* art. 66 bis.2.2 TRLGDCU. En este sentido, puede estimarse que se facilita la resolución en mayor medida que en la generalidad de los textos de modernización, que no contemplan estas opciones.

ante supuestos de retraso, con independencia de que la cuestión de la razonabilidad del plazo conlleve cierta inseguridad.

Por otra parte, también reafirmaría la práctica, ya generalmente admitida, en torno a la resolución ejecutada extrajudicialmente. Además, cabe decir que, con seguridad, de introducirse un modelo de *doble régimen*<sup>238</sup>, en el que estuvieran presentes tanto la resolución por plazo adicional, como la resolución por incumplimiento esencial, también respecto a esta última se configuraría la posibilidad para el acreedor de su ejercicio extrajudicial. Cosa distinta sería si, además, se mantendría la posibilidad de solicitar la resolución judicialmente.

En relación con los distintos modelos resolutorios posibles, entendemos que no existiría inconveniente en aceptar dos vías generales distintas para la resolución, a saber, la resolución por incumplimiento esencial, y la resolución por transcurso de plazo adicional<sup>239</sup>, más sus variaciones (por ejemplo, la resolución anticipada por riesgo de incumplimiento, o la posibilidad de que el deudor declare que no cumplirá<sup>240</sup>, sin excluir, por supuesto, la posible concurrencia de cláusulas convencionales destinadas a estos efectos, o bien con otros tipos de resolución para contratos concretos), siempre que ambas se dispusieran en condiciones de igualdad, sin preferencia ni relación de jerarquía, en principio, de la una sobre la otra, y, desde luego, con total independencia entre ellas.

De otro lado, algunos autores han entendido que el mantenimiento de la noción de incumplimiento esencial introduce cierta confusión en el sistema, pudiendo haber sido preferible indicar simplemente que hay supuestos en los que no es necesario conceder un plazo adicional antes de resolver, en cuyo caso habría sido preciso señalar cuáles serían esos supuestos<sup>241</sup> —por cierto, es el sistema que se sigue, se ha dicho, en el ACM<sup>242</sup>, y que se corresponde también con el del BGB—.

---

238 Palazón Garrido, 2016a, pp. 866, 867.

239 La PCC regula una y otra vía en los artículos 518-13 y 518-14, respectivamente, por lo que cabe entender que se configuran como dos modalidades de resolución en condiciones de igualdad. De Arroyo i Amayuelas se desprende, no obstante, que la norma general para la resolución en casos de retraso y de falta de conformidad sería la concesión de plazo adicional (2019, p. 211).

240 Con el distinto alcance que a esta declaración se otorga según el texto (en relación con la CISG y los PECL, *vid.* Yovel, 2007, pp. 23, 24).

241 Arroyo i Amayuelas entiende que no resulta muy congruente exigir que el incumplimiento resolutorio debe ser esencial y, a la vez, permitir la resolución por el “simple” transcurso del plazo, porque “esto último es precisamente lo que evitaría tener que entrar a juzgar la gravedad o esencialidad del incumplimiento” (2019, pp. 214, 215).

242 Palazón Garrido, 2016a, p. 900; cfr. art. 417-2 (2) ACM. Atendiendo al precepto citado, aunque menta al incumplimiento esencial, lo hace para indicar que, aun sin mediar éste, se podrá “dar

Es evidente que, si la resolución basada en el incumplimiento esencial se mantiene, el contrapeso de la posibilidad de resolver sin plazo debe necesariamente consistir en permitir al deudor la revisión de la esencialidad, puesto que, de lo contrario, prácticamente se deja a expensas de una sola de las partes la continuación del contrato. Incluso, además, sin necesidad de aducir verdaderos motivos para la resolución, si el ejercicio del remedio no puede controlarse posteriormente. Teniendo esto en cuenta, podría tal vez plantearse la posibilidad de eliminar esta vía.

Sin embargo, aunque es cierto que la noción de incumplimiento esencial es un concepto un tanto evanescente y difícil de precisar, nos parece que incluso los supuestos en los que en la regulación del BGB se considera que no es preciso otorgar un plazo adicional pueden relacionarse, precisamente, con el incumplimiento esencial<sup>243</sup>. Siendo esto así, y observando, además, que otros textos de referencia también se refieren al incumplimiento esencial como posible base para la resolución<sup>244</sup>, quizá podría optarse más bien por incluir una definición de lo que sea el incumplimiento esencial, al tiempo que se establece, eso sí, una clara delimitación entre la resolución por incumplimiento esencial, por una parte, y la resolución por transcurso de plazo adicional, por otra<sup>245</sup>; lo cual permitiría mantener este concepto y su eficacia resolutoria y a la vez contribuir a la clarificación de los supuestos en los que habría de tener lugar.

Entendemos, además, que esta doctrina se dirige a minimizar la intervención judicial en los supuestos de resolución<sup>246</sup>, y, seguramente, el que el incumplimiento

---

por terminado el contrato” tras el transcurso de un plazo adicional para cumplir.

243 Dice Kleinschmidt que “these exceptions, drawn together, all describe cases where the creditor is substantially deprived of what he was entitled to expect under the contract and where, therefore, the non-performance appears to be “fundamental” (2018, p. 1299).

244 *Vid.* arts. 49.1.a) y 64.1.a) CISG, 7.3.1 (1) Principios Unidroit, 9:301 (1) PECL, III.-3:502 DCFR, 114.1 y 134 CESL, art. 114.1 (también 114.2) Proyecto Gandolfi (aunque en este texto se habla de “incumplimiento de singular importancia” —en la traducción que utilizamos, antes reseñada—).

*Vid.* también a Yovel, quien dice que “the main feature of avoidance of the contract shared by both CISG and PECL —y puede trasladarse a otros textos— is that it is generally restricted to cases of fundamental breach” (2007, p. 6; también, pp. 11, 12; y en la p. 15 se refiere al *nachfrist* como a una herramienta que puede utilizarse solo en algunos casos en ausencia de incumplimiento esencial, transmitiendo la idea —quizá un tanto sobredimensionada— de que es éste, y no el primero, la pieza central del régimen resolutorio, debiendo tenerse en cuenta que el *nachfrist* no puede aplicarse a cualquier tipo de incumplimiento —p. 17—).

245 Además, la presentación a través de una estructura separada también ha sido valorada positivamente, por su utilidad, por la doctrina (*vid.* Kleinschmidt, 2018, p. 1305).

246 Es muy claro cuando Arroyo i Amayuelas dice que la PCC “podría suponer un cambio, pero, si bien se mira, se queda a medio camino, porque no prescinde de la idea de incumplimiento esencial y, salvo que quede muy claro en el contrato qué era esencial para las partes, el concepto

esencial no fuera una vía resolutoria como tal probablemente ayudaría en algo, aunque fuera, como mínimo, por el efecto meramente psicológico que tendría sobre las partes el no conceptualizar el incumplimiento esencial como posible vía al uso y base de su derecho a desligarse de la obligación<sup>247</sup>; a lo cual ha de añadirse que, ciertamente, el concreto diseño de esos supuestos podría hacer que el derecho del acreedor a acudir a la resolución sin necesidad de otorgar plazo previo fuera más restringido que en los casos en los que el incumplimiento esencial fuera una de las vías establecidas, como tal, para el acceso a la resolución. Podría entenderse que en estos casos, incluso, se estaría implantando funcionalmente una jerarquía de remedios, en la medida en que siempre se habrá de solicitar el cumplimiento antes de proceder a resolver<sup>248</sup>.

Sin embargo, en realidad, ya hemos dicho, por una parte, que el sistema *nachfrist*, por sí solo, tampoco permite evitar el recurso al juez por completo (aunque ayude a reducirlo), al tiempo que, por otra, si no aceptamos la resolución por incumplimiento esencial como una vía independiente para ejercitar este remedio, pero disponemos que no será preciso conceder un plazo adicional para el cumplimiento en los supuestos en los que éste resulte superfluo, a la postre, cabe imaginar que también el deudor podría acudir al juez a discutir si efectivamente la concesión de plazo era o no superfluo (especialmente si no se delimitan de manera muy concreta cuáles son los supuestos en los que se considera que no es necesario conceder plazo); y, sin perjuicio de la admisión de otros supuestos que también permitirían rechazar la necesidad de otorgar plazo, distintos al incumplimiento esencial, ¿todos estos supuestos se distinguirían, verdaderamente, de los casos en los que el incumplimiento es esencial?<sup>249</sup> Parece que, al final —y salvo que el legislador hubiera de optar por imponer el recurso al plazo incluso en los supuestos en los que éste fuera claramente innecesario—, seguimos dando vueltas sobre la misma idea.

---

no podrá ser dotado de contenido unilateralmente por parte del acreedor sin incurrir en el riesgo de que el deudor se oponga; si eso sucede, será el juez quien tenga que ponderar los intereses en juego” (2018, p. 5).

247 En sentido similar, entiende Kleinschmidt que, aunque la flexibilidad del concepto es su mayor ventaja, puede suponer su mayor inconveniente para las partes que tratan de obtener cierta seguridad jurídica. Por el contrario, un sistema que se base principalmente en el *nachfrist* ayuda a corregir esta importante desventaja (2018, p. 1308).

248 En sentido similar, *vid.* Fenoy Picón, 2011, p. 1587.

249 En este sentido, Kleinschmidt entiende que en el BGB se regulan, en efecto, dos vías de acceso a la resolución (“In practical effect, the ‘Nachfrist’ mechanism as implemented in the reformed German law of obligations consists of a right to immediate termination for (pre-defined cases of) fundamental non performance and the ability of the creditor to elevate any case of non-performance to a ground for termination by means of fixing an additional period”) (2018, p. 1299).

Además, también puede resultar curioso reseñar cómo alguna doctrina va más allá y, por ejemplo, en relación con el artículo 1200 PMCC —recuérdese que el 1199 habla del incumplimiento esencial como causa de resolución, y el 1200, de las otras causas que pueden dar lugar a la resolución—, existen manifestaciones doctrinales que entienden que todos los supuestos en él recogidos terminan por reconducirse al concepto de incumplimiento esencial, identificándose como “conductas que se asimilan al incumplimiento esencial”<sup>250</sup>.

Finalmente, la cuestión es la siguiente: ¿ha de ser esencial un incumplimiento para que sea resolutorio? Si tenemos mecanismos para entender cuándo un incumplimiento es resolutorio, es posible que no sea tan necesario saber si se le puede atribuir, también, el apelativo de “esencial”, puesto que el efecto práctico es el mismo, y la cuestión termina por ser meramente terminológica. Puede que, incluso, pueda ser útil mantener una diferenciación, según se ha comentado más arriba, entre la resolución basada en el incumplimiento esencial y la basada en el transcurso de plazo adicional, y distinguirlas claramente; pero la duda (creemos que, de nuevo, más teórica que práctica) permanecería en torno a si no es posible redirigir, como mínimo, los supuestos en los que la concesión de plazo no es necesaria al concepto de incumplimiento esencial.

Lo que nos importa, al fin y al cabo, es tener unas causas de resolución perfectamente determinadas y delimitadas entre sí, si se quiere que haya más de una, y que sean capaces de responder eficazmente a las distintas contingencias prácticas que se presentan en el tráfico jurídico.

La discusión planteada, al fin y al cabo, se corresponde con visiones<sup>251</sup> y posibilidades distintas a la hora de regular esta cuestión que, en definitiva, parten de principios comunes y se dirigen a resultados similares<sup>252</sup>, y en las que, además, nos parece que también tiene un importante peso la tradición jurídica del redactor de los textos. En el caso de las Propuestas españolas, parece evidente que no se ha querido dejar atrás esta tradición, manteniendo la resolución por incumplimiento esencial y, con

---

250 En este sentido, Roca Trías, que dice que la obligación podrá resolverse “si el incumplimiento es esencial, lo que se completa en el art. 1200 de la Propuesta que contiene una lista de conductas que pueden producir el incumplimiento esencial” (2011, pp. 16, 17).

251 *Vid.* los dos modelos resolutorios que reseña Palazón Garrido (con cita de Schlechtriem), que se identifican, precisamente, con las dos opciones expuestas aquí: el establecimiento de la necesidad de plazo adicional con carácter general, con dispensa de este requisito cuando carece de sentido, por una parte, y el modelo que parte de la idea de incumplimiento esencial, con la posibilidad de resolver previa concesión de plazo adicional cuando aquél no se da, por otra (2016a, p. 896).

252 En el mismo sentido, Palazón Garrido, tras explicar los dos modelos resolutorios a los que hemos hecho referencia en la nota anterior, dice que “En cualquier caso, son dos caminos distintos de llegar al mismo resultado” (*ibíd.*).

ello, el propio concepto, a la par que se añade la novedosa resolución por transcurso del plazo adicional.

## **IV. Nuevas tendencias en materia de cláusula penal**

Como sabemos, la cláusula penal es un mecanismo relacionado directamente con el incumplimiento y que, en muchos supuestos, adquirirá relevancia a propósito del retraso, en virtud de lo pactado por las partes.

Además de su regulación en nuestro Código Civil, también ha sido tratada por los distintos textos de modernización, incluidas las Propuestas españolas. Aunque, en función del caso, su alcance será distinto, en todo caso responde a una liquidación anticipada del daño que releva al acreedor de la necesidad de probar el daño sufrido<sup>253</sup>.

Para el estudio de esta cuestión, resultará de utilidad hacer referencia a la regulación actual de la cláusula penal respecto de múltiples cuestiones, con la finalidad de exponer una panorámica sobre el punto de partida y la regulación que, en su lugar, se contiene en las Propuestas de modernización.

### **1. Los presupuestos de la cláusula penal**

Si atendemos en primer lugar a la regulación de la cláusula penal en nuestro Código Civil, como sistema que contempla la mora del deudor entre sus presupuestos, es posible apreciar que éste deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad; puesto que no sólo es una cláusula que necesariamente se contendrá en el contrato por el acuerdo entre las partes, sino que además un buen número de las cuestiones que a su respecto regula el Código se hacen depender de la inexistencia de pacto concreto al respecto. Como quiera que su configuración exacta podrá depender, en primer término, de la voluntad de las partes, cabe perfectamente imaginar que éstas, cuando se prevea para los supuestos de retraso, pudieran sujetar su efectividad no al incumplimiento consistente en el mero retraso, sino a la propia situación técnica de mora<sup>254</sup>. Por tanto, la previa constitución en mora del deudor podría colocarse como un presupuesto de dicha

---

253 “En la prueba del incumplimiento (...) está implícita la prueba del daño” (De Cupis, 1975, p. 508).

254 En este sentido, lo que Díez-Picazo es que la cláusula “deviene exigible en los casos para los que la propia cláusula lo establezca”, resultando que, “si las hipótesis son incumplimiento, cumplimiento defectuoso o cumplimiento retrasado”, las partes podrán pactar la pena para uno o varios de esos supuestos libremente, añadiendo que los requisitos concretos de exigibilidad, a falta de mayor concreción del Código, habrán de ponerse en conexión con los del tipo de lesión del derecho de crédito concreta para el que la cláusula hubiera sido prevista (2008, p. 466).



cláusula y de sus efectos, de tal suerte que los mismos no comenzarían a devengarse con el retraso simple, sino sólo a partir de que se verificara una situación de mora.

No obstante, y ante la falta de especificación de este extremo<sup>255</sup>, no parece que la mora pudiera constituirse en requisito de la cláusula penal<sup>256</sup>; si bien, de otro lado, podría pensarse que la remisión que el artículo 1152.2 CC hace a “las disposiciones del presente Código” ha de llevarnos a concluir que sólo lo que es relevante en el esquema general del Código lo será en materia de cláusula penal, y que, si el retraso no lo es en las normas generales, no lo será tampoco en materia de cláusula penal<sup>257</sup>.

Lo cierto es que a este respecto existe doctrina contrapuesta<sup>258</sup>, pudiendo encontrar tanto aquélla que defiende que es precisa la constitución en mora para la efectividad de la cláusula penal<sup>259</sup> como la que defiende la posición contraria<sup>260</sup>.

Entre la primera, y sin perjuicio de que se acepte la posibilidad de pactar la operatividad automática de la cláusula, se encuentra el argumento relativo a que su efectividad requiere, en todo caso, de una reclamación por parte del acreedor en la que se exija el cumplimiento, lo que en todo caso supone constituir al deudor en mora<sup>261</sup>; si bien, y especialmente con los parámetros del nuevo sistema, parece que no habría dificultad en entender que la cláusula penal pudiera producir efectos desde la fecha

---

255 Respecto de esta cuestión, Cardenal Fernández señala que no existe en nuestro ordenamiento argumento determinante en ninguno de los dos sentidos (1979, p. 250 y ss.).

256 Al hablar de la exigibilidad de la cláusula penal, Rodríguez Tapia determina como los dos criterios el que subsistan los supuestos para los que se pactó la pena, por un lado, y que el incumplimiento de la obligación sea imputable al deudor, por otro. En relación con el segundo, es de interés el examen que realiza sobre las penas por dolo y por caso fortuito. En ningún caso contempla la mora como requisito de la efectividad de la cláusula penal (2003, pp. 561-568).

257 Esta remisión al resto de disposiciones del Código puede entenderse en el sentido indicado, pero también es cierto que el sistema acoge supuestos de mora automática. No obstante, parece claro que no se trataría de un supuesto de mora automática por ley, ya que la norma nada dice al respecto.

258 Este debate puede haberse visto alimentado por el hecho de que en los países de nuestro entorno la situación tampoco se resuelve de manera coherente. Así, y por lo que hace a la doctrina de décadas atrás, puede apreciarse cómo la solución de la versión anterior a la reforma del *Code* francés, en su artículo 1230, era la de que la mora era precisa para este tipo de cláusulas (puesto que se nombra a la mora expresamente), en una configuración que se repite en el actual artículo 1231-5 *Code*; mientras que en la doctrina italiana la cuestión no está tan clara, existiendo argumentos contrapuestos en torno al hecho de que el artículo 1382 del *Codice Civile* se refiera al retraso (*vid.* Benatti, 1968, pp. 44 y ss.).

259 Cano Martínez de Velasco, 1978, pp. 115-117, para quien sólo el retraso moroso es objeto de liquidación a efectos de cláusula penal.

260 Cardenal Fernández, 1979, p. 147.

261 Albaladejo, 1983, p. 473.

marcada a tal efecto, sin necesidad de reclamación particular dirigida a su puesta en práctica.

Por otra parte, la doctrina favorable a la mora como requisito no pone objeciones a un posible pacto de las partes dirigido a determinar la aplicación automática de la cláusula penal, en cuyo caso se ha entendido que estaríamos ante un supuesto de mora automática (evidentemente, por virtud de pacto entre las partes, porque la norma nada dice al respecto)<sup>262</sup>. Al margen de que se haya aducido, frente a este argumento, que las partes que pactan una cláusula penal automática no necesariamente desean una mora automática, por cuanto ésta es susceptible de llevar aparejados otros efectos<sup>263</sup>, también nos parece que no es inimaginable que se tratara de un supuesto completamente ajeno a la mora; de una construcción autónoma e independientemente de la misma (aunque su fundamentación última fuera la misma que la de la mora automática por virtud de pacto entre las partes: la autonomía de la voluntad de éstas como creadora de *lex privata*, dentro de los márgenes permitidos por las disposiciones del Código, a las que el artículo 1152 CC hace, a su vez, referencia)<sup>264</sup>.

En efecto, ésta es la dirección que ha tomado la jurisprudencia recientemente, pronunciándose en torno a que la constitución en mora del deudor no es un presupuesto de la cláusula penal. Es muy claro el Tribunal Supremo en su Sentencia 1897/2009, de 8 de abril, cuando, interesada por la parte recurrente la desestimación de la cantidad pedida en concepto de indemnización de daños por el retraso sufrido en la entrega de una obra en virtud de aplicación de una cláusula penal, ésta basa su pedimento en la infracción del art. 1100 CC por faltar la constitución en mora del deudor. A esta cuestión responde el Alto Tribunal concretando que “no tiene sentido alegar la infracción del artículo 1100 del Código civil cuando en el presente caso no se trata de mora (...), sino de cláusula penal. Dado el retraso, se debe cumplir con la cláusula penal prevista para ello; no es mora, sino supuesto de la cláusula; no se aplica el artículo 1100 sino el 1152 del Código civil”.

Esta respuesta es, a su vez, es coherente con la idea plasmada por el art. 1152.1 CC, que indica que, en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de los daños y al abono de intereses<sup>265</sup>, siempre que no existiera pacto en

---

262 *Ibíd.*

263 Cardenal Fernández, 1979, p. 254.

264 Otro argumento de interés puede ser el que aporta Cardenal Fernández cuando dice que la mora interpelatoria resultaría superflua porque la *conminación al cumplimiento* en un momento determinado se encontraría ya implícita en la propia cláusula penal (*ibíd.*).

265 Para un sector doctrinal, esta idea implica también la sustitución del régimen general de indemnización por el de la cláusula. De Amunátegui Rodríguez indica que esto será así en los

contrario. Según este mismo artículo, por tanto, e incluso cuando su eficacia se sujetara a la mora del deudor, la cantidad pactada sustituiría la que habría de darse a propósito de la mora en los términos del 1108 CC (para las dinerarias), siempre que no se pactara otra cosa.

Siendo esto así, no parece haber problema alguno en considerar que en un sistema en el que el incumplimiento, como concepto neutro, se expresa ya en el propio retraso, y sin perjuicio de que la mora recoja parte de los efectos que de éste se predicen en los textos que prescinden de la primera, dicho retraso pueda dar lugar a la aplicación de la cláusula penal; más bien al contrario, todavía será más sencillo considerar que el retraso, en cuanto supuesto claramente identificado de incumplimiento autónomo, puede dar lugar a algunas consecuencias, y, entre ellas, a la que aquí se comenta.

En efecto, si acudimos ahora a la regulación de esta cuestión en las Propuestas de modernización españolas, veremos que esta tendencia se confirma.

En el caso concreto de la PMCC, es fútil buscar cualquier regulación de este aspecto, en la medida en que en ella no se contempla la mora. Por tanto, la cláusula penal, regulada en los artículos 1146 a 1152, presupondrá únicamente el retraso (sin perjuicio de las matizaciones que más adelante veremos, en torno a la imputación de este retraso).

Sí resultará significativa, en cambio, la regulación de la PCC en torno a este extremo. Puede resultar esclarecedor el artículo 519-12 PCC, que, aunque no se refiera expresamente la cuestión sobre si es precisa o no la mora para la puesta en marcha de la cláusula, puede considerarse que vincula la cláusula al simple retraso cuando se refiere a “la cláusula penal prevista para el retraso”, sin mayores precisiones.

Esta construcción da lugar al mismo resultado que ofrecen los sistemas en los que la mora no es contemplada: el retraso simple tendrá efectos indemnizatorios. Sin embargo, vista la interpretación que de este asunto se hace respecto a nuestro Derecho

---

casos en que se trate de una pena con función liquidatoria, supuesto en el que —al contrario de lo que estima para la pena cumulativa— no sería aplicable el régimen general, y, en particular, el 1103 (aunque sí el 1102 para los casos de dolo) (1993, pp. 117-119). Para De Castro Vítóres, la ampliación del criterio del juicio de equidad en la moderación de la pena implica un acercamiento, precisamente, a la esfera del art. 1103 CC (2003, pp. 626, 627). La aplicabilidad del artículo 1103 a la cláusula penal se ha tratado por varios autores (a favor, Díaz Alabart, 1988, p. 1213-1216, 1221).

Con todo, la jurisprudencia ha sido muy clara al pronunciarse en contra de la aplicación a las cláusulas penales de la facultad de moderación del art. 1103 (SSTS de 23 de octubre de 2012, 20 de noviembre de 2013, o 13 de septiembre de 2016 —que incluso admite que esta tesis es “defendida por un autorizado sector doctrinal”—).

vigente, no parece que esto sea un problema en materia de cláusula penal. Se trata, a la postre, de una solución que no resultaría extraña al sistema de nuestro actual Código Civil, en el que la mora general interpositoria admite ciertas licencias al mero retraso (*id est*, mora automática, cláusula penal).

## 2. El régimen general de la cláusula penal en las Propuestas de modernización españolas

Una vez admitido el retraso como presupuesto de aplicación de la cláusula penal, podemos examinar la regulación concreta contenida en las Propuestas de modernización españolas.

En comparación con otras Propuestas de origen supranacional, las españolas realizan un tratamiento más detallado de la cláusula penal; sin perjuicio de lo cual, la visión que aquí se presenta podría resultar perfectamente extensible a otros textos de los tratados hasta ahora<sup>266</sup>.

En ellas, aunque se mantienen los principios que permiten mantener una configuración de la cláusula penal en la que la autonomía de la voluntad de las partes ostenta una marcada importancia<sup>267</sup>, encontramos una regulación más prolija de la cláusula penal que la que se contiene en el vigente Código Civil, respecto de la cual se aprecian tanto distinciones como coincidencias<sup>268</sup>. Yendo más allá, en la comparación entre las dos Propuestas que venimos comentando, la regulación de la cláusula penal es, precisamente, uno de los puntos en los que pueden apreciarse más diferencias de redacción y, en algún punto, también de contenido, cuando lo más habitual es encontrar

---

266 *Vid.* arts. 7.4.13 Principios Unidroit, III.-3:712 DCFR, 9:509 PECL. No se prevé en el CESL (respecto del cual hemos dicho ya que contiene normas en materia de indemnización de daños y perjuicios e intereses que se desvían con respecto a lo previsto en otros textos). Por su parte, la regulación de la cláusula penal contenida en el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía destaca por su particular construcción en relación con la que se observa en el resto de textos nombrados (*vid.* art. 170), previéndose, entre otras cuestiones, que este tipo de cláusula se reputará inválida en los contratos de consumo. La CISG, por su parte, no dispone previsión alguna en torno a la cláusula penal, pero se entiende que tampoco impide que las partes la pacten; en cuyo caso su validez y régimen se regirá por el derecho nacional que resulte aplicable (Pantaleón Prieto, 1998a, p. 580).

267 Marín García destaca, respecto a la regulación contenida en la PMCC, que se mantiene el régimen dispositivo propio de la cláusula penal en el Código (Marín García, 2009, p. 4).

268 Entre estas últimas, la idea general de que la pena sustituye a la indemnización salvo que se pacte lo contrario (arts. 1152 CC, 1146 PMCC, 519-9 PCC), la moderación de la cláusula penal —aún con diferencias en cuanto al contenido concreto de esta previsión, como veremos— (arts. 1154 CC, 1150 PMCC, 519-13 PCC) o la nulidad de la cláusula (arts. 1155 CC, 1151 PMCC, 519-14 PCC).

claros paralelismos, cuando no cuestiones que se regulan de manera prácticamente idéntica de una a otra.

Así, entre estas diferencias, tanto con respecto al Código Civil como entre las dos Propuestas, encontramos que el artículo 519-9 PCC abre la sección dedicada a la cláusula penal pronunciándose, de manera ciertamente pedagógica, sobre las distintas modalidades de cláusula penal (liquidatorias, punitivas y facultativas), indicando cuál sea el cometido de cada una de ellas (y, a su vez, si admiten o no una indemnización que sobrepase lo pactado en concepto de cláusula penal), y disponiendo que la cláusula penal se entenderá liquidatoria (esto es, que sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios sin necesidad de probarlos, según el apartado segundo del artículo) salvo que las partes le hubieren asignado expresamente una función distinta.

La PMCC, en cambio, elige una fórmula más próxima a la del art. 1152 CC, aunque con diferencias, al decir que la prestación convenida sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios sin necesidad de probarlos, “salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal” (art. 1146)<sup>269</sup>, e introduciendo precisiones que no se observan en el Código<sup>270</sup>.

Además, de manera complementaria se añade en ambos textos que el acreedor no podrá exigir una cantidad superior a la que corresponde como pena salvo pacto en contrario (arts. 1147 PMCC y 519-10 PCC); lo cual tiene la utilidad de clarificar que, entendiendo que una consecuencia necesaria del carácter liquidatorio de la cláusula penal es que las partes no puedan reclamar un daño mayor, el pacto contrario al respecto será válido<sup>271</sup>.

Mayores diferencias pueden encontrarse en el hecho de que ambas Propuestas añaden previsiones que ni se encuentran en la Propuesta “hermana”, ni pueden observarse tampoco en el Código Civil. Por ejemplo, la PMCC realiza previsiones en torno a la acumulación con otras acciones (art. 1149.2 PMCC) con una redacción que ha sido objeto de críticas<sup>272</sup> y, además, no resulta excesivamente clara; mientras que la

---

269 Para Marín García, la Propuesta admite la pena cumulativa siempre que se estipule por los contratantes; solución que, aunque supone una particularidad del Derecho español en el ámbito europeo, también se refleja en el Proyecto de reglas uniformes sobre cláusulas de indemnización convencional y cláusulas penales (A/CN.9/218) de la UNCITRAL (2009, p. 5).

270 Ha habido cierto debate en torno a los conceptos empleados por la PMCC, en concreto, sobre si se establece distintas *especies* de pena, y sobre si las expresiones “indemnización convenida” y “pena pactada” suponen reiteraciones o hacen referencia a conceptos distintos. Existen opiniones divergentes entre la doctrina. *Vid.*, en dos sentidos distintos, a Marín García (2009, pp. 3, 4, 9) y a Arana de la Fuente (2010, pp. 5, 6).

271 Marín García, en relación con la PMCC (2009, p. 6).

272 Marín García, 2009, pp. 7-9.

PCC se pronuncia sobre la compatibilidad entre la cláusula penal y otras acciones, refiriéndose de manera específica a los remedios por incumplimiento (art. 519-12 PCC), lo cual debe juzgarse positivamente.

Por otro lado, existen previsiones que, existentes ya en nuestro Código Civil, se recogen por la PMCC pero no por la PCC, como es el que el acreedor no pueda exigir conjuntamente la pena y el cumplimiento de la obligación salvo que así se hubiera pactado (arts. 1153 CC y 1149 PMCC).

Además, se encuentran también diferencias de formulación que dan lugar a preceptos que, desde el punto de vista estético, dan lugar a variaciones importantes, aunque materialmente conduzcan al mismo resultado. Así sucede cuando, mientras que tanto en el CC como en la PMCC se dispone que el deudor no podrá eximirse del cumplimiento pagando la pena, salvo que así se hubiera pactado (arts. 1153 CC y 1146.2 PMCC), la PCC formula, de manera positiva, que en la cláusula de desistimiento o facultativa el deudor podrá eximirse de la obligación a través del pago de la prestación convenida (art. 519-9 PCC, en relación con el apartado 5 del mismo artículo, que fija el principio de que la cláusula no tendrá un carácter distinto al de liquidatoria salvo que así se pacte de manera expresa).

Por otra parte, la PMCC introduce en su artículo 1152 una regulación general de las arras que recoge los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto<sup>273</sup>. Este artículo no se recoge en la PCC en sede de cláusula penal.

Con todo, es posible que uno de los aspectos más llamativos en la regulación de la cláusula penal, y que además también difiere con respecto a lo que hace la otra Propuesta, es la referencia que el artículo 1148 PMCC hace a la culpa como requisito de la cláusula; una solución sorprendente en el marco del sistema de incumplimiento objetivo que no se repite en el artículo art. 519-11 PCC.

En concreto, el artículo 1148 PMCC dice que el acreedor sólo podrá exigir la “indemnización previamente convenida” cuando el retraso sea imputable al deudor (párrafo primero), y que, además, “la aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor” (párrafo segundo). La primera impresión que deja el precepto, simplemente con observar que hace una referencia a la culpa, es que supone un claro alejamiento con respecto al sistema de incumplimiento objetivo y neutro —no tanto, probablemente, con respecto al propio Código Civil<sup>274</sup>—, que no requiere de culpa

---

273 Como indica Marín García, el régimen jurídico de las arras es de creación jurisprudencial y se aparta de lo dispuesto por el art. 1454 CC; reflejando el artículo de la PMCC que las regula las precisiones dictadas por la jurisprudencia (2009, p. 3).

274 Marín García, 2009, p. 6.

(tampoco para la indemnización de daños y perjuicios, en el mismo sistema de la PMCC), y que ha determinado que hayamos dicho que la mora que se insertara en este nuevo sistema había de sujetarse a idénticos criterios de corte objetivo.

Analizando un tanto más profundamente el artículo, es posible preguntarnos si los dos párrafos del artículo 1148 PMCC apuntan en direcciones opuestas: puesto que, mientras que el segundo hace, como hemos visto, referencia expresa a la cláusula penal y a la culpa, el primero de ellos se refiere al título de imputación que hace exigible la “indemnización previamente convenida”. Así, mientras que el segundo apartado parece más claro, no existe consenso en torno al significado exacto del segundo.

Para algunos autores, la cláusula penal y la “indemnización previamente convenida” vendrían a ser la misma realidad, mientras que, para otros, la aparentemente distinta dirección de uno y otro apartado se explica, precisamente, porque estos dos conceptos hacen referencia a realidades diferentes, exigibles, por tanto, en función de criterios distintos<sup>275</sup>.

Tanto una como otra interpretación traen algunos problemas de comprensión del artículo. Si estimamos que la indemnización previamente pactada y la cláusula penal son la misma cosa, parece que, o bien el artículo es francamente contradictorio, porque da lugar a dos criterios de imputación diferentes, o bien el título de imputación del que habla el párrafo primero es ni más ni menos que el que se contiene en el segundo, esto es, la culpa; en cuyo caso no se entendería en absoluto la reiteración en dos apartados distintos y dos formas distintas, también, de referirse a lo que sería idéntico. Esta idea debe, por tanto, quedar descartada.

Para la doctrina que estima que las dos expresiones se refieren a la cláusula penal, el primer apartado haría referencia a los criterios relacionados con la esfera de control del deudor<sup>276</sup>; no obstante, en este caso llegaríamos, como decimos, a dos soluciones contradictorias, pues parece que poco sentido tendría entender una doble vía de imputabilidad para la cláusula penal.

Si, por el contrario, se sigue la idea de que se hace referencia a dos mecanismos diferenciados, entonces podría entenderse que la culpa se vincula únicamente a la

---

275 Arana de la Fuente identifica esta aparente falta de coherencia formal con la diferenciación material que en su opinión existe entre la “indemnización previamente pactada” y la “cláusula convenida” (no existente para otros autores), que justifica que se prevean tratamientos diferenciados para la una y la otra (2010, pp. 6, 7). De entender que estas expresiones son reiterativas, el resultado al que se llegaría con la aplicación del artículo sería contradictorio y de difícil resolución.

276 Marín García, 2009, pp. 6, 7.

cláusula penal, según el apartado segundo; pero del segundo tampoco quedaría clara la referencia al título de imputación, pues ¿se referiría a la propia culpa, también, indicando que la indemnización previamente convenida, como la cláusula penal, requiere de culpa del deudor? ¿O, por el contrario, se referiría a los criterios que rigen para la generalidad de las indemnizaciones por daños, de corte subjetivista? No queda en absoluto claro con el artículo.

Aunque esta segunda corriente puede ser más convincente (pues entender que se refiere en los dos apartados a la cláusula penal arroja resultados absolutamente inexplicables), tampoco sería sencillo entender el régimen al que se sujeta la denominada “indemnización previamente convenida”; por no contar que no está muy clara la delimitación de tal categoría jurídica, si es que es tal cosa, además del hecho de que, cuando los textos de modernización supranacionales emplean esa expresión, generalmente puede considerarse como una referencia a lo que nosotros entendemos como cláusula penal.

En resumidas cuentas, muy poca claridad puede extraerse del tratamiento que de la cláusula penal hace la PMCC. Lo único que puede decirse es que se hace una sorprendente referencia a la culpa y que, al parecer, este precepto no impediría que las partes pactaran la efectividad de la pena aun faltando la culpa<sup>277</sup>.

La PCC, por el contrario, y afortunadamente, es mucho más clara que la PMCC y, además, también más fiel a las nuevas tendencias, y, aunque también sujeta la aplicación de la pena a criterios que la sustraen de lo que sería un sistema objetivo estricto<sup>278</sup>, dispone que el acreedor no podrá exigirla en aquellos casos en los que el deudor quede exonerado del daño conforme al propio texto (art. 519-11 PCC)<sup>279</sup>; lo cual conduce a los criterios de exoneración que de ordinario se aplicarían para con el remedio indemnizatorio, cuando hablemos, en su caso, de indemnización de daños y perjuicios.

Se aprecia, así, una clara disparidad de criterios entre las dos Propuestas examinadas, pues, mientras que la primera se refiere —de manera ciertamente críptica— a la culpabilidad (también al “título de imputación que hace exigible la indemnización previamente convenida”), en la segunda nos encontraríamos ante un

---

277 Marín García, 2009, p. 6.

278 Téngase presente que se considera que las causas de exoneración no afectarían a la cláusula penal en el sistema de la CISG (Salvador Coderch, 1998, pp. 641, 653).

279 Además, y en relación con la redacción de la PMCC, la PCC habla únicamente de cláusula penal, prescindiendo de la “indemnización previamente pactada” a lo largo de todo el articulado que dedica a la misma; en pos, sin duda, de una mayor claridad.



sistema de corte objetivo no estricto, con atención a los criterios de exoneración aplicables comúnmente a la indemnización de daños y perjuicios, lo cual es concordante con la regulación que también se hace de las obligaciones pecuniarias, a las que se les aplica, igualmente, el mismo régimen.

Dicho todo esto, y una vez trasladados al nuevo sistema de incumplimiento y remedios, ¿sería posible pensar en la cláusula penal como un remedio frente al incumplimiento? A este respecto, parece que sucedería como con la mora del deudor o con el plazo adicional: no hablamos de remedios propiamente dichos desde la óptica tradicional —si es que se puede hablar en estos términos en materia de remedios—, siendo mecanismos muy similares a éstos, que, empero, se relacionarán con ellos de distintas maneras. A este respecto, puede verse el ya citado artículo 519-12 PCC, que dispone la compatibilidad de la cláusula penal con los remedios y además se refiere a éstos con la expresión “remedios ordinarios frente al incumplimiento”, lanzando, así, una idea: que la cláusula penal no es un remedio ordinario frente al incumplimiento, pero que puede conceptuarse como un mecanismo muy similar, que podría configurarse como tal si así se eligiera. Aún más, incluso, que en el caso de la mora y el *nachfrist*, por cuanto sobre ellos puede argüirse que pueden funcionar, según el caso o la configuración concreta, como instrumentos capaces de favorecer a las dos partes de la relación obligatoria; mientras que, en el caso de la cláusula penal, no parece haber duda de que estamos ante una construcción eminentemente al servicio, únicamente, de la parte acreedora<sup>280</sup>.

Por lo demás, por lo que hace a la compatibilidad de la cláusula penal con los distintos remedios frente al incumplimiento, cabe pensar que, en función del tipo de incumplimiento concreto que la cláusula penal esté sancionando, se podrá predicar su compatibilidad con unos remedios u otros.

---

280 En contra, debe reseñarse que, mientras que la mora del deudor —sea o no remedio frente al incumplimiento— puede ser entendida como una manifestación del incumplimiento, o incluso ser tratada como una lesión del derecho de crédito, la cláusula penal ha sido tratada en alguna ocasión como una garantía del propio derecho de crédito, en el sentido de que supone un medio de presión que actúa sobre el deudor, forzándole al cumplimiento, y ello al margen de que también facilite la concreción del daño, haciendo innecesaria su prueba. Es por ello que Díez-Picazo la trata en sede de garantías de la obligación. En este aspecto, por tanto, se podrían también separar la mora y la cláusula penal en cuanto a su distinta naturaleza. Sin embargo, al mismo tiempo —según reseña, también, el mismo autor—, la cláusula penal puede igualmente ser considerada una sanción, convencionalmente establecida, del incumplimiento (2008, p. 457). En este último sentido, por tanto, sí sería más coherente su comparación bien con la mora, bien con los remedios frente al incumplimiento.

### 3. La moderación de la cláusula penal

La facultad de moderación de la cláusula penal por parte del juez se recoge por nuestro Código Civil en su artículo 1154, e indica que “El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

Esta facultad y sus límites han dado lugar, en nuestro ordenamiento, a una prevalente controversia en sede doctrinal y jurisprudencial, que justifica el tratamiento diferenciado de esta cuestión. En particular, el debate ha surgido a propósito de los supuestos en los que, fijada una pena —precisamente— para el incumplimiento parcial o irregular, la parte deudora pretendiera su moderación por el juez. A este respecto, la jurisprudencia ha dispuesto de manera reiterada que el juez no podrá moderar la pena cuando ésta se hubiera dispuesto precisamente para este tipo de casos, porque acontecido, precisamente, el hecho para el que la pena se previó, ha de estarse a lo acordado por las partes, por respeto al principio de autonomía de la voluntad y de la fuerza vinculante de los contratos. Así las cosas, la moderación procederá únicamente la moderación cuando, pactada la pena para el incumplimiento consistente en la falta de ejecución total de la prestación, exista un incumplimiento parcial o defectuoso<sup>281</sup>.

Ahora bien, al margen de este supuesto, que es el único que se desprende de la letra del artículo 1154 CC, se ha planteado también la posibilidad de moderar la pena pactada en los supuestos en los que ésta resulte manifiestamente desproporcionada: esto es lo que se conoce como *moderación de la pena por razones de equidad*<sup>282</sup>. Aun siendo reclamada por ciertos sectores doctrinales<sup>283</sup>, la respuesta ha sido reiteradamente negativa en sede jurisprudencial<sup>284</sup>, afirmándose que, aunque existen ciertas sentencias

---

281 Por este motivo, tampoco cabe moderar la pena cuando se produce precisamente el incumplimiento para el que la pena se pactó. Sobre estas cuestiones, la jurisprudencia es abundante. Por todas, las STSS de 13 de julio de 1984, 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001, 7 de febrero de 2002, 29 de marzo y 21 de junio de 2004, 13 de febrero de 2008, 15 de octubre de 2008, 1 de junio de 2009, 21 de noviembre de 2012, 4 de diciembre de 2014, 2 de octubre de 2017.

282 *Vid.* De Amunátegui Rodríguez para un repaso de la jurisprudencia que admite la moderación de la pena en atención a otras —variadas— circunstancias (1993, pp. 165-170).

283 Aunque la doctrina mayoritaria es contraria a esta idea (por todos, Díez-Picazo, 2008, p. 468; Albaladejo, cita), la apoyan autores como Jordano Fraga (1987, p. 349) o Rodríguez Tapia (1993, p. 582),

284 Los supuestos acogidos por la jurisprudencia se ciñen al supuesto de moderación por incumplimiento parcial, como se desprende claramente de sentencias como las STSS de 13 de julio de 1984, 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001, 14 de junio de 2006, 15 (STS de Pleno) y 21 de abril de 2014, 13 de febrero y 15 de octubre de 2008.

que han resuelto en el sentido opuesto, desde luego suponen una corriente muy minoritaria sin virtualidad para desdecir a una jurisprudencia sin fisuras<sup>285</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente—después de la promulgación de la PMCC, por cierto—, en sentencias como la del Pleno de 13 de septiembre de 2006<sup>286</sup>, para reconocer que, aunque la facultad de moderación que se contempla en nuestro Código Civil es ciertamente más restringida que la que puede apreciarse en el Derecho comparado, así como respecto a lo que cierta doctrina preconiza, ésta podría ser aplicable analógicamente en los supuestos en los que la diferencia entre la pena pactada y los daños efectivamente producidos fuera tan extraordinariamente elevada que deba atribuirse a que, por un cambio en las circunstancias que era imprevisible al tiempo en que se celebró el contrato, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en el aspecto cuantitativo, de lo razonablemente previsible al momento de pactar la cláusula penal, de tal suerte que la aplicación de la pena resultaría tan incongruente con la voluntad de las partes como hacerlo en caso de que la obligación hubiera sido incumplida sólo parcial o irregularmente, pactada la cláusula para otro tipo de incumplimiento<sup>287</sup>.

Este aspecto es interesante porque se identifica, precisamente, con la línea seguida por las nuevas tendencias en los textos de modernización —así como, por otra parte, por

---

285 Es de gran interés el repaso que sobre las mismas efectúa Arana de la Fuente, en el que se puede apreciar, además, que ninguna de ellas es en absoluto reciente (2010, pp. 11-14). La autora indica que la introducción de este criterio en la PMCC, del que a continuación hablaremos, sirve para “evitar la inseguridad que provoca la moderación judicial admitida por un sector jurisprudencial. No plantea este problema la doctrina mayoritaria de la Sala Primera del Tribunal Supremo (...)” (p. 11).

286 STS de 13 de septiembre de 2016, y otras posteriores que desarrollan esta doctrina (STSS de 24 de febrero de 2017, 5 de febrero de 2018, 17 de mayo y 6 de junio de 2019). Sobre esta precisa cuestión puede también verse a Díaz Alabart, 2017, pp. 461-474.

287 Y lo hace —claramente, de manera excepcional— a pesar de haber expresado que “mientras el legislador no tenga por conveniente modificar el vigente artículo 1154 CC (...), esta sala debe mantener la jurisprudencia reseñada”, que es la de que no es posible moderar la pena en este tipo de supuestos, por considerar que es compatible con el principio *pacta sunt servanda* la aplicación analógica del artículo 1154 CC cuando la “diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (...) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal”. No obstante, en el caso de autos entiende el Tribunal que no procede la moderación por falta de prueba en relación con estos extremos, la cual correspondía al deudor incumplidor que pretendía dicha moderación.

La misma sentencia admite, además, la posibilidad de moderación cuando, en caso de una cláusula con función punitiva, ésta no se sujetara a los límites de la moral y orden público del artículo 1258 CC, si bien en este caso la moderación no tendría relación con el artículo 1154 CC.

la solución existente ya en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos de nuestro entorno<sup>288</sup>— que en su mayoría se refieren de manera específica a esta cuestión para determinar que la suma debida en concepto de cláusula penal (o *agreed payment for non-performance*) puede ser reducida a una cantidad razonable cuando resulte notablemente o manifiestamente excesiva en relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias, y ello, incluso aunque existiera pacto expreso en contrario<sup>289</sup>.

Se trata, así, de una formulación amplia que, no obstante, podría considerarse que deja desatendida la moderación en el caso del incumplimiento parcial o irregular, según se recoge en el art. 1154 CC. En cambio, el art. 170 del Proyecto Gandolfi sí se preocupa por regular ambas cuestiones, previendo la facultad de moderación del juez tanto cuando “el deudor ha efectuado, y el acreedor no lo ha rechazado, un cumplimiento parcial” (deja fuera la precisión relativa al incumplimiento irregular y defectuoso), como cuando “la entidad de la prestación prevista en la cláusula penal misma es manifiestamente excesiva”<sup>290</sup>, si bien indica como criterio comparativo el “interés que el acreedor tenía en el cumplimiento”<sup>291</sup>, lo cual podría dar lugar a distintos efectos en la práctica.

Puede añadirse, a mayor abundamiento, que el texto recién mencionado (el Proyecto Gandolfi), en su artículo 170.5, dispone además la nulidad —que no la moderación— de las cláusulas penales contenidas en las cláusulas generales incluidas en los contratos con consumidores; y ello sobre la idea de que habrían de ser abusivas, en una formulación que no se ve en otros textos de los mentados, pero sí en algunas normas de Derecho continental<sup>292</sup>.

---

288 *Vid.* Marín García, 2009, p. 9. En el ordenamiento italiano, por ejemplo, la facultad del juez para reducir la pena en estos casos se encuentra admitida en el artículo 1384 del *Codice Civile*, y sus límites y condiciones de aplicación han sido configurados por la jurisprudencia (*vid.* Riccio, 2006, pp. 424-430).

289 *Vid.* arts. 7.4.13(2) Principios Unidroit, 9:509(2) PECL, III.-3:712(2) DCFR.

290 *Vid.* Alonso Pérez, 2005, pp. 858, 859.

291 Trad. Rogel, 2009.

292 De Castro y Vítors se refiere, como posible precedente, al parágrafo 309 del BGB en su redacción tras la reforma operada por la Ley de 9 de diciembre de 1976 (que tras las últimas reformas sigue tratando la misma cuestión), que prevé la ineficacia de las cláusulas “sin posibilidad de valoración” cuando concurren algunas circunstancias. También estudia el autor la regulación de nuestro TRLGDCU, para determinar que, aunque una cláusula penal podría llegar a ser calificada de abusiva bajo ciertas condiciones, no existe una equivalencia entre ambos conceptos (2003, pp. 621-624).

Pues bien, si acudimos a las Propuestas de modernización españolas, lo primero que puede decirse es que ambas asumen el criterio en cuestión, admitiendo la moderación judicial de las penas manifiestamente desproporcionadas o moderación judicial por razones de equidad; lo cual ha sido acogido por la doctrina que ha estudiado la PMCC como la principal novedad obrada en materia de cláusula penal<sup>293</sup>.

No debe extrañarnos que, de hecho, la jurisprudencia antes reseñada que aceptaba esta posibilidad para algunos casos concretos de manera analógica<sup>294</sup> reconociera la existencia de la PMCC, indicando que en ella se admitía esta facultad de manera generalizada; algo que, para que pudiera afirmarse respecto a la regulación el actual Código Civil, requeriría de una reforma legislativa.

No ha sido objeto de la misma atención, por otra parte, ni se contiene en las Propuestas, el asunto de la cláusula penal inferior al daño efectivamente causado, con lo que cabe la duda sobre si podría admitirse la prueba de un daño mayor al pactado o el ajuste por el juez de la cantidad a indemnizar en este sentido<sup>295</sup>.

En relación, ahora, con la moderación de las cláusulas penales por excesivas, dice el artículo 1150 PMCC que “El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”; asumiendo por completo la tendencia vista en otros textos de modernización.

La PCC, por el contrario, y sin perjuicio de que asuma, en lo esencial, el mismo contenido, ofrece una redacción distinta en su artículo 519-13 (“Moderación judicial de la cláusula”), en la que diferencia según la modalidad de cláusula penal (lo cual es coherente con la regulación que hace de las distintas modalidades): “El juez debe modificar equitativamente las penas punitivas manifiestamente excesivas, así como las cláusulas liquidatorias notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”. Aunque el criterio escogido para determinar la desproporción es el mismo (el daño efectivamente sufrido), así como los efectos prácticos del precepto, se aprecia una inclusión de la doctrina jurisprudencial al respecto, que distingue entre las cláusulas penales liquidatorias y aquéllas que tienen una función punitiva<sup>296</sup>.

---

293 Marín García, 2009, pp. 3, 9.

294 La STS de 13 de septiembre de 2016.

295 *Vid.* De Castro y Vítors, 2003, pp. 636, 637.

296 Puede verse una explicación muy completa al respecto en la misma STS de 13 de septiembre de 2016.

Por otra parte, es posible observar que la referencia al “daño efectivamente sufrido” se alinea con lo que prevén otros textos, que además permiten al juez valorar otros conceptos a través de la inclusión de una referencia a “las otras circunstancias” concurrentes<sup>297</sup>. Por lo demás, las Propuestas españolas introducen otras cautelas y limitaciones que han valido algunas críticas doctrinales<sup>298</sup>.

También podría discutirse, por otro lado, si la formulación empleada en uno y otro texto (en la PMCC “modificará”, y en la PCC, “debe modificar”) sobre la facultad del juez de moderar la pena supone o no un deber para éste, en una cuestión que se ha planteado ya con respecto a la formulación concreta del Código Civil (“modificará”), en la comparación con su antecedente directo, el Proyecto de 1851 (que decía “podrá modificar”)<sup>299</sup>.

Pero, además, no sólo se admite este nuevo criterio para la moderación, sino que se constata el abandono del contenido propio del art. 1154 CC —que sí se mantenía en el Proyecto Gandolfi—, para los casos de incumplimiento parcial o irregular, y que cabe

---

297 *Vid.* arts. 9:509 (2) PECL, 7.4.13 (2) Principios Unidroit, III.-3:712 (2) DCFR.

298 En relación con la vulneración del principio *pacta sunt servanda*, o la aplicación de un sistema más protector para con el deudor que el que se prevé en el propio TRLGDCU que se aplicaría, además, a deudores distintos de los consumidores (incluyéndose, por ejemplo, empresarios), puede leerse a Marín García, sobre la configuración concreta recogida en la PMCC (2009, pp. 11, 12). Con observancia de estas razones, señala argumentos positivos Arana de la Fuente —entre otros, el acercamiento a las soluciones predominantes en Europa—, con un análisis muy interesante de la cuestión (2010, pp. 10-16).

299 Por lo que hace a la formulación del Código, la posición mayoritaria —tanto en la doctrina como en la jurisprudencia— es la que considera que se trata de un deber del juez, que debe modificar la pena, incluso, de oficio, tomando como base el art. 1154 CC (*vid.* Díaz Alabart, 1988, p. 1216; De Amunátegui, 1993, pp. 88-93; De Castro Vítores, 2003, pp. 633, 634). En sentido contrario se expresa, empero, alguna de nuestra doctrina más autorizada, como es el caso de Díez-Picazo, quien nos recuerda que la interpretación literal de la ley no siempre es la más aconsejable (dice, de hecho, que “no ha sido nunca el más aconsejable camino”) y considera, para este caso, que el principio dispositivo habría de conducirnos a la solución contraria, teniendo en cuenta que no existe ley alguna que imponga la actuación de oficio del juez en esta materia, además de invocar el artículo 24 CE, que impediría una tutela judicial no solicitada (2008, p. 468).

En relación con la PMCC y la PCC, la redacción de la primera es idéntica a la del Código Civil, por lo que podría dar lugar a idénticos debates. La PCC, por el contrario, podría tal vez estar escorándose hacia la opción mayoritaria, según la cual la que la moderación es un deber del juez, que podría desarrollar, incluso, de oficio.

La generalidad de los textos supranacionales de modernización, por otra parte, suelen ser más flexibles en sus planteamientos, e indican que la suma *puede* o *podrá* ser reducida, sin hacer referencia tampoco a la figura del juez (sí lo hace el art. 170.4 del Proyecto Gandolfi: “(...) la cláusula penal puede ser equitativamente reducida por el juez (...”).

preguntarse si seguiría motivando la moderación con la redacción escogida por los redactores de ambas Propuestas<sup>300</sup>.

Después de todo lo dicho, puede concluirse, en relación con la cláusula penal, que el advenimiento de las nuevas tendencias procura una serie de cambios que irían en consonancia con lo que ya se viene admitiendo por la propia jurisprudencia y que, además, su mantenimiento en el sistema no supondría ningún problema adicional ni en relación con los típicos remedios frente al incumplimiento impuestos por el nuevo sistema, ni tampoco en relación con la mora del deudor.

## **V. Recapitulación: la pluralidad de regímenes de retraso aplicables en función del tipo de contratación**

### **1. Ideas generales: los distintos sectores de contratación en función de sus sujetos**

Para conocer la regulación que se aplica a un supuesto concreto de retraso en el cumplimiento en nuestro ordenamiento, se ha de partir de la consideración de que existe una multiplicidad de regímenes que, *a priori*, pueden resultar de aplicación. La determinación del régimen aplicable no siempre resultará sencilla de realizar, y será aún más compleja en algunos ámbitos o sectores de contratación en los que la concurrencia de distintas normas aplicables dará lugar a una suerte de “competitividad” entre distintas posibles normas a aplicar, debiendo preverse también la incidencia de que las partes puedan, en algunos casos, elegir distintos cuerpos normativos para disciplinar su relación contractual<sup>301</sup>.

En este sentido, parece que nos alejaríamos claramente de los modelos de los principales textos modernizadores, que proponen, en principio, una única teoría general de la contratación, con normas que se aplican con independencia de quiénes sean sus

---

300 Marín García, publicada su obra con anterioridad a la publicación de la PCC, no concede mayor atención a esta cuestión más que para estimar que sólo podía tratarse de una omisión involuntaria de los redactores de la PMCC, y que sin duda habría de enmendarse en alguna versión posterior del texto, de haberla (2009, p. 12). Sin embargo, ya se ve que ni ha habido versión *reformada* de la PMCC, ni tampoco los redactores de la PCC han añadido esta previsión, lo que puede interpretarse como un deseo de seguir, de nuevo, las tendencias modernizadoras también en este punto.

301 *Vid.* Valpuesta Gastaminza, 2013, pp. 213, 214.

destinatarios. Como es evidente, esto aporta una dosis nada desdeñable de seguridad a la cuestión<sup>302</sup>.

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que la generalidad de estos textos ignoran la posible existencia de otras normas, lo cual no sucede, en ningún caso, en el ámbito de un Derecho nacional. Y, además, en realidad los textos de modernización más recientes sí incorporan especialidades en función de los sujetos a los que van dirigidos, incluyendo particularidades, en concreto, en materia de consumidores, a las que se ha de sumar la existencia de Directivas (en materia de consumo o de morosidad, entre otras posibles) que introducen soluciones al texto, y que pueden dar lugar a la creación de distintos sectores distintos de contratación a los que se puede aplicar distintas normas (de entre estos textos, véase, si no, el CESL, que no es el único, pero tal vez sí el mejor ejemplo de la disposición de distintas normas en función de los sujetos intervinientes en la relación contractual).

Por tanto, ni siquiera los textos de *soft law* han podido mantenerse como un único bloque de normas aplicable a cualquier tipo de relación jurídica, por la dualidad de regímenes que la irrupción del Derecho de consumo ha propiciado en el ámbito de las nuevas tendencias en materia de Derecho de obligaciones y contratos.

Esta tendencia, con el impacto que estos textos y Propuestas tienen en el ordenamiento español, implicaría pasar a entender que la clasificación que en nuestro Derecho positivo sigue perviviendo entre el Derecho civil y el Derecho mercantil, muy criticada por la doctrina y, como también se ha dicho, inexistente en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico o en los propios textos de *soft* y *hard law* supranacionales que nos afectan, vendría a quedar sustituida por la que distingue entre los contratos comerciales y los contratos de consumo como “los dos grandes sectores del Derecho Privado”<sup>303</sup>.

Parece que, en efecto, ésta es la tendencia preponderante y, seguramente, más aconsejable; aunque, como ya hemos visto, las Propuestas mercantiles remen en la dirección opuesta, ahondando más en la diferenciación entre la materia civil y la mercantil, al margen del tratamiento que, considerándolo materia mercantil, se hace del Derecho de consumo.

---

302 Oliva Blázquez, 2014, pp. 39, 40.

303 Dice Caballero Lozano que ésta es “una forma más elegante y disimulada de mantener la diversidad jurídica entre los dos grandes sectores del Derecho privado” (2003, p. 389). Martínez Sanz, por otro lado, indica que la participación del consumidor en la relación obligatoria viene a determinar la aplicación de un régimen más tuitivo, que pasa por encima del criterio que hasta ahora había sido esencial, esto es, la naturaleza civil o mercantil de la obligación (2009, pp. 520 y ss.).



A esta nueva clasificación de las relaciones obligatorias que las divide en función de si en ellas participa un consumidor (en cuyo caso se aplicaría el Derecho de consumo) o no (en cuyo caso se aplicaría el Derecho *comercial* —esto es, el que se contiene en textos como la CISG—) se pueden objetar una serie de inconvenientes.

En primer lugar, algunos autores han manifestado la existencia de ciertos problemas en relación con el modo de instrumentar el Derecho de consumo; cuestionando la adecuación de su tratamiento como Derecho autónomo, independiente del Derecho general de contratos<sup>304</sup>, o incluso la propia razón de ser de sus especialidades, en la medida en que se derivan de la identidad de uno de los contratantes<sup>305</sup>.

Sin embargo, lo que indefectiblemente debe señalarse es que en esta clasificación se está pasando por alto otra cuestión importante: si decimos que el Derecho de la contratación se divide entre Derecho comercial y Derecho de consumo, ¿dónde queda, entonces, el Derecho que regula la contratación entre particulares? Ya nos hemos pronunciado con anterioridad sobre la importancia de no olvidar, merced a las nuevas tendencias en materia de obligaciones y contratos, la necesaria regulación de las relaciones entre particulares. Y, como también se ha dicho anteriormente —y como recordemos que dice la Exposición de Motivos de la PCC—, si un Código porta el apelativo de “civil”, no puede ser que sacrifique las normas que resulten de aplicación a los contratantes no profesionales. Lo mismo podría decirse, en realidad, de un potencial Código de la Contratación, o del Derecho Privado —que podría seguir funcionando, también, como un Código Civil que contuviera las normas generales aplicables a estos tres sectores (B2B, B2C y contratación entre particulares), más las generalidades propias de los contratos de comercio y de consumo<sup>306</sup>—: estas normas no pueden omitirse.

Siendo esto así, tendremos tres posibles sectores de contratación a los que atender: los contratos comerciales o entre profesionales, los contratos con consumidores, y los contratos entre particulares.

El criterio aquí no necesariamente ha de ser ya, entonces, la naturaleza civil o mercantil de la obligación —que, por lo demás, es una cuestión francamente compleja

---

304 Así, por ejemplo, Oliva Blázquez, quien cree que debe integrarse como parte del Derecho civil, y no como un Derecho autónomo (2014, p. 52). En el mismo sentido, Martínez Sanz entiende que la división tripartita que se efectúa en el ordenamiento alemán no es la más adecuada (2009, p. 520).

305 *Vid.* Valpuesta Gastaminza, 2013, pp. 214, 215.

306 En este sentido, *vid.* Oliva Blázquez, 2014, pp. 55, 56 y ss.

de dilucidar en muchos supuestos—, sino algo mucho más sencillo: el carácter profesional o no de los contratantes, al que ya hemos aludido al argumentar sobre la posible utilidad de la mora en el sistema de incumplimiento modernizado. A nuestro modo de ver, éste es un criterio que resulta útil y preciso, por cuanto permite tener en cuenta, en línea con lo ya dicho en otros puntos del trabajo, la posible especialización y profesionalización del contratante en relación con la materia objeto del contrato y, así, el grado de exigencia que del mismo se puede predicar. Esto permite, a su vez, aplicar las reglas más precisas en cada ocasión; y así, en materia de retraso, considerar qué régimen es el más adecuado en función las características del tráfico de cada uno de estos sectores, respecto a lo cual debe distinguirse entre el ritmo más lento de la contratación entre particulares, y el más rápido, puntual y exigente de los contratos entre profesionales.

Pues bien, partiendo de esta idea, puede entenderse que los contratos de consumo, toda vez que en ellos interviene, necesariamente, un consumidor —que, en principio, tiene la consideración de particular respecto del objeto del contrato—, y en atención al cual se estructuran, precisamente, toda una serie de salvaguardas y particularidades en la contratación, el régimen general que habrá de resultar de aplicación, al margen de dichas particularidades, no podrá ser sino el que disciplina las relaciones entre particulares.

De esta forma, y como se ha defendido ya con anterioridad, nos parece que el Derecho de consumo ha de considerarse, aludiendo a la tradicional clasificación todavía vigente en nuestro ordenamiento, parte del Derecho civil, y no del mercantil: punto en el que aciertan la PMCC y la PCC, al incluir este tipo de obligaciones en su articulado, y que tiene una repercusión más allá de lo relativo al régimen de retraso aplicable<sup>307</sup>. Cosa distinta es, claro, cuál sea, exactamente, la mejor configuración sistemática para estas normas, y hasta qué punto ésta deba gozar de autonomía con respecto a las normas de contratación entre particulares; cuestión para la que habría varias posibles soluciones.

En materia de consumo, al criterio tradicional de la debilidad del consumidor<sup>308</sup>, se añade la consideración de que éste no es un contratante profesional y, por tanto, parece poco adecuado sujetar el contrato a las condiciones y exigencias propias de este

---

307 Como indica Martínez Sanz, la adscripción a uno u otro sector del ordenamiento conllevaría diferencias en el tratamiento de cuestiones como los plazos de prescripción, la denuncia de vicios, la falta de conformidad o el momento de perfección del contrato (2009, pp. 523-534).

308 González Carrasco, de hecho, defiende que la Directiva 83/2011/UE ya no se basa en la necesidad de proteger a un consumidor que se entiende débil, sino que también a éste se le requiere una actuación económicamente eficiente (2013, p. 1277). Sea como fuere, incluso el hecho de que el consumidor posea conocimientos técnicos no impide la aplicación de la normativa sobre consumidores (*vid.* Cámara Lapuente, 2011, pp. 108, 109).

tipo de contratación. Ello no impide que puedan introducirse algunos correctivos en atención a los supuestos en los que el que actúa como consumidor y usuario tenga, realmente, cierta competencia en el campo en el que contrata. Estas cuestiones que podrían implementarse, entre otras vías —por ejemplo, la fijación de algunas excepciones—, a través de una delimitación adecuada del propio concepto de *consumidor*, que no siempre resulta pacífico<sup>309</sup>.

Ciertamente, tratar de ser muy fieles a la idea de que la presencia de un contratante considerablemente más débil a la hora de establecer regímenes concretos —y no particularidades que, dentro de la generalidad, puedan responder a la mayoría de las situaciones— podría llevarnos a situaciones más delicadas desde el punto de vista tanto de la seguridad jurídica, como de la claridad legislativa: así, algún autor ha denunciado que, si de atender a la debilidad de los contratantes se trata (comentando, precisamente, la normativa de protección de los consumidores), no sólo estaríamos ante “dos derechos (el general y el de consumo)” —estudiando la cuestión a propósito del CESL, en el que siempre interviene un comerciante—, sino un mínimo de tres (“el general para dos empresas grandes, el especial de empresa grande/PYME y el de consumo”) o incluso cinco (“dos grandes empresas, gran empresa/PYME, PYME/PYME, gran empresa/consumidor, PYME/consumidor, y consumidor/consumidor”)<sup>310</sup>.

En este sentido, puede ayudar, precisamente, el criterio del carácter profesional del contratante<sup>311</sup>, que permite distinguir entre la contratación entre particulares, la contratación entre empresarios, y la contratación de consumo, en la que, además, se tiene también en cuenta su debilidad. Así, evitando en lo máximo la casuística, proponemos como básico este criterio a la hora de separar el Derecho de la contratación en grandes bloques, por ser capaz de dar respuesta a las distintas situaciones del tráfico sin olvidar la trascendencia que a los efectos de nuestra materia tienen las transacciones entre particulares, ni tampoco las particularidades que se deben observar en materia de consumo, en comparación con los más elevados niveles de exigencia que corresponden a la contratación profesionalizada, y sin perjuicio de posibles normas sectoriales muy concretas capaces de atender a realidades también muy concretas<sup>312</sup>.

---

309 *Vid.* Cámara Lapuente, 2011, pp. 84-117.

310 En este sentido, Valpuesta Gastaminza, quien además considera que estas distinciones serían “irreales”, por cuanto no siempre el grado de “debilidad” tiene relación con las condiciones subjetivas del sujeto (2013, p. 215).

311 En este sentido, Cámara Lapuente destaca que no por ser algunas empresas de menor tamaño éstas dejan de actuar en el ámbito de su actividad profesional (2011, pp. 110, 111).

312 Como muestra de esta tendencia, aunque incluso de una forma generalizada, el DCFR defiende la aplicación de las disposiciones sobre cláusulas abusivas a todos los tipos de contratos, y no

Por otra parte, aunque, siguiendo este esquema, podemos considerar que las relaciones de consumo tendrían un carácter civil o no profesional, y aunque la opción que se entiende preferible por muchos autores es la de integrar las normas dedicadas a los contratos de consumo en el Derecho contractual general<sup>313</sup>, para el análisis que se llevará a cabo en el presente epígrafe se ha entendido que es más sencillo separar los tres bloques aludidos, comenzando por la contratación entre particulares, estudiando después la contratación con consumidores, en lo que ésta se distinga respecto a la primera, y terminando con las cuestiones básicas de la contratación entre empresarios.

Por último, se ha de tener en cuenta que, como es evidente, no se trata de dar aquí una respuesta detallada a todos los posibles supuestos que pudieran encontrarse en la práctica, sino, más bien, de ofrecer una panorámica general de los distintos regímenes de retraso que pueden resultar relevantes en función de la clasificación apuntada, prescindiendo, en principio, de normas específicas para supuestos concretos y que, a pesar de su trascendencia, no afecten de manera general a los sectores que se presentan.

Al mismo tiempo, sí se incluirán los distintos mecanismos que se han ido estudiando a propósito del análisis de la modernización del retraso efectuado a lo largo del trabajo que entendemos susceptibles de resultar de aplicación generalizada. Por tanto, es evidente que algunas cosas concretas que se dirán vendrán condicionadas por el efectivo acogimiento de algunas de estas figuras; todo ello acompañado, claro está, con los criterios que en materia de incumplimiento se han venido imponiendo en los últimos años, y que ofrecen una claridad en la cuestión que los moldes de los que parte nuestro Código Civil, en general, no han sido capaces de aportar a la discusión.

Por último, se añadirán también nuestras conclusiones o propuestas sobre la regulación del retraso en cada uno de los sectores expuestos.

## 2. Contratación entre particulares

Las obligaciones contractuales entre particulares, de los tres sectores que aquí se tratan, son, tal vez, las que podemos identificar con la legislación menos modernizada. Así, en materia de regulación general del retraso hemos de ceñirnos, por lo que hace al Derecho

---

sólo a los que se celebran entre empresas y consumidores, entendiéndose que, si bien es cierto que este tipo de problemas se dan con mayor frecuencia en los contratos aludidos, “pueden plantearse también en contratos entre empresas, sobre todo, cuando una de las partes es una empresa pequeña con menor poder de negociación”, y ello, como parte de la *corrección de la desigualdad en el poder de negociación* como manifestación del principio de libertad, que es uno de los cuatro principios que informan el texto (el resto: seguridad, justicia y eficacia) (trad. Jerez, 2015, pp. 36, 37).

313 Sobre esta cuestión, en general, *vid.* Albiez Dohrmann, 2002b, pp. 137-152; Cámara Lapuente, 2005, pp. 138-145; Valpuesta Gastaminza, 2013, pp. 209-211, 213, 214.

vigente, a las normas contenidas por el Código Civil; sin perjuicio de su desarrollo jurisprudencial.

Por tanto, partimos de una mora interpelatoria (la que podríamos identificar como “mora civil”), regida en función de lo que dispone el artículo 1100 CC, y que se relaciona con las distintas consecuencias del incumplimiento, y, en particular, con la resolución, según se ha ido explicado en este trabajo, en virtud, en muchos casos, de un desarrollo jurisprudencial.

A la contratación entre particulares, al contrario de lo que sucede en los contratos comerciales, no se aplica la CISG<sup>314</sup>, por lo que, a priori, no habría de considerarse vigente para ella el sistema de remedios ni las distintas figuras previstas en ella (entre otras, el *nachfrist*). Con todo, es reseñable que, como mínimo, y, desde luego, el concepto neutro de incumplimiento se ha abierto paso en nuestro Derecho por vía jurisprudencial, y que éste es el camino que parece se va a seguir —o se está siguiendo ya, tal vez— respecto de otras *novedades*, como, según se ha comentado, el propio *nachfrist* o, sin ir más lejos, la resolución extrajudicial, ya bien asentada en nuestra doctrina jurisprudencial. De otro lado, el *nachfrist* sí compone Derecho vigente en materia de compraventa el ámbito concreto del Código Civil Catalán.

Además de todo lo dicho, debe recordarse que a algunas obligaciones contractuales de carácter civil —es el caso, por ejemplo, de los contratos suscritos por profesionales liberales en el ejercicio de su profesión— se aplica la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (a pesar de su nombre), que dispone, como hemos visto, un régimen muy particular de mora automática. Esto supone sustraer a un grupo de contratos del régimen general del artículo 1100 CC y, además, permite considerar que sí existe un grupo de casos, dentro de la contratación entre particulares, que se rigen por una norma *modernizada*, en comparación con el resto de obligaciones de esta clase.

Ahora bien, teniendo en cuenta la cantidad de dudas que ha suscitado la citada norma, así como las pocas garantías que ofrece en torno a la efectiva consecución de sus objetivos (básicamente, reducir la morosidad y proteger más al acreedor), es

---

314 Aunque en la CISG se establece que, a efectos de determinar su aplicación, no se tendrá en cuenta “el carácter civil o comercial de las partes o del contrato” (art. 1.3), se ha de entender que esta aclaración se hace, simplemente, para omitir deliberadamente el posible debate en torno a esta cuestión, teniendo en cuenta las posibles distintas regulaciones en torno a esta cuestión en los distintos territorios en los que la Convención tiene aplicación, y asegurar que se aplicará, efectivamente, cuando se den los presupuestos para ello, con independencia de este tema. En todo caso, parece estar muy claro que se aplica únicamente —habida cuenta, también, la exclusión expresa que se realiza en torno a los contratos de consumo— a los contratos comerciales, y, para más señas, a las transacciones comerciales supranacionales entre empresarios (*vid.* Oliva Blázquez, 2014, pp. 40-43).

cuestionable que estar reguladas por esta norma sea una ventaja con respecto a la regulación del Código Civil; y ello, por no contar con que su ámbito de aplicación, especialmente por lo que hace a las obligaciones de naturaleza típicamente civil, puede no estar dispuesto de la manera más clara posible.

En suma, las obligaciones entre particulares se rigen, en su mayoría, por el Código Civil; mientras que un pequeño grupo de ellas se somete a la Ley 3/2004. A ello se suma, como es lógico, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los preceptos que resulten de aplicación a cada caso (en particular, el art. 576, en materia de mora procesal).

A modo de simple reseña, puesto que no se trata de regulación general del retraso, puede referenciarse que los particulares también podrán verse sujetos a la regulación contenida por otras normas capaces de otorgar distintos efectos al retraso, o de disponer algunas especialidades en relación con sus efectos (así, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Ley de Contratos de Crédito al Consumo, Ley de Contrato de Seguro, o la Ley Hipotecaria, entre otras, aunque en la mayoría de estos casos tendrán la consideración de consumidores —como, evidentemente, en el caso del TRLGDCU—).

Fijando nuestra atención ahora sobre la configuración que para estas obligaciones podría adoptarse a propósito de las nuevas tendencias, es relativamente sencillo concluir que, con seguridad, los aspectos que ya se han ido introduciendo en nuestra jurisprudencia —incumplimiento de corte objetivo, resolución extrajudicial, mecanismo de plazo adicional— se dispondrían para este tipo de relaciones. Ahora bien, la adopción o eliminación de la mora no es tan sencilla de prever, puesto que, como se ha visto, aproximadamente la mitad de los textos analizados optan por una opción, y la otra mitad, por la contraria.

Por lo que a nuestra opinión respecta, hemos señalado ya las razones que, a nuestro modo de ver, habrían de conducir a considerar que la mora del deudor resulta útil en este ámbito; al tiempo que también se han dado las claves para la compatibilidad entre ésta y los principios y mecanismos del nuevo sistema. La solución más razonable nos parece que implicaría mantener la mora, con ciertas modificaciones (sobre todo, por lo que hace a su carácter tradicionalmente subjetivo), y coordinarla procedentemente con los remedios y con el plazo adicional, según se ha indicado.

A este respecto, la mora no sólo mantiene su utilidad, sino que también se trata de un instituto que, a pesar de proceder de una larga y antigua tradición jurídica, es perfectamente capaz de adaptar sus postulados a los de las nuevas tendencias. Por ello, cabe decir que la adopción de las nuevas tendencias en ningún caso necesita de la eliminación de la mora del deudor, ni pueden entenderse que ésta sea incompatible con aquéllas. Y, aunque los textos que diríase que representan la *tendencia principal*

apuestan por una visión de retraso en el cumplimiento en el que la mora del deudor clásica ya no tiene cabida (así, la CISG, los Principios Unidroit, los PECL, el DCFR o, en España, la PMCC), no puede olvidarse que aproximadamente la mitad de los instrumentos estudiados la mantienen y que, además, también se recoge por un buen número de los ordenamientos de nuestro entorno —algunos, con códigos reformados en fecha relativamente reciente—. Por ello, no cabe descartar su vigencia ni su posible proyección.

### 3. Contratación con consumidores

Como se ha dicho ya, la presencia de un consumidor comporta la observación de un buen número de cautelas, dispuestas para la protección de esta figura en sus relaciones contractuales con sujetos que actúan dentro del ámbito de su actividad profesional.

Esta materia, como sabemos, ha sido un importante objeto de la atención del legislador europeo, plasmada en distintas Directivas sobre la materia. Por ello, el español TRLGDCU cuenta con reglas ciertamente más *modernizadas* que las que regulan la contratación civil entre particulares, como resultado de la intervención comunitaria, que introduce ideas como el derecho de corrección del deudor, o el propio mecanismo de plazo adicional, como ya se ha indicado anteriormente. Y ello, a pesar de que la CISG excluye expresamente este tipo de contratos de su ámbito de aplicación, como también lo hace la Ley 3/2004 en materia de morosidad en las operaciones comerciales.

En el panorama actual ofrecido por el TRLGDCU existen un buen número de cuestiones que requieren de la remisión a las normas generales, y entre ellas está, como se ha dicho, una buena parte de lo tocante al retraso en el cumplimiento, de tal suerte que el artículo 1100 CC, en materia de mora del deudor, resulta de plena aplicación<sup>315</sup>. Sin embargo, el TRLGDCU también proporciona un instrumento particularmente

---

315 Quizá, teniendo en cuenta que la relación de consumo es una obligación recíproca, podría haberse pensado en alguna cautela particular en torno a la consideración de la automaticidad de la mora en algunos supuestos, teniendo en cuenta las distintas necesidades de las partes, así como, sobre todo, las exigencias de puntualidad que pueden dirigirse a uno y otro contratante, en función de su carácter profesional o no profesional. Por ejemplo, podría pensarse en una mora generalmente automática para el empresario (aunque, de otro lado, el perjuicio que el retraso causa para el consumidor puede no ser comparable al que sufre el acreedor empresario en la relación profesionalizada), o que, ya en sede de interpretación, el criterio de la designación de la época de cumplimiento como motivo determinante para el establecimiento de la obligación pudiera aplicarse de manera un tanto más laxa cuando fuera el consumidor el que se retrasara, considerando que difícilmente el acreedor empresario habrá contratado concediendo particular importancia al momento en el que recibirá el pago (sí podrían tener importancia los retrasos cumulativos de distintos deudores, pero parece difícil que ello pudiera afectar a la calificación de una relación individualizada, *a priori*).

destacable en materia de retraso en el cumplimiento: el mecanismo de plazo adicional regulado en el artículo 66 bis para los casos en los que el vendedor (no el consumidor) se retrase en su obligación de entrega, que permite al consumidor fijar un plazo razonable transcurrido el cual podrá resolver la obligación, siempre que no se encuentre en alguno de los supuestos del apartado 2.2 del artículo, que confieren el derecho al consumidor a resolver la obligación sin concesión de plazo previo.

Ya hemos expuesto antes, y merece la pena reseñarlo aquí, cómo la configuración del artículo 66 bis.2 TRLGDCU ha motivado que algunos autores —y también nosotros— se planteen si el mecanismo de plazo adicional, según se regula en el mismo, verdaderamente resulta adecuado a los fines a los que se dirige la norma, relacionados con la protección del deudor. En este sentido, podría revisarse tanto la aparente limitación de motivos resolutorios que permiten al deudor apartarse del sistema de plazo adicional y resolver la obligación directamente, como el propio hecho de que este mecanismo se disponga, precisamente, a propósito del incumplimiento del vendedor, con lo que éste obtiene, como norma general, una segunda oportunidad para cumplir en los casos de falta de entrega (e incluso, en virtud del artículo 121 TRLGDCU, y aunque no se hable de *nachfrist*, en los de falta de conformidad).

Además de estos aspectos, que ya suponen importantes puntos de mejora de la legislación de consumidores española, hemos destacado anteriormente que esta regulación desconoce de cualquier previsión de coordinación con respecto a la mora del deudor, con la que necesariamente se establecen relaciones, según lo dicho, así como con otras partes del Derecho de obligaciones y contratos que resultarán, sin duda, aplicables; y, por ello, esta normativa ha sido criticada, y a lo ya dicho nos remitimos.

Por tanto, a modo de conclusión, para los consumidores se sigue aplicando la mora civil del artículo 1100 CC, al tiempo que se prevé expresamente el mecanismo de plazo adicional como instrumento a manos del consumidor y usuario ante el retraso del empresario, además del resto de cautelas que se derivan de la normativa de protección de los consumidores.

Además de esto, deberán tenerse en cuenta aquellas otras normas que resulten de aplicación; singularmente, la Ley de represión de la usura de 1908 (sobre todo, en materia de contratos de préstamo bancarios), la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, o la previamente mencionada Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles. En sentido contrario, procede recordar que la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales expresamente excluye a los contratos de consumo de su ámbito de aplicación<sup>316</sup>; sin perjuicio de lo cual la concreta definición de

---

316 Aun teniendo en cuenta que, como se ha dicho antes, el concepto de consumidor empleado por



consumidor en los distintos textos puede dar lugar a alguna confusión<sup>317</sup>. Al margen de que la propia norma declare que no es aplicable, es evidente que va dirigida a la protección de otros intereses distintos de los de los consumidores.

Si algo puede verse de manera meridiana, después de todo lo dicho, es que la protección del consumidor en nuestro Derecho Privado se ha llevado a cabo a través de un nada desdeñable número de normas extracodiciales; lo cual ha determinado que la doctrina haya puesto una mirada crítica sobre la dispersión normativa de la que es objeto esta materia<sup>318</sup>; así como, en ocasiones, también por lo que se ha entendido que supone un exceso de celo sobre la propia figura del consumidor y sus intereses<sup>319</sup>.

Acudiendo al tratamiento de las operaciones de consumo en los textos de modernización, se observa una tendencia que propende a una clara evolución. Así, si los primeros textos se publican en un contexto en el que los contratos internacionales se identifican, básicamente, como contratos entre empresas —lo que determina, naturalmente, que no se regulen en ello los contratos de consumo, como sucede con la

---

la Ley 3/2004 no es del todo coincidente con el que en esta sede se maneja. No puede pasarse por alto, de todos modos, que los límites exactos del concepto no son indiscutidos, teniendo en cuenta que no existe un concepto único y unitario en todas las normas e instrumentos que se ocupan de este tipo de obligaciones. Valpuesta Gastaminza hace referencia al efecto de dispersión que las distintas Directivas tienen, sobre todo cuando no están debidamente coordinadas, y teniendo en cuenta que posteriormente deben trasponerse por cada uno de los Derechos internos; entre otras cuestiones, en relación con el concepto de consumidor (2013, pp. 204, 205) Sobre esta cuestión en particular es de interés, además, el estudio de Cámara Lapuente en el que se refiere al tratamiento y configuración de este preciso concepto tanto en las normas comunitarias, como en las españolas, con menciones a los textos de *soft law* que venimos comentando a lo largo del trabajo y a normas de otros ordenamientos (2011, pp. 84 117).

317 *Vid.* Cámara Lapuente, 2011.

318 Comenta Martínez Sanz que la gran actividad de la Unión Europea en los últimos años en materia de consumidores ha dado lugar —aunque por razones no imputables a la Unión— a un cierto desbarajuste interno a la hora de incorporar las distintas Directivas, dando lugar a una dispersión normativa considerable que, no obstante, habría sido parcialmente subsanada por el TRLGDCU (2009, p. 552). Sobre la falta de responsabilidad de las Directivas comunitarias en relación con la dispersión, en sentido contrario, *vid.* Valpuesta Gastaminza, 2013, pp. 204, 205; también la p. 213, en la que indica que “lo que resulta insoportable es tener 27 regulaciones distintas, incluso en materia de contratos con consumidores, dentro de un «mercado único», de forma que el empresario que ofertara bienes y servicios para toda la Unión tiene que cumplir con 27 regulaciones de protección del consumidor, y además 27 derechos imperativos de regulación contractual con no consumidores (...). El cinismo de llamar a esto «mercado interior» salta a la vista”. A estos aspectos ha de sumarse, claro está, la normativa interna, también la dirigida a la regulación de otras cuestiones pero con incidencia sobre la figura del consumidor o del deudor que pueda ser, en ocasiones, también un consumidor.

319 Por todos, Valpuesta Gastaminza, 2009, pp. 409, 410; también, Guisado Moreno, 2015, pp. 115-127.

CISG<sup>320</sup> o los Principios Unidroit—<sup>321</sup>, posteriormente el paradigma va cambiando; lo cual viene, sin duda, auspiciado por la publicación de las distintas Directivas reguladoras de esta materia<sup>322</sup>.

Así, los PECL, en primer lugar, ni se refieren específicamente a este tipo de contratación, ni tampoco la excluyen, lo cual, sumado al hecho de que se incluyen normas específicamente destinadas a los supuestos en los que una de la parte sea un profesional, ha determinado que la doctrina haya entendido que sus postulados serían aplicables también a las relaciones con consumidores<sup>323</sup>.

La evolución se consuma con la inclusión expresa de normas específicas para los contratos celebrados con consumidores en el Proyecto Gandolfi; también en el CESL, en el que se dispensa un alto grado de protección al consumidor<sup>324</sup> —mayor, incluso, que el que se aprecia en las Directivas<sup>325</sup>—; y, de manera señalada, en el DCFR<sup>326</sup>. En algunas de estas normas se introducen medidas tan importantes para los consumidores como la excusabilidad de los intereses moratorios o su falta de devengo automático (art. 167.1 y 2 CESL)<sup>327</sup>, además de disponer otras que se han considerado beneficiosas de cara a una posible aplicación general: así, las reglas del artículo 135.2 CESL, en materia de plazo razonable a propósito del plazo adicional.

---

320 Con el matiz que añade Oliva Blázquez, quien cree que la previsión del artículo 2.a) CISG que dispone la aplicabilidad del instrumento en los casos en los que el comerciante desconociera el destino de uso personal que el otro contratante había de darle al bien implica que, *de facto*, la CISG puede aplicarse a los contratos de consumo (2014, pp. 42, 43).

321 Valpuesta Gastaminza, 2009, pp. 406, 407.

322 *Vid.*, en general, Arroyo i Amayuelas, 2018, pp. 16 y ss.

323 Valpuesta Gastaminza, 2009, p. 408. Oliva Blázquez, 2015, p. 48; Fenoy Picón, 2015, p. 998.

324 *Vid.*, en general, Valpuesta Gastaminza, 2013, pp. 209-2011. Oliva Blázquez señala al CESL como un modelo de integración de las normas sobre Derecho de consumo en el marco del Derecho general privado (2014, p. 53).

325 Por ejemplo, a diferencia de la Directiva 99/44/CE, el CESL no supedita el derecho a resolver del comprador a que el vendedor pueda corregir el incumplimiento (Arroyo i Amayuelas, 2018, p. 15).

326 Oliva Blázquez, 2014, pp. 48-51.

327 Por cierto, también en el CESL se incluyen a la vez mora, según se ha defendido y *nachfrist*, sin que se instrumente solución o previsión alguna para su interacción, que en este texto puede revestir de mayor complejidad, toda vez que, en materia de consumo, se prevé que los efectos del retraso (o, como mínimo, los intereses), no comiencen a darse hasta pasados 30 días desde el requerimiento del acreedor. Un problema similar lo encontraremos, como indicaremos más adelante, respecto a la LLCM, que además sí es Derecho vigente.

Las Propuestas españolas se suman, por su parte, a esta tendencia, e incluyen normas específicas para los contratos de consumo: así lo hacen la PMCC y la PCC, por un lado, pero también lo hacen las Propuestas mercantiles.

Podemos resumir aquí que, en nuestra opinión, el régimen de retraso a aplicar en las operaciones de consumo habría de ser el de mora civil interpelatoria, a lo cual se sumaría el mecanismo *nachfrist* y, con ello, la posibilidad de utilizar conjuntamente ambas figuras. Todo ello, matizado en función de las cautelas propias de este tipo de contratación, atendiendo al hecho de que es una relación en la que contratan un sujeto profesional y uno que no lo es.

#### **4. Contratación profesionalizada**

Si hablamos de contratación profesionalizada, y comenzamos por sintetizar el Derecho vigente, se observará que ya puede apreciarse un mosaico normativo de distintos regímenes que en ocasiones se superponen entre sí, y no de la forma más clara posible.

Se ha de partir de la vigencia del Código de Comercio y su sistema de mora interpelatoria para las puras y automática para las obligaciones sujetas a término de cumplimiento, al que se aplican, de manera supletoria, las reglas reguladoras de la mora civil.

La regulación del Código de Comercio queda excluida en los supuestos que se sitúan bajo el ámbito de aplicación de la Ley 3/2004, con su particular mora automática. A su vez, la aplicación de la LLCM colisiona en ciertos aspectos con otras normas. Recordando lo dicho en este trabajo, se ha de hacer mención a la falta de avenencia, denunciada por la práctica totalidad de la doctrina mercantilista, entre los regímenes de retraso dispuestos por la LLCM y por el artículo 17 LOCM, que da lugar a una situación de difícil inteligencia y solución.

Una situación similar, en cuanto a su complejidad, es la que se produce al estudiar la relación entre la Ley 3/2004 y la CISG. En este sentido, aunque ya hemos dicho que no existe una solución unánime en la doctrina, parece que, al menos, podríamos encontrar cierta paz a través de las cuestiones que sólo regula una de las normas citadas, que permitirían una complementariedad entre ambas normas: así, en materia de daños, y determinación del tipo de interés, ya que la CISG no se pronuncia sobre ello. Sin embargo, cuando ello no es así, la posible primacía de la CISG cuestionaría la efectiva aplicación de la Ley 3/2004, al tiempo que las tornas cambian necesariamente si se considera que la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales se regula, primariamente, en una Directiva comunitaria<sup>328</sup>.

---

328 *Vid.* Perales Viscasillas, 2006, pp. 137-142.

Del mismo modo, también se ha hecho referencia a una parcial confluencia entre la Ley 3/2004 y la LVPBM, aunque también se ha dicho que la solución es más sencilla en este caso, por vía de la aplicación del principio de especialidad de las normas<sup>329</sup>.

Véase, por tanto, la multiplicidad de normas que pueden resultar de relevancia al estudiar el retraso en una obligación profesional: desde el artículo 1100 CC, en su carácter de norma supletoria, pasando, desde luego, por el Código de Comercio, hasta llegar a la CISG, y siendo aplicables otras normas en supuestos particulares, en ocasiones, incluso, de manera combinada, con las anteriores, como es el caso de la Ley 3/2004, la LOCM o la LVPBM. Todo ello viene a determinar un entramado para nada sencillo de esclarecer y que requeriría, en pos de una mayor claridad y seguridad jurídica, algún tipo de reforma capaz de poner orden, especialmente, en los extremos más controvertidos.

Además de lo dicho, se ha de destacar que, en la medida en que la CISG es Derecho vigente, con ella se aplicará también el mecanismo de plazo adicional que prevé a los supuestos que queden bajo el ámbito de aplicación de la Convención. En principio, esto no debería plantear problemas en su aplicación al régimen general del Código de Comercio. Por lo que hace a la Ley 3/2004, debe incidirse en que sus previsiones que no tendrían por qué excluir el acceso a remedio alguno, o a otros mecanismos, tales como el *nachfrist*, que pudieran sobrevenir a propósito del incumplimiento del deudor, al margen de los efectos que ya prevé la norma para el retraso.

Ahora bien, como es evidente, el momento a partir del cual puedan entenderse aplicables tanto los remedios, como el mecanismo de plazo adicional, dependerá del momento a partir del cual se entienda incumplida la obligación. Y esto, en relación con los plazos dispuestos de la LLCM, si se sigue la interpretación minoritaria y se entiende que el plazo únicamente difiere el devengo de intereses, pero que el incumplimiento se ha producido con anterioridad, daría lugar a entender que tanto los remedios como el *nachfrist* podrían darse antes de la expiración del plazo (pero, claro, también después). En la práctica, esta opción resultaría contradictoria con la propia interpretación. Si, por el contrario, y como hemos defendido, se interpreta que estos plazos son de pago, y que la obligación no se incumple hasta que no se verifica su transcurso, entonces tampoco los remedios o el *nachfrist* podrán tener lugar hasta ese momento, en una solución que sería más coherente con el funcionamiento del sistema de plazos dispuesto por la norma.

Atendiendo, en segundo lugar, a las nuevas tendencias examinadas en este trabajo, así como a la fundamentación que en materia de retraso se aduce por la doctrina para

---

329 Gómez Ligüerre, 2011, p. 38.

relativizar o negar la utilidad de la mora en el marco de estas nuevas tendencias, que comúnmente recurre a ejemplo de contratación entre profesionales, parece que el camino más coherente sería el de entender que el mero retraso supone incumplimiento en este ámbito<sup>330</sup>. A salvo quedaría el régimen que aporta la Ley 3/2004; esto es, si es que este régimen quiere mantenerse —y no parece haber signos de lo contrario, a pesar de las críticas recibidas por la Ley—. No obstante, quizá en este ámbito la utilidad de sancionar el mero retraso podría ser, incluso, mucho más visible; en la medida en que hablamos de operaciones pecuniarias, y de que el propio objeto de la norma era el de reducir los plazos de pago y la morosidad.

Sin embargo, hemos dicho ya que las previsiones de las Propuestas mercantiles parecen ir por otro camino, y, que, de hecho, pueden resultar sorprendentes, habida cuenta de las principales tendencias en esta materia —tanto en el ámbito internacional, como incluso si se miran Propuestas españolas como la PMCC—, por ser claramente más conservadoras en relación con el tratamiento del retraso y requerir una mora interpelatoria para las obligaciones puras no sometidas al régimen de la Ley 3/2004, manteniendo, así, el régimen del actual Código de Comercio en lo esencial<sup>331</sup>.

Como hemos expresado con anterioridad, aunque nos parece que el mero retraso relevante podría encontrar su total proyección en esta sede, tal vez deba valorarse que, si las Propuestas mercantiles mantienen la mora en los términos vistos, quizá pueda predicarse de ella alguna utilidad también en este ámbito; si acaso, en relación con las obligaciones no pecuniarias, en las que pueden existir más dificultades en torno a la previsibilidad del daño derivado del retraso. En este sentido, el mecanismo híbrido *nachfrist*-mora podría resultar de aplicación también en este sector de la contratación.

En línea con esta idea, hemos visto que también el ACM incluye, con carácter general, la regulación de esta figura, que, *a priori*, no precisa de ajuste alguno para su aplicación a este tipo de relaciones contractuales.

---

330 Apoyaría esta posición Pérez Serrabona, cuando dice que falta una norma general en sede de incumplimiento de las obligaciones de carácter mercantil que disponga la producción de intereses moratorios desde el vencimiento de la obligación (2012, p. 682; *vid.* también pp. 679. 680).

331 *Vid. supra* Cap. V, apartado III.



# Conclusioni / Conclusiones

## Italiano

**PRIMA.-** Il diritto delle obbligazioni e dei contratti dei diversi paesi del contesto europeo è stato soggetto, durante gli ultimi anni, ad un movimento di modernizzazione ed unificazione senza precedenti. In merito a questa corrente modernizzatrice, sono stati elaborati una serie di testi di varia natura, i quali si sono dimostrati di grande influenza sui distinti ordinamenti europei; tra i quali, anche quello spagnolo. Uno dei punti chiave in questa corrente è l'adozione generalizzata di una nuova concezione di inadempimento, che si caratterizza per essere ampia, neutra ed obiettiva, e al quale si associano una serie di rimedi, in cui si strutturano le differenti azioni che il creditore può porre in essere dinanzi all'inadempimento. All'interno di siffatto schema, il ritardo si caratterizza come un ulteriore inadempimento, ed i vari effetti del ritardo subiscono alcune alterazioni per via del nuovo sistema.

**SECONDA.-** Tra tutte le novità apportate dalle nuove tendenze, probabilmente una di esse è costituita da quella che riguarda la mora del debitore. Per studiare tale questione, risulta di vitale importanza porre l'attenzione sulle relazioni che intercorrono tra la mora del debitore ed il semplice ritardo, con il fine di comprendere se la mora del debitore sia l'unica manifestazione giuridicamente rilevante di ritardo o se, invece, dal mero ritardo possano derivare conseguenze (segnatamente, risarcitorie). Per quanto nel nostro ordinamento la questione non si configuri in modo estremamente chiaro, e la dottrina si sia decisamente divisa, l'esame dei precetti in grado di dirimere la questione ci ha portati a concludere che l'unica forma di ritardo con conseguenze risarcitorie sia la mora del debitore; per lo meno, in base al sistema del Codice Civile.

**TERZA.-** La configurazione tradizionalmente accettata nel nostro ordinamento in materia di ritardo e mora, concernente la irrilevanza risarcitoria del primo, è direttamente messa in discussione a proposito della introduzione delle nuove tendenze. In esse, non solo si determina che il ritardo sia un inadempimento (cosa che, con sfumature, potrebbe accettarsi anche con riguardo al nostro Codice Civile, sebbene, in quanto inadempimento, il semplice ritardo non abbia pieni effetti), bensì che la maggior

parte dei testi di modernizzazione optano per l'eliminazione dell'istituto giuridico della mora completamente.

Gli effetti tradizionalmente associati alla mora rimangono indirizzati tramite distinte formule nei nuovi testi. In primo luogo, l'effetto risarcitorio deriva dal semplice ritardo, che non necessita affatto della intimazione ad adempiere; nemmeno nelle obbligazioni pure, per le quali certa dottrina modernizzatrice aveva segnalato la sua possibile necessità. In secondo luogo, l'effetto del passaggio del rischio perde di significato a proposito della nuova concezione obiettiva di inadempimento, che determina che il debitore sia chiamato a rispondere del suo inadempimento persino in ipotesi di caso fortuito, potendo unicamente assumere rilevanza alcune cause di esclusione la cui influenza si estende ad alcuni rimedi, ma non anche all'inadempimento stesso. Allo stesso modo, altri effetti secondari connessi alla mora possono ora discendere dal mero ritardo.

**QUARTA.-** Questa nuova configurazione del ritardo risponde direttamente a una concezione "commercializzata" o mercantilistica dei rapporti obbligatori, nelle quali si ricerca una economia dinamica, rapida, in cui sia facile svincolarsi da un contratto per concluderne uno nuovo, a condizioni migliori. Il modello che si segue è quello introdotto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti per la compravendita internazionale di merci (o CISG, secondo la sua sigla in inglese), a sua volta chiaramente influenzato dal Diritto anglosassone. Siffatto modello sarebbe quello seguito da testi come i Principi UNIDROIT, i Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PECL), il Progetto di un quadro comune di riferimento (DCFR), o la spagnola PMCC.

Oltre al nuovo concetto neutro ed obiettivo di inadempimento, e della configurazione del ritardo come inadempimento totalmente autosufficiente, assume una gran rilevanza un modello risolutorio derivato direttamente dalla dottrina tedesca, che si serve del meccanismo noto come *Nachfrist*, il quale permette, mediante la concessione di un termine ulteriore per l'adempimento tardivo, di risolvere il contratto anche in mancanza di un inadempimento essenziale. Tale modello, inoltre, si estende anche attraverso le Direttive europee in materia di consumo.

**QUINTA.-** Non si può considerare che, più che la mora, si sia eliminata l'intimazione ad adempiere, in tal modo che possa introdursi una sorta di mora automatica generale. E ciò, per varie ragioni.

In primo luogo, perché la mora non viene nominata, il che è già un segnale, sebbene il fatto che sia l'inglese la lingua scelta per la redazione di questi testi fa sì che tale circostanza non sia definitiva. Neppure i testi in spagnolo la nominano, e non pare che l'intenzione degli autori della PMCC —malgrado i riferimenti sparsi nei suoi articoli— fosse quella di includere una mora automatica generale.



In secondo luogo, la mora non è regolata, ed i suoi effetti tipici si regolano mediante altri canali; in un modello corrispondente all'influenza anglosassone. Una configurazione talmente estremamente innovativa e così radicalmente distinta dalla consueta (tenendo in considerazione, in particolare, il vincolo intercorrente tra la mora e l'intimazione ad adempiere) non sembra che possa conformarsi a una nomenclatura propria della tradizione che ha dimostrato avere la mora nella sua configurazione attuale.

Inoltre, il fatto che la mora si mantenga all'interno di un buon numero di sistemi, sia antichi che moderni, fa sì che si osservi la necessità di differenziare i distinti modi di configurare il ritardo e, con ciò, quella di effettuare una chiara distinzione tra i concetti di "mora" e "ritardo".

**SESTA.-** Sebbene sembri che la generalità dei testi di modernizzazione eliminino la mora, ne esistono alcuni, altresì inquadrabili in questo movimento, che vanno in direzione opposta. In primo luogo, la mora si mantiene nel nuovo *Code Civil* francese. Si tratta di un ordinamento che ha tradizionalmente investito sulla mora *ex persona* in maniera ferrea, e che, con la nuova riforma, ha persino ampliato il suo ambito di applicazione. La mora non solo è necessaria per quanto riguarda i suoi effetti tradizionali, bensì, si colloca inoltre come requisito preliminare per l'accesso alla generalità dei rimedi all'inadempimento, il più delle volte, per fungere da contrappeso di fronte alla unilateralità acquisita da alcuni rimedi, tra i quali rileva la risoluzione. In tal modo, sembra che possa individuarsi una nuova funzione della mora del debitore, che ora si utilizza per concedere un ultimo termine per l'adempimento che preceda i rimedi; sebbene la sua disciplina concreta non risulti totalmente chiara. La riforma francese finisce con il rappresentare un sistema assolutamente *sui generis*, che ha voluto adattare parte delle nuove tendenze alla sua tradizione storica, per fermarsi a metà strada; per esempio, in particolare, introducendo la risoluzione unilaterale e richiedendo, al contempo, un inadempimento essenziale che possa essere contestato davanti al giudice. Ciononostante, la riforma francese possiede due valori rilevanti: da una parte, è diritto vigente; d'altra parte, riforma uno dei corpi giuridici più influenti per il nostro Codice Civile.

**SETTIMA.-** Un altro testo recente che viene in rilievo per aver mantenuto la mora è la PCC, in una configurazione molto simile a quella che attualmente si osserva nel nostro Codice Civile. Tale opzione può risultare più sorprendente se si osserva che con essa si introduce, in modo piuttosto fedele, la maggior parte dei dettami che corrispondono al modello modernizzatore; e, in particolare, alla spagnola PMCC. Pertanto, si tratta di uno strumento molto più in linea con le nuove tendenze ed *eupeizzato* rispetto alla riforma francese, e, al contempo, la conservazione dell'istituto della mora è più significativo. La disciplina dei rimedi per l'inadempimento è praticamente identica a quella che si

osserva in altri testi; e probabilmente in questo punto si deve dire che il recepimento concreto della mora non risulta interamente positivo. Sebbene risulti una scommessa lodevole, così come ben giustificata nel testo, sarebbe stata necessaria una maggiore coordinazione con altre parti del testo, e, in particolare, con i rimedi previsti in caso di inadempimento. Al contempo, non si assume alcuna posizione circa talune delle questioni tipicamente irrisolte intorno alla mora. Eppure, siffatti aspetti non oscurano ciò che rappresenta un tentativo prezioso di conservare la mora nel sistema di inadempimento modernizzato.

**OTTAVA.-** Il Progetto preliminare del Codice europeo dei Contratti dell'Accademia di Pavia si caratterizza per essere regolato, altresì, secondo un concetto unitario, neutro ed obiettivo di inadempimento, e per dare attuazione alle sue conseguenze tramite rimedi; ma la sua configurazione esatta, in parte per motivi cronologici, risulta estranea alle tendenze generali in materia. Così, si introduce un buon numero di previsioni e precisazioni che non si osservano in altri testi; e, al contempo, si conserva una mora del debitore che, sebbene non vi siano dubbi che sia tale, è disciplinata in modo certamente confuso. Il testo viene in rilievo anche per la sua dettagliata disciplina del risarcimento del danno, tra cui distingue tra interessi moratori e compensativi. E, sebbene apporti alcune soluzioni interessanti, la sua trascendenza attuale è certamente limitata, tra le altre cose, proprio perché presuppone una sorta di *vía alternativa* rispetto a quella modernizzatrice generale.

**NONA.-** Si occupa anche di disciplinare il ritardo nell'adempimento e, stavolta, in maniera esclusiva, la normativa sulla morosità nelle transazioni commerciali, consistente in due Direttive e la Legge spagnola 3/2004. Malgrado si tratti di una norma eminentemente mercantile o commerciale, si applica altresì ad alcune transazioni tipicamente civili (come l'attività dei liberi professionisti), e la sua influenza si estende anche all'ambito accademico; allo stesso tempo le sue previsioni servono per alterare alcuni principi e norme importanti in materia di ritardo per il suo ambito di applicazione e, si è detto, incide sulla unificazione della mora civile e commerciale. La norma, che è rivolta alle obbligazioni pecuniarie, poggia sull'applicazione di tipi di interessi alti, la fissazione di termini di pagamento, e la protezione superiore degli interessi del creditore; sebbene non sempre riesce ad essere efficace in relazione con le sue stesse finalità. Analizzati i termini di pagamento fissati dalla norma, è possibile concludere che ci troviamo dinanzi ad una mora automatica molto particolare; al punto che rispetto ad essa è stato possibile esaminare la possibilità che esistano certi elementi che presupporrebbero una ingiunzione, a meno che il sistema che instaura possa essere di mero ritardo rilevante. Collocata nel suo contesto, la mora della Legge sulla Morosità è una mora automatica che solo in certi aspetti somiglia al regime del ritardo tipico dei testi di modernizzazione.

**DECIMA.-** Il CESL, invece, è un testo relativamente recente, la cui influenza però può intendersi come diluita oggigiorno. Insieme ad una sistematica innovativa, che pone attenzione alle diverse posizioni delle parti nel contratto di compravendita, oltre nel carattere di contraente professionista o consumatore (per il quale dispensa un elevato grado di protezione), rileva per la previsione di un regime dettagliato in materia maturazione degli interessi, i quali, peraltro, rimangono soggetti a possibili cause di esclusione. Il testo giunge a prevedere fino a tre regimi differenti per la maturazione degli interessi: il regime generale, senza intimazione; il regime consumeristico, per il quale si prevede un termine di sospensione della maturazione degli interessi al quale si collega, a nostro modo di vedere, una mora *ex persona*; e, in ultimo luogo, il regime per le transazioni professionali che, a sua volta, si suddivide in altri due, in funzione di se sia stato specificato o meno un termine per il suo adempimento. Nel primo caso, gli interessi maturano automaticamente, mentre, nel secondo, il regime la riproduzione, fondamentalmente, di quanto figura nella normativa sulla lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali. Si tratta, in ultima analisi, di un testo forse eccessivamente contorto, specialmente se si tiene conto che fu progettato per essere applicato, preferibilmente, in operazioni di consumo.

**UNDICESIMA.-** In ultimo luogo, il Progetto preliminare del Codice Mercantile offre altresì una disciplina bicefala del ritardo, e, in verità, dello stesso inadempimento. Quest'ultimo perché, del pari di introdurre eclatanti novità (così, il meccanismo del termine essenziale), in altri aspetti pare andare completamente contro le tendenze di modernizzazione (per esempio, quando richiede la colpa per la compensazione delle spese di recupero nelle transazioni commerciali tra imprese). Il primo, perché decide di integrare nel suo testo le soluzioni proposte dalla Legge 3/2004, facendo rinvii alla stessa, e, al contempo, specifica un regime proprio per le obbligazioni non soggette a quella. Il ACM sorprende nel disciplinare la mora *ex persona* in modo chiaro ed espresso, e conclude includendo previsioni che sono più rigide per il debitore rispetto a quelle della Legge speciale, dando luogo ad una dualità di regimi nelle obbligazioni pecuniarie accolta non molto bene dalla dottrina, e che lasciano spazio ad una certa quantità di questioni irrisolte.

**DODICESIMA.-** Esaminando la disciplina del ritardo nei testi di modernizzazione, può apprezzarsi che in essi si prevedono una serie di meccanismi per dare efficacia al ritardo. È possibile osservare sistemi in cui vige il mero ritardo rilevante; altri di mora *ex persona* classica; e altri di mora automatica, con peculiarità in alcuni casi. Ma, inoltre, troviamo la rilevante figura del *Nachfrist*, e per di più: la mora del debitore nella sua nuova funzione come condizione di ammissibilità ai rimedi, come si è visto a proposito del nuovo *Code* francese.

Esaminati a fondo questi meccanismi, può concludersi che la mora *préalable* francese si avvicina, in realtà, molto più al *nachfrist* che alla mora; malgrado la particolar idiosincrasia del legislatore francese spiega che l'abbia assoggettata a un regime particolare, quale espressione delle sue reticenze a meccanismi alieni alla sua tradizione. In ogni caso, deve distinguersi chiaramente rispetto alla mora del debitore finora conosciuta. E, peraltro, è possibile apprezzare le differenze tra il *nachfrist* e la mora, collegati da certa dottrina, che, tra le altre questioni, si mettono in evidenza tanto con riguardo alla funzione dell'una e dell'altra figura, quanto nel fatto che in più di un ordinamento europeo (incluso quello tedesco, da cui ha origine il *nachfrist*), sia l'una sia l'altra figura si sanciscano separatamente e indipendentemente, in ordine a finalità distinte.

**TREDICESIMA.-** Se volgiamo lo sguardo al nostro ordinamento, vediamo che alcuni dei meccanismi tipici delle nuove tendenze hanno avuto grandi problematiche; tra cui, e in particolare, il *nachfrist*, anche denominato dalla nostra dottrina come “meccanismo di notificazione-risoluzione”. Inoltre, questo meccanismo fa parte del nostro Diritto vigente mediante il TRLGDCU, che lo prevede, sebbene con maggiori limitazioni rispetto a quelle che si osservano nella generalità delle Proposte, per le operazioni di consumo; così come nel Libro Sesto del Codice civile catalano. I modelli di Diritto vigente di cui disponiamo, oltre alle Proposte spagnole, pongono l'attenzione sull'utilità del meccanismo, ma, al contempo, anche sugli aspetti che dovrebbero chiarirsi per una sua utilizzazione effettiva. In particolare, abbiamo messo in dubbio che si tratti di un meccanismo capace di risolvere tutta l'indeterminatezza in materia di risoluzione, quindi, sebbene elimini il giudizio sulla essenzialità dell'inadempimento, conserva la possibilità per il debitore di contestare la ragionevolezza del termine concesso. D'altro canto, si è sostenuto altresì che, se si pretendesse la sua applicazione generalizzata, e sebbene una parte della dottrina abbia apprezzato che essa potrebbe verificarsi già sulla di alcuni precetti del nostro Codice Civile (in particolare, gli artt. 1124.3 e 1504), risulterebbe opportuna una riforma.

**QUATTORDICESIMA.-** Sebbene la mora del debitore sia stata eliminata dai principali testi di modernizzazione, altri – alcuni, di particolare rilevanza per noi – la conservano. E, tra le ragioni che potrebbero darsi per conservarla, si presenta come molto preponderante la sua utilità nell'ambito delle relazioni tra privati, nelle quali non dovrebbero applicarsi norme e regole pensate, in principio, per la contrattazione tra professionisti. È ciò che accade a proposito della unificazione dei regimi contrattuali, e ciò che si apprezza, in maggior o minor misura, nei testi di modernizzazione. Tuttavia, né può esigersi dai privati la stessa puntualità richiesta ai contraenti professionisti, né tantomeno pare che i pregiudizi derivati dal ritardo siano gli stessi. Pertanto, si ritiene che la mora *ex persona* dovrebbe mantenersi nel sistema, e che inoltre la sua incidenza

pratica non risulterebbe marginale, ritenendo che sia applicabile alle obbligazioni sinallagmatiche e alle operazioni consumeristiche.

**QUINDICESIMA.-** Ai fini del mantenimento della mora all'interno del sistema, sarebbe necessaria un coordinamento con i rimedi previsti per l'inadempimento nel senso segnalato con riferimento alla PCC, così come il meccanismo ibrido *nachfrist*-mora che è stato proposto nel presente lavoro, e che, in realtà, si potrebbe considerare già applicabile al Diritto vigente con riguardo alla previsione di cui all'art. 66 bis.2 TRLGDCU. Allo stesso tempo, tanto per poter integrare la mora nel sistema di inadempimento obiettivo proprio delle nuove tendenze, quanto per il funzionamento dello strumento *nachfrist*-mora presentato, è opportuno sostenere che la colpa nel ritardo cessa di essere un requisito della mora, e che non è necessario stabilire possibili presunzioni che aiutino il creditore ad avere il debitore responsabile. Allo stesso modo, la funzione della intimazione deve svincolarsi da qualsiasi considerazione di colpevolezza. Nel nuovo sistema, la mora può essere intesa come una istituzione oggettivata, senza pregiudizio di che il suo effetto risarcitorio, in maniera autonoma, possa essere soggetto a una serie di cause di esclusione. A sua volta, ciò permette di allineare questo effetto della mora con la previsione, consueta nei testi di modernizzazione, circa l'inescusabilità della esigibilità degli interessi.

**SEDICESIMA.-** Sebbene si sia detto che un buon numero di testi di modernizzazione prescindano dalla mora, è stato dimostrato né che questa sia incompatibile con le nuove tendenze, né diviene tantomeno inutile o inefficace in virtù di queste. Pertanto, sebbene si potesse pensare che l'istituto ha scarso cammino nella cornice della modernizzazione del Diritto delle obbligazioni, non si deve dimenticare che approssimativamente la metà dei testi analizzati la conservano, inoltre, si osserva anche che un buon numero di ordinamenti europei (alcuni, riformati di recente). In ultima analisi, sebbene il futuro sia incerto, non sembra chiaro che si produrrà alcuna riforma imminente per sradicarla dal sistema. E, nel caso in cui, in effetti, si realizzi una qualche riforma, probabilmente possano trovarsi delle ragioni di peso e precedenti immediati (così, la PCC o la riforma francese) per conservarla.

**DICIASETTESSIMA.-** Pare probabile che, sia mediante una riforma, sia mediante la consolidazione di un indirizzo giurisprudenziale in merito, il modello di risoluzione unilaterale basato sulla concessione di un termine ulteriore finirà con la sua implementazione nel nostro sistema. Questione distinta è che si scelga di configurarlo come modello di risoluzione preminente, conferendogli una marcata preponderanza rispetto alla risoluzione basata sull'inadempimento essenziale, o che entrambi i modelli possano combinarsi. Sebbene siano stati rilevati alcuni possibili inconvenienti del modello basato sull'inadempimento essenziale, sembrerebbe che, in ultima analisi, tutto il sistema risolutivo dovrà contemplare questo concetto, in maggiore o minor grado, e

che, in definitiva, ciò non debba tradursi necessariamente in qualcosa di pregiudizievole. D'altro canto, non esistono segnali sufficienti per avventurarci ad affermare se la risoluzione giudiziale si conserverebbe o meno all'interno del sistema.

**DICIOTTESIMA.-** I testi di modernizzazione inoltre si sono occupati di disciplinare la clausola penale, meccanismo che acquisisce rilevanza in alcune ipotesi di ritardo, con riferimento al patto espresso dalle parti al riguardo. In relazione a siffatto meccanismo, sembrerebbe che le Proposte di modernizzazione spagnole non si distacchino eccessivamente dalla sua disciplina attuale, sebbene non sempre risultino chiare come è auspicabile che siano. In particolare, la PMCC prevede un sistema più complesso da sbrogliare, con alcune chiamate in responsabilità che mal si adattano ai principi propri delle nuove tendenze. Richiama l'attenzione il mutamento di criterio in materia di moderazione della clausola penale in entrambe le Proposte, che si avvicinano in questo punto ai testi internazionali e si distaccano dal Codice Civile, prevedendo la possibilità di moderazione giudiziale unica ed esclusivamente nei casi in cui la pena risulti manifestamente sproporzionata.

**DICIANNOVESIMA.-** Operando una differenziazione tra i vari ambiti di contrattazione in funzione del carattere professionale o meno dei soggetti che intervengono, è possibile distinguere tre grandi settori della contrattazione ai quali si applicherebbero distinti regimi di ritardo: la contrattazione tra privati, la contrattazione con il consumatore, e la contrattazione tra professionisti.

Alla **contrattazione tra privati**, in base alla sua configurazione attuale, si applica la mora di cui all'art. 1100 del Codice Civile; la quale richiede, principalmente, presupposti come la colpa nel ritardo. A ciò si aggiunge, nell'ambito della compravendita, la disciplina del meccanismo del termine addizionale nel CCCat. Con l'approvazione di uno qualsiasi dei testi di modernizzazione, il regime al quale si vedrebbe assoggettato dipenderebbe dalla configurazione del testo, sembrando certo che il *nachfrist* si impianterebbe in maniera generalizzata. Si propone, ai fini di una possibile riforma, il mantenimento della mora con intimazione ad adempiere e la sua attuazione coordinata con il meccanismo *nachfrist* e con i rimedi previsti in caso di inadempimento, in una concezione obiettiva della mora.

Nella **contrattazione consumeristica**, si continua ad applicare la mora civilistica di cui all'art. 1100 del Codice Civile, ed il *nachfrist* si riconosce come applicabile per le ipotesi di risoluzione derivanti da ritardo dell'imprenditore. Sulla base dei testi di modernizzazione, parrebbe possibile applicare il regime generale del ritardo previsto per ciascuno di essi, per cui la sua configurazione esatta dipenderebbe, di nuovo, dalla opzione concreta esercitata. Si propone il mantenimento della mora civile, del pari del meccanismo *nachfrist*; forse, con qualche limitazione o speciale cautela.

E, infine, nella **contrattazione tra professionisti** si osserva un complesso mosaico normativo. In generale, si mantiene una mora con intimazione in funzione dell'art. 63 CCom, alla quale si aggiunge il particolare regime della mora automatica della LLCM, ed un regime di mero ritardo rilevante con *nachfrist* alle ipotesi in cui si applica la CISG. Intervenendo una riforma di questo settore della contrattazione, non risulta chiaro se si seguirebbero le tendenze che propugnano il mero ritardo rilevante o, piuttosto, quelle che si apprezzano nell'ACM, le quali scommettono per l'ipotesi di mantenimento della mora nelle obbligazioni pure, al margine del regime di cui alla LLCM ed altre possibili norme (come la LOCM). Può proporsi, in questo ambito, un mero ritardo rilevante, fermo restando la possibile utilità della mora con intimazione nelle obbligazioni diverse da quelle pecuniarie, caso in cui il meccanismo ibrido *nachfrist-mora* risulterebbe ugualmente applicabile.

## Español

**PRIMERA.-** El Derecho de obligaciones y contratos de los distintos países del entorno europeo se ha visto sujeto, durante los últimos años, a un movimiento de modernización, actualización y unificación sin precedentes. A propósito de esta corriente modernizadora, se han producido una serie de textos de diversa naturaleza, que han resultado de gran influencia a distintos ordenamientos europeos; entre ellos, también el español. Uno de los puntos clave en esta corriente es la adopción generalizada de una nueva concepción de incumplimiento, que se caracteriza por ser amplio, neutro y objetivo, y al que se asocian una serie de remedios, en los que se estructuran las diferentes acciones que el acreedor puede desarrollar frente al incumplimiento. Dentro de este esquema, el retraso se caracteriza como un incumplimiento más, y los distintos efectos del retraso sufren algunas alteraciones por mor del nuevo sistema.

**SEGUNDA.-** De entre todas las novedades traídas por las nuevas tendencias, quizá una de ellas es la que afecta a la figura de la mora del deudor. Para estudiar esta cuestión, resulta de vital importancia poner atención sobre las relaciones entre la mora del deudor y el retraso simple, con el fin de conocer si la mora del deudor es la única manifestación jurídicamente relevante del retraso o si, en cambio, del mero retraso pueden irrogarse consecuencias (en particular, indemnizatorias). Aunque la cuestión en nuestro ordenamiento no se configura de manera meridianamente clara, y la doctrina se encuentra francamente dividida, el examen de los preceptos capaces de dirimir la cuestión nos ha llevado a concluir que la única forma de retraso con consecuencias indemnizatorias es la mora del deudor; al menos, según el sistema del Código Civil.

**TERCERA.-** La configuración tradicionalmente aceptada en nuestro ordenamiento en materia de retraso y mora, relativa a la irrelevancia indemnizatoria del primero, se ve directamente cuestionada a propósito de la introducción de las nuevas tendencias. En éstas, no sólo se determina que el retraso es un incumplimiento (algo que, con matices, podría aceptarse también a propósito de nuestro Código Civil, aunque, como incumplimiento, el retraso simple no tuviera plenos efectos), sino que la mayor parte de los textos de modernización optan por eliminar la institución jurídica de la mora por completo.

Los efectos tradicionalmente asociados a la mora quedan encauzados a través de distintas fórmulas en los nuevos textos. En primer lugar, el efecto indemnizatorio se desprende del retraso simple, que ya no precisa de interpelación



en absoluto; tampoco en las obligaciones puras, para las que alguna doctrina modernizadora había señalado su posible necesidad. Y, en segundo término, el efecto de traspaso de riesgos deja de tener sentido a propósito del nuevo concepto objetivo de incumplimiento, que determina que el deudor pase a responder de su incumplimiento incluso en supuestos de caso fortuito, pudiendo únicamente tomar relevancia algunas causas de exoneración cuya influencia se extiende a algunos remedios, pero no al propio incumplimiento. Del mismo modo, otros efectos secundarios asociados a la mora pueden predicarse ahora del mero retraso.

**CUARTA.-** Esta nueva configuración del retraso responde directamente a una concepción mercantilizada de las relaciones obligatorias, en las que se busca una economía dinámica, rápida, en la que sea sencillo desligarse del contrato para poder contratar de nuevo en mejores condiciones. El modelo que se sigue es el instaurado en primer término por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (o CISG, por sus siglas en inglés), a su vez claramente influenciado por el Derecho anglosajón. Este modelo sería el que seguirían textos como los Principios Unidroit, los PECL, el DCFR, o la española PMCC.

Además del nuevo concepto neutro y objetivo de incumplimiento, y de la configuración del retraso como incumplimiento totalmente autosuficiente, cobra una gran importancia un modelo resolutorio extraído directamente de la doctrina alemana, que se sirve del mecanismo conocido como *nachfrist*, que permite, a través de la concesión de un plazo adicional para el cumplimiento tardío, resolver el contrato aun a falta de un incumplimiento esencial. Este modelo, además, se extiende también a través de las Directivas europeas en materia de consumo.

**QUINTA.-** No se puede considerar que, más que la mora, se haya eliminado la interpelación, de tal suerte que pudiera establecerse una suerte de mora automática general. Y ello, por varias razones.

En primer lugar, porque la mora no se nombra, lo cual es ya un signo, si bien el hecho de que sea el inglés la lengua elegida para la redacción de estos textos hace que este hecho no sea definitivo. Tampoco la nombran los textos en castellano, y no parece que la intención de los redactores de la PMCC—a pesar de las menciones a la mora que por su articulado se esparcen— fuera la de incluir una mora automática general.

En segundo lugar, la mora no se regula, y sus efectos típicos se regulan a través de otros cauces; en un modelo que se corresponde con la influencia anglosajona. Una configuración tan extremadamente novedosa y tan radicalmente

distinta de la habitual (teniendo en cuenta, especialmente, el vínculo entre la mora y la interpelación) no parece que pueda adecuarse a una nomenclatura que tiene la tradición que ha demostrado tener mora en su configuración actual. Además, el hecho de que la mora se mantenga en un buen número de sistemas, tanto antiguos como modernos, hace que se observe la necesidad de diferenciar entre las distintas formas de configurar el del retraso y, con ello, la de efectuar una clara distinción entre los conceptos “mora” y “retraso”.

**SEXTA.-** Aunque pareciera que la generalidad de los textos de modernización eliminan la mora, existen algunos, también encuadrables en este movimiento, que hacen todo lo contrario. En primer lugar, la mora se mantiene en el nuevo *Code Civil* francés. Se trata de un ordenamiento que tradicionalmente ha apostado por la mora interpelatoria de manera férrea, y que, con la nueva reforma, incluso amplifica su ámbito de aplicación. La mora no es necesaria ya sólo a propósito de sus efectos tradicionales, sino que, además, se coloca como requisito previo al acceso a la generalidad de los remedios frente al incumplimiento, las más de las veces, para ejercer de contrapeso ante la unilateralidad adquirida por algunos remedios, entre los que destaca el resolutorio. Con ello, parece que puede adivinarse una nueva función para la mora del deudor, que ahora se utiliza para dar un último plazo de cumplimiento previo a los remedios; si bien su regulación concreta no resulta totalmente clara. La reforma francesa termina por representar un sistema absolutamente *sui generis*, que ha querido adaptar parte de las nuevas tendencias a su tradición histórica y se ha quedado a medio camino; por ejemplo, y muy señaladamente, al introducir la resolución unilateral y requerir, a su vez, un incumplimiento esencial que puede ser discutido ante el juez. Con todo, la reforma francesa tiene dos valores destacados: por una parte, es Derecho vigente; por otra, reforma uno de los cuerpos legales más influyentes para nuestro Código Civil.

**SÉPTIMA.-** Otro texto reciente que destaca por mantener la mora es la PCC, en una configuración muy similar a la que actualmente se observa en nuestro Código Civil. Esta opción puede resultar más sorprendente si se observa que junto a ella se introduce, de manera muy fiel, la mayor parte de los dictados que corresponden al modelo modernizador; y, en particular, de la española PMCC. Por ello, se trata de un instrumento mucho más en línea con las nuevas tendencias y *europizado* que la reforma francesa, y, a la vez, el mantenimiento de la mora es más significativo. La regulación de los remedios frente al incumplimiento es prácticamente idéntica a la que se observa en otros textos; y quizá en este punto debe decirse que la recepción concreta de la mora no resulta enteramente positiva. Aunque resulta una apuesta loable, a la par que bien justificada por el texto, habría

sido precisa una mayor coordinación con otras partes del texto, y, en particular, con los remedios frente al incumplimiento. A su vez, se echa en falta algún posicionamiento en torno a algunas de las cuestiones típicamente irresueltas en torno a la mora. Con todo, estos aspectos no oscurecen lo que supone un valioso intento por mantener la mora en el sistema de incumplimiento modernizado.

**OCTAVA.-** El Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavía se caracteriza por regirse, también, según un concepto unitario, neutro y objetivo de incumplimiento, y por instrumentar sus consecuencias a través de remedios; pero su configuración exacta, en parte por motivos cronológicos, resulta extraña a las tendencias generales en la materia. Así, se introduce un buen número de previsiones o matizaciones que no se observan en otros textos; y, a su vez, se mantiene una mora del deudor que, aunque no hay duda de que sea tal, se encuentra regulada de manera ciertamente confusa. El texto destaca también por su detallada regulación del resarcimiento de los daños, entre los cuales distingue entre intereses moratorios y compensatorios. Y, aunque aporta algunas soluciones interesantes, su trascendencia actual es ciertamente limitada, entre otras cuestiones, precisamente porque supone una suerte de *vía alternativa* a la modernizadora general.

**NOVENA.-** También se dedica a regular el retraso en el cumplimiento, y, esta vez, de manera exclusiva, la normativa sobre morosidad en las operaciones comerciales, consistente en dos Directivas y la española Ley 3/2004. Aunque se trata de una norma eminentemente mercantil o comercial, se aplica también a algunas operaciones típicamente civiles (como la actividad de los profesionales liberales), y su influencia se extiende también al ámbito académico; al tiempo que sus previsiones sirven para alterar algunos principios y normas de importancia en materia de retraso para su ámbito de aplicación y, se ha dicho, incide en la unificación de la mora civil y la mercantil. La norma, que va dirigida a obligaciones pecuniarias, se apoya en la imposición de tipos de interés altos, la fijación de plazos de pago por defecto, y la protección superior de los intereses del acreedor; aunque no siempre consigue ser eficaz en relación con sus propios fines. Estudiados los plazos de pago que fija la norma, es posible concluir que nos encontramos ante una mora automática muy particular; tanto, que respecto a ella se ha podido examinar la posibilidad de que existan ciertos elementos que supondrían intimación, hasta, incluso, que el sistema que instaura pudiera ser de mero retraso relevante. Puesta en su contexto, la mora de la Ley sobre Morosidad es una mora automática que sólo en ciertos aspectos se asemeja al régimen del retraso típico de los textos de modernización.

**DÉCIMA.-** El CESL, por otra parte, es un texto relativamente reciente, pero cuya influencia también puede entenderse diluida en la actualidad. Junto a una sistemática novedosa, que pone atención sobre las diferentes posiciones de las partes en el contrato de compraventa, además de en el carácter de contratante profesional o consumidor (para el que dispensa un alto grado de protección), destaca por disponer un detallado régimen en materia de devengo de intereses, los cuales, por otra parte, quedan sujetos a posible causa de exoneración. El texto llega a disponer hasta tres regímenes diferentes para el devengo de intereses: el régimen general, sin interpelación; el régimen de consumo, para el que se prevé un plazo de suspensión del devengo de intereses al que se asocia, a nuestro modo de ver, una mora interpelatoria; y, en último lugar, el régimen para las operaciones profesionalizadas, que, a su vez, se subdivide en otros dos, en función de si se hubiera especificado o no una fecha para el cumplimiento. En el primer caso, los intereses se devengan automáticamente, mientras que, en el segundo, el régimen resulta reproducción, en lo básico, del que se recoge en la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Se trata, a la postre, de un texto quizá excesivamente enrevesado, especialmente si se tiene en cuenta que se proyectó para su uso, preferentemente, en operaciones de consumo.

**UNDÉCIMA.-** En último lugar, el Anteproyecto de Código Mercantil también ofrece una regulación *bicéfala* del retraso, y, en realidad, del propio incumplimiento. Lo segundo, porque, al igual que introduce palmarias novedades (así, el mecanismo del plazo esencial), en otros aspectos parece ir completamente en contra de las tendencias modernizadoras (por ejemplo, cuando requiere la culpabilidad para la indemnización por costes de cobro en las operaciones comerciales entre empresas). Y lo primero, porque decide integrar en su texto las soluciones de la Ley 3/2004, haciendo remisiones a la misma, y, a su vez, detalla un régimen propio para las obligaciones no sujetas a aquélla. El ACM sorprende al regular la mora interpelatoria de manera clara y expresa, y termina por incluir previsiones que son más estrictas para con los deudores que las de la propia Ley especial, que dan lugar a una dualidad de regímenes en las pecuniarias no muy bien recibida por la doctrina, y que dejan en el aire una cierta cantidad de cuestiones sin resolver.

**DUODÉCIMA.-** Examinado el tratamiento del retraso en los textos de modernización, puede apreciarse que en ellos se disponen una serie de mecanismos para dar eficacia al retraso. Es posible observar sistemas en los que rige el mero retraso relevante; otros de mora interpelatoria clásica; y otros de mora automática, con especialidades en algunos casos. Pero, además, encontramos la relevante figura del *nachfrist*, y lo que es más: la mora del deudor en su nueva

función como requisito de acceso a los remedios, según se ha visto a propósito del nuevo *Code* francés.

Examinados a fondo estos tres mecanismos, se puede concluir que la mora *préalable* francesa se encuentra, en realidad, mucho más cerca del *nachfrist* que de la mora; aunque la particular idiosincrasia del legislador francés explica que la haya sujetado a un régimen un tanto particular, en expresión de sus reticencias a los mecanismos ajenos a su tradición. En todo caso, se ha de distinguir claramente con respecto a la mora del deudor hasta ahora conocida. Y, por otra parte, es posible apreciar las diferencias entre el *nachfrist* y la mora, asociados por alguna doctrina, que, entre otras cuestiones, se ponen de manifiesto tanto a propósito de la función de una y otra figura, como en el hecho de que en más de un ordenamiento europeo (incluido el alemán, origen del *nachfrist*) una y otra figura se recojan separada e independientemente, en orden a distintos fines.

**DECIMOTERCERA.-** Si acudimos a nuestro ordenamiento, veremos que algunos de los mecanismos típicos de las nuevas tendencias han tenido gran predicamento; entre ellos, y en particular, el *nachfrist*, también denominado por nuestra doctrina como “mecanismo de notificación-resolución”. Además, este mecanismo forma ya parte de nuestro Derecho vigente a través del TRLGDCU, que lo dispone, aunque con mayores limitaciones de las que se observan en la generalidad de las Propuestas, para las operaciones de consumo; así como en el Libro Sexto del Código Civil Catalán. Los modelos de Derecho vigente con los que contamos, además de las Propuestas españolas, sitúan el foco sobre la utilidad del mecanismo pero, a la vez, también sobre los aspectos que deberían clarificarse para su más efectiva utilización. En particular, hemos puesto en duda que se trate de un mecanismo capaz de resolver toda indeterminación en materia de resolución, pues, aunque elimina el juicio sobre la esencialidad del incumplimiento, se mantiene la posibilidad para el deudor de discutir la razonabilidad del plazo concedido. Por otra parte, se ha dicho también que, si se pretendiera su aplicación generalizada, y aunque alguna doctrina ha apreciado que ésta podría darse ya sobre la base de algunos preceptos de nuestro Código Civil (en particular, el 1124.3 y el 1504), resultaría procedente una reforma.

**DECIMOCUARTA.-** Aunque la mora del deudor ha sido eliminada de los principales textos de modernización, otros -algunos, de particular trascendencia para nosotros- la mantienen. Y, de entre las razones que podría haber para mantenerla, se presenta como muy preponderante su utilidad en el ámbito de las relaciones entre particulares, en las que no deberían aplicarse normas y reglas pensadas, en principio, para la contratación profesionalizada. Eso es precisamente

lo que ocurre a propósito de la unificación de regímenes de contratación, y lo que se aprecia, en mayor o menor grado, en los textos de modernización. Sin embargo, ni se puede exigir a los particulares la misma puntualidad que a los contratantes profesionales, ni tampoco parece que los perjuicios derivados del retraso sean los mismos. Por ello, se entiende que la mora interpelatoria habría de mantenerse en el sistema, y que además su incidencia práctica no resultaría marginal, entendiendo que sería aplicable en las obligaciones sinalagmáticas y en las operaciones de consumo.

**DECIMOQUINTA.-** Para el mantenimiento de la mora en el sistema, sería necesaria su coordinación con los remedios frente al incumplimiento en el sentido señalado a propósito de la PCC, así como el mecanismo híbrido *nachfrist*-mora que se ha propuesto en este trabajo, y que, en realidad, podría considerarse ya aplicable al Derecho vigente a propósito de la previsión del artículo 66 bis.2 TRLGDCU. Al mismo tiempo, tanto para poder integrar la mora en el sistema de incumplimiento objetivo propio de las nuevas tendencias, como para el funcionamiento de la herramienta *nachfrist*-mora presentada, resulta preciso entender que la culpabilidad en el retraso deja de ser un requisito de la mora, y ya no es necesario establecer posibles presunciones que ayuden al acreedor a tener al deudor por responsable. De igual modo, la función de la interpelación debe desvincularse de cualquier consideración de culpabilidad. En el nuevo sistema, la mora puede ser entendida como una institución objetivada, sin perjuicio de que su efecto indemnizatorio, de manera autónoma, pueda verse sujeto a una serie de causas de exoneración. A su vez, esto permite alinear este efecto de la mora con la previsión, habitual en los textos de modernización, en torno a la inexcusabilidad del devengo de intereses.

**DECIMOSEXTA.-** Aunque se ha dicho que un buen número de textos de modernización prescinden de la mora, se ha demostrado que ni ésta es incompatible con las nuevas tendencias, ni deviene tampoco inútil o ineficaz en virtud de éstas. Por tanto, aunque pudiera pensarse que la institución tiene poco recorrido en el marco de la modernización del Derecho de obligaciones, no ha de olvidarse que aproximadamente la mitad de los textos estudiados la mantienen; además, se observa también en un buen número de ordenamientos europeos (algunos, reformados recientemente). A la postre, aunque su futuro es incierto, no parece claro que vaya a producirse ninguna reforma inminente para erradicarla del sistema. Y, en caso de que, en efecto, alguna reforma termine por producirse, quizá puedan encontrarse razones de peso y precedentes inmediatos (así, la PCC o la reforma francesa) para mantenerla.

**DECIMOSÉPTIMA.-** Parece probable pensar que, bien a través de una reforma, bien a través de la consolidación de una línea jurisprudencial al respecto, el modelo resolutorio unilateral basado en la concesión de plazo adicional terminará por implementarse en nuestro ordenamiento. Cuestión distinta es que se escoja configurarlo como modelo resolutorio primordial, otorgándole una marcada preponderancia sobre la resolución basada en el incumplimiento esencial, o que ambos modelos puedan combinarse. Aunque se han destacado algunos posibles inconvenientes del modelo basado en el incumplimiento esencial, parece que, a la postre, todo sistema resolutorio habrá de contemplar este concepto, en mayor o menor grado, y que, a la postre, esto no necesariamente ha de ser algo pernicioso. Por otra parte, no existen señales suficientes para aventurarnos a afirmar si la resolución judicial se mantendría o no en el sistema.

**DECIMOOCTAVA.-** Los textos de modernización también se han ocupado de regular la cláusula penal, mecanismo que adquiere relevancia en algunos supuestos de retraso, a propósito del pacto expreso de las partes al respecto. En relación con este mecanismo, parece que las Propuestas de modernización españolas no se alejan excesivamente de su regulación actual, si bien no siempre sean lo claras que habría resultado deseable. En particular, la PMCC dispone un sistema más complejo de desentrañar, con algunas llamadas a la culpabilidad que mal se avienen con los principios propios de las nuevas tendencias. Llama también la atención el cambio de criterio en materia de moderación de la cláusula penal en ambas Propuestas, que se acercan en este punto a los textos internacionales y se alejan del Código Civil, disponiendo la posibilidad de moderación judicial única y exclusivamente en los casos en los que la pena resulte manifiestamente desproporcionada.

**DECIMONOVENA.-** Diferenciando los diferentes ámbitos de la contratación en función del carácter profesional o no de los sujetos que intervienen, es posible distinguir tres grandes sectores de la contratación a los que se aplicarían distintos regímenes de retraso: la contratación entre particulares, la contratación con consumidores, y la contratación entre profesionales.

A la **contratación no profesionalizada**, según su configuración actual, se aplica la mora interpelatoria del art. 1100 CC; la cual requiere, en principio, de presupuestos como la culpabilidad en el retraso. A ello se añade, en el ámbito de la compraventa, la regulación del mecanismo de plazo adicional en el CCCat. De aprobarse alguno de los textos de modernización, el régimen al que este sector se vería sujeto dependería con mucho de la configuración concreta del texto, pareciendo seguro que el *nachfrist* se implantaría de manera generalizada. Se

propone, para una posible reforma, el mantenimiento de la mora con interpelación y su instrumentación coordinada con el mecanismo *nachfrist* y con los remedios frente al incumplimiento, en una concepción objetiva de la mora.

En la **contratación con consumidores**, se sigue aplicando la mora civil del art. 1100 CC, y el *nachfrist* se reconoce aplicable para los supuestos de resolución por retraso del empresario. Atendiendo a los textos de modernización, parece que se aplicaría el régimen general de retraso previsto por cada uno de ellos, por lo que su configuración exacta dependería, de nuevo, de la opción concreta ejercitada. Se propone el mantenimiento de la mora civil, así como del mecanismo *nachfrist*; quizá, con algunas limitaciones o cautelas especiales.

Y, por último, en la **contratación entre profesionales** se observa un complejo mosaico normativo. En general, se mantiene una mora interpelatoria en función del artículo 63 CCom, a la que se añade el particular régimen de mora automática de la LLCM, y un régimen de mero retraso relevante con *nachfrist* a los supuestos a los que se aplica la CISG. De reformarse este sector de la contratación, no queda muy claro si se seguirían las tendencias que propugnan el mero retraso relevante o, más bien, las que se aprecian en el ACM, que apuestan por el mantenimiento de la mora para las obligaciones puras, al margen del régimen de la LLCM y otras posibles normas (como la LOCM). Puede proponerse, en este ámbito, un mero retraso relevante, sin perjuicio de la posible utilidad de la mora interpelatoria para las obligaciones no pecuniarias, supuesto en el cual el mecanismo híbrido *nachfrist*-mora resultaría igualmente aplicable.



## Bibliografía

- AA. VV. (Junta de la Directiva de la Asociación de Profesores de Derecho Civil): “Una Propuesta de Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 69, fasc. IV, 2016, pp. 1426-1437.
- Adar, Y./Sirena, P.: “Principles and rules in the Emerging European Contract Law: From the PECL to the CESL, and Beyond”, *European Review of Contract Law*, nº 9 (1), 2013, pp. 1-37.
- Ajani, G./Rossi, P.: “Multilingualism and the Coherence of European Private Law”, en *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Pozzo, B., Jacometti, V. (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, pp. 79-91.
- Albaladejo, M.: “Comentario al artículo 1100 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo, M. (dir.), tomo XV, vol. 1 (Artículos 1.088 al 1.124 del Código Civil), Edersa, Madrid, 1989, pp. 353-374.
- Albaladejo, M.: “De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Consejo General del Notariado (ed.), vol. 1, 1988, Madrid, pp. 29-52.
- Albaladejo, M.: “La mora en las obligaciones recíprocas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 4, 1968, pp. 9-31.
- Albaladejo, M.: *Derecho de obligaciones*, 14ª edición, Edisofer, Madrid, 2011.
- Albaladejo, M.: Mora en las obligaciones recíprocas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de marzo de 1999, *Revista de Derecho Privado*, nº 84, 2000, pp. 611-630.
- Albiez Dohrmann, K. J.: “La integración del derecho de consumo contractual en el Código Civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo

más?”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Cabanillas Sánchez, A. (coord.), vol. I, Civitas, Madrid, 2002b, pp. 137-152.

- Albiez Dohrmann, K. J.: “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, n.º 3, 2002a, pp. 1133-1227.
- Alfaro Águila-Real, J.: “Contra la promulgación del anteproyecto del Código Mercantil”, en *Codificaciones del derecho privado en el s. XXI*, Cazorla González-Serrano, M., Roca i Trias, E. (dir.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 19-26.
- Alfaro Águila-Real, J.: “La nueva regulación del crédito comercial”, *InDret*, n.º 3, 2005, pp. 1-26.
- Alonso Ledesma, C.: “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 299-313.
- Alonso Pérez, M. T.: “Remedios”, en *Anotaciones Españolas al Proyecto de Pavía*, García Cantero, G. (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 796-862.
- Alonso Saura, M. P.: *El tiempo en la entrega de la vivienda objeto de compraventa en proyecto o en construcción en situaciones de crisis económica*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2011.
- Alpa, G.: “Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti”, en *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Valentino, D. (coord.), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 1-26.
- Álvarez Lata, N.: “The Impact of the Terminology of the European Directives on Consumer Rights on the Spanish Law: The Construction of a New Legal Language”, *European Review of Private Law*, n.º 5&6, 2012, pp. 1305-1324.
- Álvarez Moreno, M. T.: “Resolución del vendedor de cosa mueble por mora o impago del comprador”, *Tratado de la Compraventa*, Carrasco

Perera, A. (dir.), tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1643-1652.

- Álvarez Vigaray, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 1986.
- Álvarez Vigaray, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 4ª ed., 2009.
- Andreu Martínez, B.: *El acreedor a término*, Comares, Granada, 2003.
- Arana de la Fuente, I.: “Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, n.º 4, 2010.
- Arroyo i Amayuelas, E.: “Los principios del Derecho contractual comunitario”, *Anuario de Derecho Civil*, 2008, vol. 61, n.º 1, pp. 211-239.
- Arroyo i Amayuelas, E.: “¿Es el CESL legislación inteligente?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 11, 2014, pp. 201-228.
- Arroyo i Amayuelas, E.: “La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia”, *InDret*, n.º 3, 2016.
- Arroyo i Amayuelas, E.: “A Spanish Perspective on the General Theory of Contract”, en *The Code Napoleon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Cartwright, J., Whittaker, S. (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 361-385.
- Arroyo i Amayuelas, E.: *La resolución del contrato de compraventa mediante notificación. Presupuestos y límites*, Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo, Universidad de Barcelona, Working Paper n.º 2, 2018, pp. 1-24.
- Arroyo i Amayuelas, E.: “El derecho del acreedor a resolver el contrato: entre la esencialidad del incumplimiento y el plazo adicional razonable”, en *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ataz López, J., García Pérez, C. L. (coord.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 191-222.
- Arruñada, B.: “La Ley contra la morosidad comercial”, *InDret*, n.º 3,

- Asociación de Profesores de Derecho Civil (coord.): *Propuesta de Código Civil: Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Ataz López, J.: “Artículo 1452”, en *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), tomo VII (Arts. 1265 a 1484), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013a, pp. 10.235-10.249.
- Ataz López, J.: “Artículo 1501”, en *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013b, pp. 10.625-10.630.
- Ataz López, J.: “Artículo 1504”, en *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Tomo VIII (Arts. 1485 a 1759), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013c, pp. 10646-10656.
- Augenhöfer, S.: “A European Civil Code – for Whom and What Should it Include? Reflections on the Scope of Application of a Future European Legal Instrument”, *European Review of Contract Law*, n.º 2, 2011, pp. 195-218.
- Azparren Lucas, A.: “Indemnización de daños. Comentario al artículo 128 TRLGDCU”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Constitución y Leyes, Colex, Madrid, 2011a, pp. 1158-1169.
- Azparren Lucas, A.: “Principio general. Comentario al artículo 134 TRLGDCU”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Constitución y Leyes, Colex, Madrid, 2011b, pp. 1184-1185.
- Badosa Coll, F.: “Comentarios a los arts. 1100-1101 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo y Ponce de León, L., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Salvador Coderch, P. (dir.), tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 32-36.
- Baraona González, J.: *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Dykinson, Madrid, 1998.
- Beale, H.: “The future of European contract law in the light of the European Commission’s proposals for Directives on digital content and

online sales”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 23, 2016, pp. 3-20.

- Beltrán de Heredia y Castaño, J.: *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- Beltrán de Heredia y Onís, P.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, 1990.
- Bénabent, A.: “La résolution du contrat après la réforme”, en *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Valentino, D. (coord.), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018b, pp. 195-200.
- Bénabent, A.: *Droit des obligations*, 17ª edición, LGDJ, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2018a.
- Benatti, F.: *La costituzione del debitore in mora*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1968.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: “Algunas dudas sobre la regulación de los contratos en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1239-1246.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: “Codificación civil y codificación mercantil: La reforma del Derecho de obligaciones”, en *Centenario del Código Civil (1889-1999)*, tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 287-324.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: “La reforma francesa del derecho de obligaciones y contratos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 3, 2016, pp. 23-26.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: “Morosos”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, n.º 3, 2004, pp. 2280-2281.
- Bianca, C. M.: *Dell’inadempimento delle obbligazioni (Art. 1218-1229)*, 2ª edición, Nicola Zanichelli Editore, Bologna/Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1979.
- Blandino Garrido, M. A.: “El incumplimiento del contrato”, en *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de*

*contratos*, Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E., Sánchez González, M. P. (ed.), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 327-354.

- Bonet Correa, J.: “La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, n.º 2-3, 1979, pp. 371-394.
- Bosch Capdevila, E.: “Introducción”, en *Derecho contractual europeo, problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch Capdevila, E. (dir.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (coord.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 23-29.
- Bosch Capdevila, R.: “Introducción”, en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Bosch Capdevila, E. (dir.), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 25-29.
- Breccia, U.: *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1991.
- Bros, S.: “La place de l’unilatéralisme: progres ou danger?”, *Revue des Contrats*, n.º 4, 2012, pp. 1452-1458.
- Caballero Lozano, J. M.: “Mora del deudor y mora del acreedor”, en *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Vattier Fuenzalida, C., De la Cuesta Sáenz, J. M., Caballero Lozano, J. M. (coord.), Dykinson-Universidad de Burgos, Madrid, 2003, pp. 393-416.
- Caballero Lozano, J. M.: *La mora del acreedor*, Bosch, Barcelona,
- Cabanillas Sánchez, A.: “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 60, n.º 2, 2007, pp. 621-848.
- Cabanillas Sánchez, A.: “La mora del acreedor”, *Anuario de Derecho Civil*, 1987, Fascículo 4, pp. 1341-1422.
- Cabrillac, R.: “El nuevo derecho francés de los contratos”, *THĒMIS-Revista De Derecho*, n.º 70, 2016, pp. 59-66.
- Caffarena Laporta, J.: “Genus nunquam perit”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, n.º 2, 1982, pp. 291-356.

- Cámara Lapuente, S.: “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho Privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 84-117.
- Cámara Lapuente, S.: “La codificación del Derecho de consumo: ¿refundación o refundición?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 22, n.º 1, enero-marzo 2005, pp. 105-151.
- Cano Martínez de Velasco, J. I.: *La mora*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- Cardenal Fernández, J.: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, Madrid, 1979.
- Carrasco Perera, A.: “Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU: entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 9, 2014, pp. 33-48.
- Carrasco Perera, A.: “Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (art. 66 bis TRLGDCU)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 14, 2015, pp. 165-179.
- Carrasco Perera, A.: “Condición resolutoria y término esencial en la resolución por incumplimiento: una historia mal contada en homenaje al oportunismo de compradores de vivienda”, *CESCO: Publicaciones Jurídicas*, 2016, pp. 1-6.
- Carrasco Perera, A.: *Derecho de Contratos*, 2ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- Cartwright, J./Fauvarque-Cosson, B./Whittaker, S.: “Appendix: The law of contract, the general regime of obligations, and proof of obligations. The new provisions of the *Code civil* created by *Ordonnance* n° 2016-131 of 10 February 2016 translated into English” en *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, Cartwright, J., Whittaker, S. (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 409-488.
- Cartwright, J.: “Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats”, *Revue des Contrats*, n° 3, 2015, pp. 691-699.

- Casanova Asencio, A. S.: “Retraso y mora del deudor en la Propuesta de Código Civil de la APDC”, en *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ataz López, J., García Pérez, C. L. (coord.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 259-287.
- Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español común y foral*, Tomo III (Derecho de Obligaciones: La Obligación y el contrato en general), 7ª edición, Editorial Reus, 1951.
- Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español común y foral*, Tomo III (Derecho de Obligaciones: La Obligación y el contrato en general), 15ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1988.
- Castilla Barea, M.: “La limitación imperativa de los plazos de pago en la Ley Antimorosidad tras la nueva reforma de 2013”, en *Tratado de la Compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Carrasco Perera, A. (dir.), tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 951-962.
- Catala, P. (coord.): *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 2005.
- Catala, P.: “Présentation générale de l’avant-projet”, en *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 2005, pp. 2-7.
- Cavanillas Múgica, S.: “Los riesgos en la compraventa: «periculum est emptoris, genus nunquam perit y sinalagma» contractual”, en *Tratado de la Compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Carrasco Perera (dir.), tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1687-1698.
- Clemente Meoro, M. E.: “El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles”, en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, González Pacanowska, I., García Pérez, C. L. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 319-338.



- Clemente Meoro, M. E.: “La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 65, n.º 2131, 2011.
- Clemente Meoro, M. E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Comisión General de Codificación: *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Boletín de información, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, 2009.
- Corbal Fernández, J.: “Las deudas pecuniarias: los intereses moratorios”, en *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a Derecho de obligaciones)*, Consejo General del Poder Judicial, n.º 8, 1996, pp. 359-618.
- Cristóbal Montes, A.: *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1984.
- Cristóbal Montes, “La mora del deudor en la resolución contractual por incumplimiento”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 64, 1985a, pp. 91-128
- Cristóbal Montes, A.: “La mora del deudor en las obligaciones recíprocas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XC, n.º 4, 1985b, pp. 543-600.
- De Amunátegui Rodríguez, C.: *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1993.
- De Buen, D: *Derecho civil español común (obra ajustada al cuestionario para el 2º ejercicio de oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal de 5 de enero de 1922)*, Reus, Madrid, 1922.
- De Castro Vítores, G.: “La cláusula penal. Utilización y acumulación de los remedios. Tutela preventiva y sumaria. Referencia al arbitraje”, en *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Vattier Fuenzalida, C., De la Cuesta Sáenz, J. M., Caballero Lozano, J. M. (coord.), Dykinson-Universidad de Burgos, Madrid, 2003, pp. 619-648.

- De Coninck, B.: “La mise en demeure. Rapport belge”, en *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles: Etudes de droit comparé*, Fontaine, M., Viney, G. (dir.), Bruylant, Bruselas/L.G.D.J, París, 2001, pp. 135-166.
- De Cores Helguera, C.: “Presentación del Libro I”, en *Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía. De los contratos en general. De la compraventa*, Gandolfi, G., De Cores Helguera, C. (coord.), De los Mozos, J. L., Rogel, C. (trad.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Bogotá/México, D. F./Madrid/Buenos Aires, 2009, pp. 13-31.
- De Cupis, A.: *El daño* (Traducción de la 2ª edición italiana de 1970 y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión), Bosch, Barcelona, 1975.
- De la Cuesta Rute, J. M.: “El Código Mercantil y el principio de unidad de Mercado”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 47-64.
- De los Mozos, J. L.: “El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía”, *Diario La Ley*, n.º 5629, 2002.
- Delgado Echeverría, J.: “Planteamiento general. Cumplimiento forzoso y por equivalente”, en *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones, vol. I, Parte General. Delito y Cuasidelito*, Lacruz Berdejo, J. L, Sancho Rebullida, F. A. Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., 2ª edición, Librería Bosch, Madrid, 1985a, pp. 223-227.
- Delgado Echeverría, J.: “La culpa contractual”, en *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones, vol. I, Parte General. Delito y Cuasidelito*, Lacruz Berdejo, J. L, Sancho Rebullida, F. A. Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., 2ª edición, Librería Bosch, Madrid, 1985b, pp. 227-240.
- Delgado Echeverría, J.: “La mora del deudor”, en *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones, vol. I, Parte General. Delito y Cuasidelito*, Lacruz Berdejo, J. L, Sancho Rebullida, F. A. Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., 2ª edición, Librería Bosch, Madrid, 1985c, pp. 245-252.

- Dell’Aquila, E.: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981.
- Dellacasa, M.: “La nuova *résolution du contrat pour inexécution*: come aggiornare la tradizione”, en *La reforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, Valentino, D. (coord.), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 201-234.
- Deshayes, O./Genicon, T./Laithier, Y. M.: “La Cause a-t-elle réellement disparu du Droit français des Contrats?”, *European Review of Contract Law*, n.º 13 (4), 2017, pp. 418-430.
- Deshayes, O./Genicon, T./Laithier, Y. M.: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: Commentaire article par article*, 2ª edición, LexisNexis, Paris, 2018.
- Deshayes, O.: “La mise en demeure préalable aux sanctions de l’inexécution contractuelle: état des lieux critique après la réforme de 2016”, *Revue des Contrats*, n.º 1, 2019, pp. 29-37.
- Di Majo, A.: *Dell’adempimento in generale. Art. 1177-1200*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Galgano, F. (ed.), tomo IV (Delle Obbligazioni), Zanichelli Editore-Bologna, Soc. Ed. del Foro Italiano-Roma, 1994.
- Díaz Alabart, S.: “Inmoderabilidad ex art. 1154 CC de la cláusula penal punitiva cuando el incumplimiento previsto es el que se ha producido. ¿Abre el TS un camino para moderar las penas desproporcionadas con respecto a los daños producidos? Comentario a la STS, de 24 de febrero 2017 (RJ 2017, 821)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 104, 2017, pp. 461-474.
- Díaz Alabart, S.: “La facultad de moderación del artículo 1103”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 41, n.º 4, 1988, pp. 1133-1224.
- Díaz Romero, G.: “La condición resolutoria expresa y el Registro de la Propiedad”, en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, González Pacanowska, I., García Pérez, C. L. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 119-140.

- Díez-Picazo Giménez, G.: “Inicio del cómputo de devengo de los intereses moratorios: Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2009”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Yzquierdo Tolsada, M. (coord.), vol. 3, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 307-350.
- Díez-Picazo Giménez, G.: “La Directiva 20/35/CE, sobre la *mora debendi* en las obligaciones comerciales: un eficaz intento para luchar contra la morosidad”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Cabanillas Sánchez, A. (coord.), vol. 2, Thomson-Civitas, Madrid, 2002, pp. 1731-1748.
- Díez-Picazo Giménez, G.: *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L./Roca Trías, E./Morales Moreno, A. M.: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: “Artículo 63”, en *La Compraventa Internacional de Mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1998, pp. 498-502.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: “El retardo, la mora, y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 22, n.º 2, 1969, pp. 383-404.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: “La propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 65, n.º 2130, 2011.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: “Reforma de los Códigos y Derecho Europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, n.º 4, 2003, pp. 1565-1574.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II (Las relaciones obligatorias), 6ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

- Domat, J.: *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, en *Oeuvres Complètes de J. Domat* (anotadas por J. Remy), tomo II, Firmin Didot-Charles Béchet, Paris, 1829.
- Domat, J.: *Las leyes civiles en su estado natural*, 2ª ed., tomo I, Barcelona, 1844.
- Durán Rivacoba, R.: “Apunte sobre la propuesta de reforma del derecho de obligaciones y contratos”, en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Sánchez González, J. C.; Gardeazábal del Río, F. J.; Garrido Chamorro, P. (coord.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 219-253.
- Ebers, M.: “La nueva regulación contractual del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, n.º 4, 2003, pp. 1576-1608.
- Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho Civil Español, vol. 3, Obligaciones y contratos*, 4ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho Civil español, vol. 3, Obligaciones y contratos*, 6ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983.
- Esteban de la Rosa, F./Olariu, O.: “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos sistemas para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *InDret*, n.º 1, 2013.
- Estupiñán Cáceres, R.: “El consumidor frente a la cláusula abusiva de intereses moratorios”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: Ponencias y Comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Miranda Serrano, L. (dir.), Iustel, Madrid, 2015, pp. 469-484.
- Estupiñán Cáceres, R.: “El proyecto de ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: aspectos básicos”, *La Ley*, n.º 1, 2004, pp. 1769-1774.

- European Union: “*Joint Practical Guide of the European Council and the Commission, for Persons Involved in the Drafting of Legislation within the Community Institution*”. Online: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3879747d-7a3c-411b-a3a0-55c14e2ba732>
- Fauvarque-Cosson, B./Gest, J./Ancel, F.: “The Process of Elaboration of the Law of Contract”, en *The Code Napoleón Rewritten, French Contract Law after the 2016 Reforms*, Cartwright, J.,Whittaker, S. (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 17-26.
- Fauvarque-Cosson, B.: “The French Contract Law Reform and the Political Process”, *European Review of Contract Law*, n.º 13 (4), 2017, pp. 337-354.
- Feliu Rey, J.: “De las ventas con precio aplazado en el anteproyecto de ley de Código Mercantil”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1350-1372.
- Fenoy Picón, N.: “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, n.º 1, 2009, pp. 157-280.
- Fenoy Picón, N.: “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, n.º 1, 2010, pp. 47-136.
- Fenoy Picón, N.: “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, n.º 4, 2011, pp. 1418-1685.
- Fenoy Picón, N.: “La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley de Libro Sexto del Código civil de Cataluña”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 68, n.º 3, 2015, pp. 801-1082.

- Fernández Campos, J. A.: “Artículo 1501. Intereses debidos por el comprador” en *Código Civil Comentado*, Valpuesta Fernández, R., Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J. (dir.), vol. IV, libro IV (Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final)), 2ª edición, Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 236-241.
- Fernández Costales, J.: “Producción de intereses moratorios a cargo del comprador”, en *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Carrasco Perera, A. (dir.), vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1603-1610.
- Fernández González-Regueral, M. A.: *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, La Ley, Madrid, 1998.
- Fernández Masiá, E.: “Optando por la normativa común de compraventa europea”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 23, 2012, pp. 1-21.
- Fernández Urzainqui, F. J.: “El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales”, *Aranzadi Civil*, tomo I, vol. 1, 1997, pp. 52-85.
- Fernández Urzainqui, F. J.: “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, *Cuadernos de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: Derecho de obligaciones)*, n.º 8, 1996, pp. 167-250.
- Ferreri, S.: “Communicating in an International Context”, en *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Pozzo, B., Jacometti, V. (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, pp. 33-44.
- Fontaine, M.: “Rapport de synthèse”, en *Sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Fontaine, M., Viney, G. (dir.), Bruylant-Bruxelles/L.G.D.J.-Paris, 2001, pp. 1019-1098.
- Gandolfi, G.: “Il progetto “pavese” di un codice europeo dei contratti”, *Rivista di Diritto Civile*, vol. 47, n.º 4, 2001, pp. 455-473.
- Gandolfi, G. (coord.): *Code Européen des Contrats. Avant-projet*, edición revisada y corregida por Gatt, L., Giuffrè, Milán, 2004.

- Gandolfi, G.: “Rapport du coordinateur”, en *Code Européen des Contrats. Avant-projet*, Gandolfi, G. (coord.), edición revisada y corregida por Gatt, L., Giuffrè, Milán, 2004.
- Gandolfi, G., De Cores Helguera, C. (coord.): *Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía. De los contratos en general. De la compraventa*, De los Mozos, J. L., Rogel, C. (trad.), Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Bogotá/México, D. F./Madrid/Buenos Aires, 2009.
- García Cantero: “Derechos básicos de los consumidores y usuarios. Comentario al artículo 8 TRLGDCU”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Cámara Lapuente, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 203-211.
- García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.
- García Pastor, M.: “La mora en las obligaciones recíprocas: Una nueva propuesta”, *Revista de Derecho Privado*, año n.º 83, 1999, pp. 579-595.
- García Pérez, R. M.: “Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho privado europeo”, en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Albiez Dohrmann, K. J., Palazón Garrido, M. L., Méndez Serrano, M. M. (coord.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 330-368.
- García Rubio, M. P.: “Una propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado”, *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, n.º 1, 2013, pp. 109-118.
- García Rubio, M. P.: “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, n.º 1, 2014, pp. 7-27.
- García Rubio, M. P.: “La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 69, n.º 2178, 2015.
- Gémar, J. C.: “What Legal Translation is and is not – Within or Outside the EU”, en *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*,



Pozzo, B., Jacometti, V. (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, pp. 69-78.

- Genicon, T.: *La résolution du contrat pour inexécution*, L.G.D.J., Paris, 2007.
- Genicon, T.: “Point d’étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier”, *Revue des Contrats*, n.º 1, 2010, pp. 44-51.
- Gete-Alonso Calera, M. C.: “Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, n.º 4, 2014, pp. 27-65.
- Gil Rodríguez, J.: “Cuándo es la demora en el pago un incumplimiento resolutorio”, en *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Carrasco Perera, A. (dir.), vol. 2, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1623-1634.
- Giorgianni, M.: *L’inadempimento: corso di Diritto Civile*, 3ª edición, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975.
- Gómez Calle, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador de Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, n.º 1, 2012, pp. 31-102.
- Gómez Ligüerre, C.: “El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales”, *InDret*, n.º 4, 2011.
- Gómez Pomar, F.: “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret*, n.º 3, 2007.
- Gómez Pomar, F./Ganuza, J. J.: “The role of choice in the legal regulation of consumer markets: a Law and Economics analysis”, *InDret*, n.º 1, 2014.
- Gómez Pomar, F./Gili-Saldaña, M.: “Termination as a Remedy in the Common European Sales Law: A Law and Economics Approach”, *European Review of Contract Law*, n.º 10 (3), 2014, pp. 331-364.
- González Carrasco, C.: “Plazo adicional e incumplimiento definitivo: un atisbo de modernización del Derecho de obligaciones en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores”, en *Tratado de la*

*compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Carrasco Perera, A. (dir.), vol. 2, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1275-1284.

- González Carrasco, C.: “La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual”, en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, González Pacanowska, I., García Pérez, C. L. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 291-318.
- González Pacanowska, I.: “Artículo 1124” en *Comentarios al Código Civil: Tomo VI (Arts. 1043-1264)*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8.213-8.262.
- Gramunt Fombuena, M. D.: *La mora del deudor en el Código Civil*, Editor J. M. Bosch, Barcelona, 1993.
- Gregoraci Fernández, B.: “Cláusula resolutoria y control del incumplimiento”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2015.
- Gregoraci Fernández, B.: “Resolución por retraso. A propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 [348/2016] (Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 69, n.º 3, 2016, pp. 1097-1133.
- Grundmann, S.: “Germany and the Schuldrechtsmodernisierung 2002”, *European Review of Contract Law*, n.º 1, 2005, pp. 129-148.
- Grundmann, S.: “Regulating breach of contract – the right to reject performance by the party in breach”, en *Remedies in Contract: The Common Rules for a European Law*, Vettori, G. (coord.), Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Italia, 2008, pp. 77-106.
- Grundmann, S./Schäfer, M. S.: “The French and the German Reforms of Contract Law”, *European Review of Contract Law*, n.º 13 (4), 2017, pp. 459-490.
- Grupo ACTUALIZA (Grupo para la Reforma y Actualización del Derecho Privado en España): “Alegaciones a la propuesta de Código mercantil hechas por el Grupo Actualiza”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, n.º 1, 2014, pp. 219-225.

- Gutiérrez Fernández, B.: *Tratado de las Obligaciones*, 2ª edición, Tomo IV, Madrid, 1871.
- Helleringer, G.: “The Anatomy of the New French Law of Contract”, *European Review of Contract Law*, n.º 13 (4), 2017, pp. 355-375.
- Hernández Gil, F.: “La intimación del acreedor en la mora “ex persona””, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 15, n.º 2, 1962, pp. 331-364.
- Hesselink, M. W.: “The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission”, *Global Jurist Frontiers*, vol. 1, n.º 1, 2001, pp. 1-68.
- Hesselink, M.: “The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law”, *Tulane Law Review*, n.º 83, 2009, pp. 919-971.
- International Institute for the Unification of Private Law: *Principles of International Commercial Contracts*, Garro, A. A. M. (dir. versión española), Roma, 2004.
- International Institute for the Unification of Private Law: *Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 2016.
- Jerez Delgado, C. (ed.): *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., Beale, H., Herre, J., Huet, J., Storme, M., Swann, S., Varul, P., Veneziano, A., Zoll, F. (ed.), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- Jerez Delgado, C./Pérez García, M. J.: “La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 19, 2009-I, pp. 155-179.
- Jiménez Muñoz, F. J.: “El régimen del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (en especial, de los intereses) en los proyectos sobre un Derecho Civil Europeo armonizado”, en *Derecho Contractual Europeo: Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch Capdevila, E. (dir.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (coord.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 419-434.

- Jiménez Muñoz, F. J.: “La resarcibilidad del “mayor daño” sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, n.º 2, 2010, pp. 753-806.
- Jordano Barea, J. B.: “Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita”, *Anuario de Derecho Civil*, 1951, pp. 301-310.
- Jordano Fraga, F.: *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid 1987.
- Julienne, M.: *Le régime général des obligations après la réforme*, L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux, 2017.
- Kleinschmidt, J.: “Art. 9:301: Right to Terminate the Contract”, en *Commentaries On European Contract Laws*, Jansen, N., Zimmermann, R. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1292-1327.
- Kleinschmidt, J./Grob, D.: “La réforme du droit des contrats: perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge”, *Revue des Contrats*, n.º 3, 2015, pp. 674-690.
- Lacruz Berdejo, J. L./Sancho Rebullida, F. de A./Luna Serrano, A./Delgado Echeverría, J./Rivero Hernández, F./Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones, vol. I: Parte General. Teoría General del Contrato*, 5ª edición, Dykinson, Barcelona, 2011.
- Lando, O.: “Non-Performance (Breach) of Contracts”, en *Towards a European Civil Code*, Hartkamp, A.; Hesselink, M.; Hondius, E.; Joustra, C.; Du Perron, E.; Veldman, M. (ed.), 3ª edición, Ars Aequi Libri-Kluwer Law International, Nijmegen, 2004, pp. 505-515.
- Lando, O.: “Culture and contract laws”, *European Review of Contract Law*, n.º 1, 2007, pp. 1-20.
- Lando, O.: “Comments and Questions relating to the European Commission’s Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”, *European Review of Private Law*, n.º 6, 2011, pp. 717-728.
- Lando, O./Beale, H. (ed.): *Principles of European Contract Law (prepared by The Commission of European Contract Law)*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

- Lasarte Álvarez, C.: “La deuda de intereses”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 35, 1996, pp. 115-144.
- Lehmann, M.: “Damages and Interest”, en *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Plaza Penadés, J., Martínez Velencoso, L. M. (ed.), Springer, Cham-Switzerland, 2015, pp. 246-261.
- Libchaber, R.: “Demeure et mise en demeure en droit français. Rapport français”, en *Sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Fontaine, M., Viney, G. (dir.), Bruylant-Bruxelles/L.G.D.J.-Paris, 2001, pp. 113-134.
- Lobato Gómez, J. M.: “El incumplimiento del contrato”, en *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Vattier Fuenzalida. C., De la Cuesta Sáenz, J. M., Caballero Lozano, J. M. (coord.), Tomo 2, Dykinson-Universidad de Burgos, Madrid, 2003, pp. 371-392.
- López de Argumedo Piñeiro, A.: “El retraso como causa de resolución de los contratos: hacia una nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo (Comentario a la STS de 25 de mayo de 2016)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 49, 2018, pp. 150-157.
- López López, “Artículo 45”, en *La Compraventa Internacional de Mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1998a, pp. 405-414.
- López López, A.: “Artículo 47”, en *La Compraventa Internacional de Mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1998b, pp. 423-426.
- Macanás, G.: “Término esencial -pactado o no- para la entrega de vivienda vendida y resolución del contrato”, *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 102, 2016.
- Mainguy, D.: “Présentation de la réforme du droit des contrats”, en *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Valentino, D. (coord.), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 27-52.
- Mak, V.: *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.

- Malaurie, P./Aynès, L./Stoffel-Munck, P.: *Droit des obligations*, 10ª edición, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris-Issy-les-Moulineaux, 2018.
- Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1901.
- Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII (arts. 1088 a 1213), vol. I, 5ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950.
- Manrique de Lara Morales, J.: *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- Marchetti, C.: “Legal Categories and Letal Terms in the Path towards a European Private Law: The Experiment of the DCFR”, *European Review of Private Law*, n.º 5&6, 2012, pp. 1265-1276.
- Marín García, I.: “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, n.º 2, 2009.
- Markesinis, B./Unberath, H./Johnston, A.: *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2ª edición, Hart Publishing Editions, Oxford, Portland, 2006.
- Marrone, M.: *Istituzioni di Diritto Romano*, 3ª edición, Palumbo Editore, Palermo, 2006.
- Martín Rodríguez, M. A.: *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Editorial universitaria Ramón Areces: Universidad de Alcalá, Madrid, 2006.
- Martínez Sanz, F.: “¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil – Código de comercio?”, en *Derecho Contractual Europeo (Problemática, propuestas y perspectivas)*, Bosch Capdevila, E. (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 509-524.
- Mattila, H. E. S.: “Comparative Jurilinguistics: A Discipline in Statu Nascendi”, en *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Pozzo, B., Jacometti, V. (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, pp. 21-32.

- Mazeaud, D.: “Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français”, *European Review of Contract Law*, n.º 1, 2010a, pp. 1-24.
- Mazeaud, D.: “L’introduction de la résolution unilatérale pour inexécution –Rapport français”, *Revue des Contrats*, n.º 3, 2010b, pp. 1076-1084.
- Mazeaud, D.: “La résolution unilatérale du contrat pour inexécution”, *Revue des Contrats*, n.º 4, 2010c, pp. 1213-1214.
- McKendrik, E. G.: “Chapter 21 – Performance”, en *Chitty on Contracts*, Beale, H. G. (ed.), vol. I (General Principles), 30ª edición, Thomson Reuters, UK, 2008.
- Melich-Orsini, J.: “La mora del deudor en el derecho venezolano”, en *Libro-homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, pp. 335-396.
- Memmo, D.: “Lingua e diritto tra sistema e storia: la centralità del pensiero di Salvatore Pugliatti nella questione della rilevanza giuridica del fenomeno linguistico”, *Contratto e impresa*, n.º 6, 2015, pp. 1252-1263.
- Meunier, G.: “Présentation du projet de réforme du droit des contrats”, *Revue des Contrats*, n.º 3, 2015, pp. 622-624.
- Miranda Serrano, L. M.: *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Miranda Serrano, L. M.: “La regulación de la morosidad en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1511-1536.
- Moisset de Espanés, L.: “Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, I, 1975, pp. 345-359.
- Moll de Alba Lacuve, C.: *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- Moll de Alba Lacuve, C.: “El pacto comisorio en el Código Civil”, *Revista de Derecho vLex*, n.º 10, 2003.

- Momberg Uribe, R.: “La reforma al Derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 24, 2015, pp. 121-142.
- Montserrat Valero, A.: “Un argumento legal a favor de la necesidad de requerimiento para la mora de las obligaciones sinalagmáticas, y algunas referencias jurisprudenciales”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 53, n.º 3, 2000, pp. 849-854.
- Morales Moreno, A. M.: *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- Morales Moreno, A. M.: “Claves de la modernización del Derecho de obligaciones”, *Diario La Ley*, n.º 7765, 2011a.
- Morales Moreno, A. M.: “¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo”, en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Albiez Dohrmann, K. J., Palazón Garrido, M. L., Méndez Serrano, M. M. (coord.), Atelier, Barcelona, 2011b, pp. 400-422.
- Morales Moreno, A. M.: “La noción unitaria de incumplimiento en la propuesta de modernización del Código Civil”, en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, González Pacanowska, I., García Pérez, C. L. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 23-46.
- Morales Moreno, A. M.: “Presentación del profesor Antonio Manuel Morales Moreno”, en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Jerez Delgado, C. (coord.), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 23-25
- Morán Bovio, D. A.: “Incumplimiento”, en *Comentario a los Principios Unidroit para los Contratos de Comercio Internacional*, Morán Bovio, D. A. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 323-384.
- Moratilla Galán, I.: “Mora es el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación pero no lo es el simple retraso”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 717, 2010, pp. 325-328.



- Moreu Ballonga, J. L.: “El artículo 1452, párrafo 3º, del Código Civil y la mora del acreedor”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Llamas Pombo, E. (coord.), vol. 2, La Ley, Madrid, 2006, pp. 489-538.
- Možina, D.: Comentario al artículo 159, en *Common European Sales Law (CESL): Commentary*, Schulze, R. (ed.), C. H. Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2012a, pp. 635-639.
- Možina, D.: Comentario al artículo 160, en *Common European Sales Law (CESL): Commentary*, Schulze, R. (ed.), C. H. Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2012b, pp. 639-645.
- Možina, D.: Comentario al artículo 166, en *Common European Sales Law (CESL): Commentary*, Schulze, R. (ed.), C. H. Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2012c, pp. 655-661.
- Možina, D.: Comentario al artículo 167, en *Common European Sales Law (CESL): Commentary*, Schulze, R. (ed.), C. H. Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2012d, pp. 661-666.
- Možina, D.: Comentario al artículo 168, en *Common European Sales Law (CESL): Commentary*, Schulze, R. (ed.), C. H. Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2012e, pp. 667-671.
- Možina, D.: Comentario al artículo 169, en *Common European Sales Law (CESL): Commentary*, Schulze, R. (ed.), C. H. Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2012f, pp. 671-673.
- Navarro Castro, M.: “Artículo 1504. Pago con posterioridad a la expiración del término”, en *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A. (coord.), De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Legerén-Molina, A., Pérez García, M. J. (dir.), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 250-256.
- Ogáyar y Ayllón, T.: *Efectos que produce la relación bilateral (Doctrina Jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del Código Civil)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1983.
- Oliva Blázquez, F.: “El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho Privado de los contratos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, n.º 3, 2014, pp. 37-66.

- Ordás Alonso, M.: *El interés de demora*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004a.
- Ordás Alonso, M.: “La liquidez de la deuda como base para el devengo de intereses moratorios: Atenuación jurisprudencial del principio “in illiquidis non fit mora””, *Aranzadi civil: revista quincenal*, n.º 1, 2004b, pp. 2191-2208.
- Ordás Alonso, M.: “La culpa del deudor como presupuesto de la «mora solvendi»: la pretendida especialidad de las obligaciones pecuniarias”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, González Porras, J. M., Méndez González, F. P. (coord.), tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, España, 2004c, pp. 3609-3619.
- Ordás Alonso, M.: “La mora del deudor: concepto, presupuestos, efecto, cesación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 7, 2014.
- Osti, G.: *Scritti Giuridici*, vol. 1, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1973.
- Palau Ramírez, F./Corberá Martínez, J. M.: “La morosidad en los instrumentos internacionales”, en *Tratado sobre la Morosidad*, Palau Ramírez, F., Viciano Pastor, J., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 25-45.
- Palau Ramírez, F./Pastor i Vicent, M./Palau Sastre, A. M./Talens Visconti, E. E.: “Presupuesto y efectos de la mora”, en *Tratado sobre la Morosidad*, Palau Ramírez, F., Viciano Pastor, J., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 71-145.
- Palazón Garrido, M. L.: “El remedio resolutorio en la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones en España: un estudio desde el Derecho privado europeo”, en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España: incluye la propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Albiez Dohrmann, K. J., Palazón Garrido, M. L., Méndez Serrano, M. M. (coord.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 423-447.
- Palazón Garrido, M. L.: “La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento”, en *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Sánchez Lorenzo, S. (coord.), 3ª

edición, tomo II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016a, pp. 867-924.

- Palazón Garrido, M. L.: “La indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato”, en *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Sánchez Lorenzo, S. (coord.), 3ª edición, tomo II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016b, pp. 973-1022.
- Pantaleón Prieto, F.: “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, n.º 3, 1991, pp. 1019-1092.
- Pantaleón Prieto, F.: “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, n.º 4, 1993, pp. 1719-1746.
- Pantaleón Prieto, F.: “Artículo 74”, en *La Compraventa Internacional de Mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1998a, pp. 579-609.
- Pantaleón Prieto, F.: “Artículo 78”, en *La Compraventa Internacional de Mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1998b, pp. 628-634.
- Pelletier, C.: “Rôle de la mise en demeure dans le mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier”, *Revue des Contrats*, n.º 2, 2010, pp. 690-694.
- Pelletier, C.: “Article 1226: les conditions d’exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier”, *Revue des Contrats*, n.º 3, 2015, pp. 788-789.
- Perales Viscasillas, M. P.: *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas: Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- Perales Viscasillas, M. P.: “La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35: pasado, presente y futuro e impacto en el Derecho mercantil”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 5, 2007a, pp. 5-24.

- Perales Viscasillas, M. P.: “La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios UNIDROIT y los Principios del Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas”, *La Ley*, n.º 1916, 2007b.
- Pérez de la Cruz Blanco, A.: “La mora en las operaciones interempresariales: consideraciones sobre la Ley 3/2004, de 29 de diciembre”, en *I Congreso nacional de derecho mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas (Barcelona, 12 y 13 de junio de 2006)*, Arroyo Martínez, I. (coord.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 479-491.
- Pérez González, B./Alguer, J.: *Notas a Enneccerus*, en Enneccerus, L.: *Derecho de Obligaciones*, trad. de la 35ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, vol. 1, Librería Bosch, Barcelona, 1933.
- Pérez-Serrabona González, J. L.: Algunas reflexiones sobre el régimen de la mora del deudor en el derecho privado, en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Jiménez Liébana, D. (coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 677-688.
- Perlingieri, P.: “Conclusioni”, en *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Valentino, D. (coord.), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 235-244.
- Pichonnaz, P.: “The evolving function of interpellatio in case of default”, *Fundamina: A Journal of Legal History*, vol. 16, n.º 1, 2010, pp. 274-287.
- Picod, Y.: “Les projets français sur la réforme du droit des obligations”, *InDret*, n.º 4, 2009.
- Pieck, M.: “A Study of the Significant Aspects of German Contract Law”, *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 3, n.º 1, 1996, pp. 111-176.
- Pizarro Wilson, C.: “Les remèdes à l’inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France: regard d’un juriste chilien”, *Revue des Contrats*, n.º 3, 2015, pp. 706-710.

- Pothier, J. R.: *Traité des obligations*, en *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle* (anotadas por M. Bugnet), Tomo II, 2ª edición, Cosse et Marchal-Henri Plon, Paris, 1831.
- Pothier, R. J.: *Tratado de las Obligaciones* (trad. española), Parte Primera, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1839.
- Pozzo, B.: “Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology”, *European Review of Private Law*, n.º 6, 2003, pp. 754-767.
- Pozzo, B.: “Comparative law and language”, en *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Bussani, M., Mattei, U. (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012a, pp. 88-114.
- Pozzo, B.: “Multilingualism and the Harmonisation of European Private Law: Problems and Perspectives”, *European Review of Private Law*, n.º 5&6, 2012b, pp. 1185-1198.
- Pozzo, B.: “The impact of Multilingualism on the Harmonisation of European Private Law”, *European Review of Private Law*, n.º 5&6, 2012c, pp. 1181-1184.
- Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen II, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 2006.
- Rainville, P.: “Lenteur et demeure: le défaut de ponctualité en droit civil québécois et français”, *Revue Juridique Thémis*, n.º 46-3, 2012, pp. 581-645.
- Reimann, M. y Zekoll, J. (ed.): *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, 2ª edición, The Netherlands, 2005.
- Reverte Navarro, A.: *Los términos de gracia en el cumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, 1975.
- Reverte Navarro, A.: *Contestación al Discurso de M. P. Alonso Saura* titulado «El tiempo en la entrega de vivienda objeto de compraventa en proyecto o en construcción en situaciones de crisis económica», Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2011, pp. 77-92.

- Riccio, A.: “È, dunque, venuta meno l’intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva”, *Contratto e impresa*, n.º 2, Cedam, 1999, pp. 95-103.
- Riccio, A.: “La mora non imputabile in materia di obbligazioni pecuniarie”, *Contratto e impresa*, 2002, pp. 1307-1316.
- Riccio, A.: “Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata”, *Danno e responsabilità*, n.º 4, 2006, pp. 424-430.
- Rivero Hernández, F.: “El pago. Concepto, sujetos y objeto”, en *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones, vol. I, Parte General. Delito y Cuasidelito*, Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. A. Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., 2ª edición, Librería Bosch, Madrid, 1985b, pp. 183-203.
- Robertson, C.: “EU Legal English: Common Law, Civil Law, or a New Genre?”, *European Review of Private Law*, n.º 5&6, 2012, pp. 1215-1240.
- Roca Guillamón, J.: “Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)”, *Derecho de obligaciones: XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012*, Editum, Murcia, 2013, pp. 193-280.
- Roca Trías, E.: “El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 65, n.º 2132, 2011.
- Rochfeld, J.: “Exposé des motifs - Inexécution des obligations (art. 1157 à 1160-1)”, en *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 2005, pp. 40-43.
- Rodríguez Tapia, J. M.: “Sobre la cláusula penal en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, n.º 2, 1993, pp. 511-588.
- Rodríguez-Rosado, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

- Rowan, S.: “Termination for Contractual Non-Performance”, en *The Code Napoleón Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Cartwright, J., Whittaker, S. (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 317-335.
- Rubio Torrano, E.: “Mora accipiendi. Incumplimiento. Resolución de contrato de compraventa. Comentario a la sentencia de 30 de mayo de 1986”. *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 11, 1986, pp. 3697-3706.
- Ruiz-Rico Ruiz, J. M.: “Comentario al art. 1108 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo, M. (dir.), tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 752-847.
- Ruiz-Rico Ruiz, J. M.: “Cien años (y algo más) de jurisprudencia en intereses moratorios”, en *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1893-1926.
- Sabater Bayle, E.: “Contribución al estudio de la mora del acreedor”, *Actualidad Civil*, vol. 2, 1989, pp. 1997-2025.
- Salas Carceller, A.: “Ejercicio y efectos de la resolución. Resolución extrajudicial y judicial”, en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, González Pacanowska, I., García Pérez, C. L. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 397-426.
- Salvador Coderch, P.: “Artículo 79” en *La Compraventa Internacional de Mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo y Ponce de León, L., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1998, pp. 635-657.
- San Miguel Pradera, L. P.: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2004.
- San Miguel Pradera, L. P.: “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, n.º 4, 2011, pp. 1685-1724.
- Sánchez de León Guardiola, P.: “La liquidez de la deuda como presupuesto del devengo de intereses de demora”, en *Estudios homenaje a*

la profesora Teresa Puente, Prats Albentosa, L. (coord.), vol. 2, Universitat de València, Departament de Dret Civil, Valencia, 1996, pp. 499-518.

- Sánchez Lorenzo, S.: “La unificación del Derecho contractual y su problemática. La respuesta de la Unión Europea”, en *Derecho Contractual Europeo (Problemática, propuestas y perspectivas)*, Bosch Capdevila, E. (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 85-118.
- Sánchez Román, F.: *Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e Historia general de la legislación española*, 2ª edición, tomo IV (Derechos de obligaciones. Derecho de la contratación), Est. Tipográfico “Sucesores de Rivadeneira”, Madrid, 1899.
- Sancho Rebullida, F. de A.: “Prólogo”, en *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Cardenal Fernández, J. (aut.), Montecorvo, Madrid, 1979.
- Santos Briz, J.: “Panorámica general de las cuestiones relacionadas con los diversos intereses y su régimen jurídico”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 7-8, 1996, pp. 535-552.
- Santos Briz, J.: “Comentario a los arts. 1.108 y 1.109 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 149-165.
- Savaux, E.: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 69, n.º 3, 2016, pp. 715-741.
- Scaevola, Q. M.: *Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos (redactado por el Excmo. Sr. D. Pascual Marín Pérez)*, Tomo XIX (artículo 1.088 a 1.213), 2ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.
- Sefton-Green, R.: “How far can we go when using the English language for private law in the EU?”, *European Review of Contract Law*, n.º 1, 2012, pp. 30-46.



- Smit, J. M.: “Non-performance and remedies in general. Art. 8:106”, en *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, Busch, D, Hondus, E., van Kooten, H., Schelhaas, H., y Schrama, W. (ed.), Ars Aequi Libri, Nijmegen/Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 337-339.
- Von Bar, C., Clive, E. (ed.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2009.
- Terré, F. (coord.): *Projet du reforme du droit des contrats*, Ministère de la Justice, 2008.
- Terré, F. (pres.): *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, en Réforme du droit des obligations. Un supplément au Code civil 2016 à jour de l’ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016*, Dalloz, Paris, 2016.
- Terré, F./Simler, P./Lequette, Y./Chénéde, F.: *Droit Civil. Les obligations*, 11ª edición, Dalloz, Paris, 2013.
- Terré, F./Simler, P./Lequette, Y./Chénéde, F.: *Droit Civil. Les obligations*, 12ª edición, Dalloz, Paris, 2019.
- Treitel, G. H.: *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford, 1991.
- Valpuesta Gastaminza, E.: “El ámbito de regulación del futuro «derecho contractual europeo». De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores”, en *Derecho Contractual Europeo (Problemática, propuestas y perspectivas)*, Bosch Capdevila, E. (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 405-418.
- Valpuesta Gastaminza, E.: “La Propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 199-216.

- Vaquer Aloy, A.: “Incumplimiento del contrato y remedios”, en *Derecho Privado Europeo*, Cámara Lapuente, S. (coord.), Colex, Madrid, 2003, pp. 525-554.
- Vaquer Aloy, A.: “Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft Common Frame of Reference (DCFR)”, *European Review of Private Law*, n.º 4, 2009, pp. 487-512.
- Vaquer Aloy, A.: “El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, pp. 93-115.
- Vaquer Aloy, A.: “Del marco común de referencia al instrumento opcional”, en *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E., Sánchez González, M. P. (ed.), Atelier, Barcelona, 2015a, pp. 23-50.
- Vaquer Aloy, A.: “La indemnización de daños contractuales en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa (CESL)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, n.º 1, 2015b, pp. 1-24.
- Vaquero López, C.: “La mora en los contratos”, en *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Sánchez Lorenzo, S. (coord.), 3ª edición, tomo II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 819-866.
- Vaquero Pinto, M. J.: “Diferencias entre arts. 1224 y 1504 CC: teoría y realidad”, en *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Carrasco Perera, A. (dir.), vol. 2, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1653-1664.
- Vattier Fuenzalida, C.: “Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 536, 1980a, pp. 41-94.
- Vattier Fuenzalida, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, Universidad de Palma de Mallorca, Palma, 1980b.
- Vattier Fuenzalida, C.: “Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual”, *Redur*, n.º 3, 2005, pp. 57-68.

- Vattier Fuenzalida, C.: “El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61, n.º 4, 2008, pp. 1842-1865.
- Velasco San Pedro, L. A.: “La Propuesta de Reglamento de Compraventa europea: cuestiones generales, en especial su ámbito de aplicación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 468-480.
- Vendrell Cervantes, C.: “The Application of the Principles of European Contract Law by the Spanish Courts”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, n.º 3, 2008, pp. 534-548.
- Verdera Server, R.: “Remedios contra el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil. Una visión general”, en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, González Pacanowska, I., García Pérez, C. L. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014a, pp. 47-94.
- Verdera Server, R.: “Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de vivienda. Comentario a la Sentencia de 13 de noviembre de 2013”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 95, 2014b.
- Vicente Domingo, E.: “El resarcimiento de los daños”, en *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Vattier Fuenzalida, C., De la Cuesta Sáenz, J. M., Caballero Lozano, J. M. (coord.), Dykinson-Universidad de Burgos, Madrid, 2003, pp. 601-618.
- Viciano Pastor, J.: “La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”, en *Tratado sobre la Morosidad*, Palau Ramírez, F., Viciano Pastor, J., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012a, pp. 255-458.
- Viciano Pastor, J.: “La regulación de los aplazamientos de pago en Europa: la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”, en *Tratado sobre la Morosidad*, Palau Ramírez, F.; Viciano Pastor, J., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012b, pp. 147-242.
- Vidal Olivares, A.: “Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento específico en los principios latinoamericanos de derecho de

contratos (PLDC)”, en *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E., Sánchez González, M. P. (ed.), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 745-767.

- Vidal Olivares, A./Oviedo Albán, J.: “Riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional. Una aproximación desde el incumplimiento y los remedios del comprador”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 31, 2016, pp. 153-185.
- Visintini, G.: *Inadempimento e mora del debitore*, 2ª edición, en *Il Codice Civile: Commentario. Artt. 1218-1222*, Schlesinger, P.; Donato Busnelli, F. (dir.), Giuffrè Editore, Milano, 2006.
- Weir, T.: “Mise en demeure, dommages et intérêts. Droit anglais”, en *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Fontaine, M., Viney, G. (dir.), Bruylant-Brussels, L.G.D.J.-Paris, 2001, pp. 965-976.
- Whittaker, S.: “Les sanctions de l’inexécution des contrats. Droit anglaise”, en *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Fontaine, M., Viney, G. (dir.), Bruylant-Brussels, L.G.D.J.-Paris, 2001, pp. 977-1016.
- Whittaker, S.: “Taking time and giving time for performance. A comparison of aspects of the English and French law”, en *Bases de un Derecho contractual europeo*, Espiau Espiau, S., Vaquer Aloy, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 261-283.
- Whittaker, S.: “The Terminologies of Civil Protection: Rights, Remedies and Procedures”, en *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Pozzo, B., Jacometti, V. (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, pp. 45-60.
- Whittaker, S.: “A ‘period of grace’ for contractual performance?”, en *Liber Amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*, Andenas, M., Díaz Alabart, S., Markesinis, B., Micklitz, H., Pasquini, N. (ed.), British Institute of International and Comparative Law, London, 2007, pp. 1083-1112.
- Whittaker, S.: “Contracts, Contract Law and Contractual Principle”, en *The Code Napoleón Rewritten. French Contract Law after the 2016*

*Reforms*, Cartwright, J., Whittaker, S. (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 29-55.

- Xiol Ríos, J. A.: “Criterios de imputación en la responsabilidad contractual”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2132, 2011, pp. 1-9.
- Yovel, J.: “The seller’s right to avoid the contract in international sales” en *An international approach to the interpretation of the United Nations Convention on contracts for the sale of goods*, Felemegas, J. (ed.), Cambridge University Press, 2007, pp. 1-31.
- Zimmermann, R.: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996.
- Zimmermann, R.: *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2005.
- Zimmermann, R.: “Codification. The Civilian Experience on the Eve of a Common European Sales Law”, *European Review of Contract Law*, n.º 8 (4), 2012, pp. 367-399.
- Zimmermann, R.: “Limitation of Liability for Damages in European Contract Law”, *The Edinburgh Law Review*, vol. 18, n.º 15 (3), 2014, pp. 193-224.
- Zurita Martín, I.: “Indemnización por daños y perjuicios e intereses” en *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E.; Sánchez González, M. P. (ed.), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 671-697.
- Zurita Martín, I.: “La regulación de la indemnización de daños y perjuicios intereses en la propuesta de reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (CESL)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 745, 2014, pp. 2347-2394.



# Índice de Jurisprudencia

- **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

- Sentencia de 13 de septiembre de 2018
- Sentencia de 16 de febrero de 2017
- Sentencia de 15 de diciembre de 2016
- Sentencia de 11 de diciembre de 2008
- Sentencia de 11 de septiembre de 2008
- Sentencia de 3 de abril de 2008
- Sentencia de 26 de octubre de 2006

- **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- Sentencia de 13 de noviembre de 2019

- **TRIBUNAL SUPREMO**

- Sentencia de 6 de junio de 2019 [RJ 2019\2734]
- Sentencia de 17 de mayo de 2019 [RJ 2019\1961]
- Sentencia de 10 de mayo de 2019 [RJ 2019\1917]
- Auto de 6 de febrero de 2019 [RJ 2019\321]
- Sentencia de 25 de abril de 2018 [RJ 2018\1687]
- Sentencia de 5 de febrero de 2018 [RJ 2018\347]
- Sentencia de 20 de noviembre de 2017 [RJ 2017\5118]
- Sentencia de 17 de octubre de 2017 [RJ 2017\4295]
- Sentencia de 2 de octubre de 2017 [RJ 2017\4638]
- Sentencia de 9 de mayo de 2017 [RJ 2017\2208]
- Sentencia de 8 de marzo de 2017 [RJ 2017\686]
- Sentencia de 24 de febrero de 2017 [RJ 2017\821]
- Sentencia de 23 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5839]
- Sentencia de 13 de septiembre de 2016 [RJ 2016\4107]
- Sentencia de 3 de junio de 2016 [RJ 2016\2321]
- Sentencia de 25 de mayo de 2016 [RJ 2016\4301]
- Sentencia de 30 de diciembre de 2015 [RJ 2015\5899]
- Sentencia de 2 de noviembre de 2015 [Roj 4908\2015]
- Sentencia de 8 de septiembre de 2015 [RJ 2015\4341]
- Sentencia de 28 de junio 2015 [RJ 2015\3884]
- Sentencia de 12 de mayo de 2015 [RJ 2015\2027]
- Sentencia de 5 de mayo de 2015 [RJ 2015\1725]
- Sentencia de 17 de abril de 2015 [RJ 2015\2168]

- Sentencia de 30 de diciembre de 2014 [RJ 2014\6829]
- Sentencia de 22 de diciembre de 2014 [RJ 2014\6406]
- Sentencia de 19 de diciembre de 2014 [RJ 2014\6625]
- Sentencia de 4 de diciembre de 2014 [RJ 2014\6082]
- Sentencia de 21 de julio de 2014 [RJ 2014\4783]
- Sentencia de 21 de abril de 2014 [RJ 2014\3281]
- Sentencia de 15 de abril de 2014 [RJ 2014\3122]
- Sentencia de 1 de abril de 2014 [RJ 2014\2155]
- Sentencia de 5 de febrero de 2014 [RJ 2014\825]
- Sentencia de 18 de marzo de 2014 [RJ 2014\1512]
- Sentencia de 20 de noviembre de 2013 [RJ 2014\448]
- Sentencia de 25 de octubre de 2013 [RJ 2013\7257]
- Sentencia de 24 de septiembre de 2013 [RJ 2013\7431]
- Sentencia de 18 de julio de 2013 [RJ 2013\5200]
- Sentencia de 19 de abril de 2013 [RJ 2013\3494]
- Sentencia de 4 de marzo de 2013 [RJ 2013\2413]
- Sentencia de 26 de febrero de 2013 [RJ 2013\2156]
- Sentencia de 21 de noviembre de 2012 [RJ 2013\2403]
- Sentencia de 23 de octubre de 2012 [RJ 2013\1542]
- Sentencia de 24 de abril de 2012 [RJ 2012\6096]
- Sentencia de 21 de marzo de 2012 [RJ 2012\5129]
- Sentencia de 5 de diciembre de 2011 [RJ 2012\29]
- Sentencia de 21 de octubre de 2011 [RJ 2012\1122]
- Sentencia de 27 de junio de 2011 [RJ 2011\5839]
- Sentencia de 14 de junio de 2011 [RJ 2011\4530]
- Sentencia de 7 de abril de 2011 [RJ 2011\3151]
- Sentencia de 1 de junio de 2009 [RJ 2009\3192]
- Sentencia de 3 de abril de 2009 [RJ 2009\1756]
- Sentencia de 12 de marzo de 2009 [RJ 2009\1982]
- Sentencia de 15 de octubre de 2008 [RJ 2008\5692]
- Sentencia de 13 de febrero de 2008 [RJ 2008\2666]
- Sentencia de 19 de mayo de 2008 [RJ 2008\3091]
- Sentencia de 23 de julio de 2007 [RJ 2007\4702]
- Sentencia de 2 de julio de 2007 [RJ 2007\3654]
- Sentencia de 17 de junio de 2007 [RJ 2007\3519]
- Sentencia de 9 de febrero de 2007 [RJ 2007\1285]
- Sentencia de 22 de diciembre de 2006 [RJ 2007\305]
- Sentencia de 14 de junio de 2006 [RJ 2006\3133]
- Sentencia de 5 de abril de 2006 [RJ 2006\1921]
- Sentencia de 8 de marzo de 2006 [RJ 2006\5410]
- Acuerdo de 20 de diciembre de 2005 [JUR 2007\114355]
- Sentencia de 19 de mayo de 2005 [RJ 2005\4081]
- Sentencia de 21 de junio de 2004 [RJ 2004\3956]
- Sentencia de 29 de marzo de 2004 [RJ 2004\2049]
- Sentencia de 26 de junio de 2002 [RJ 2002\5501]
- Sentencia de 20 de junio de 2002 [RJ 1999\3422]



- Sentencia de 7 de febrero 2002 [RJ 2002\2887]
- Sentencia de 10 de mayo de 2001 [RJ 2001\6191]
- Sentencia de 28 de septiembre de 2000 [RJ 2000\7533]
- Sentencia de 6 de junio de 2000 [RJ 2000\4003]
- Sentencia de 5 de marzo de 1999 [RJ 1999\1403]
- Sentencia de 29 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8441]
- Sentencia de 22 de octubre de 1997 [RJ 1997\1410]
- Sentencia de 3 de diciembre de 1992 [RJ 1992\9997]
- Sentencia de 25 de enero de 1991 [RJ 1991\319]
- Sentencia de 19 de noviembre de 1990 [RJ 1990\8984]
- Sentencia de 7 de diciembre de 1989 [RJ 1989\8815]
- Sentencia de 5 de junio de 1989 [RJ 1989\4298]
- Sentencia de 9 de junio de 1986 [RJ 1986\3298]
- Sentencia de 13 de julio de 1985 [RJ 1985\4051]
- Sentencia de 20 de noviembre de 1984 [RJ 1984\5616]
- Sentencia de 13 de julio de 1984 [RJ 1984\3981]
- Sentencia de 2 de mayo de 1984 [RJ 1984\2391]
- Sentencia de 2 de febrero de 1984 [RJ 1984\571]
- Sentencia de 25 de febrero de 1983 [RJ 1983\1076]
- Sentencia de 10 de marzo de 1949 [STS 694\1949]
- Sentencia de 5 de enero de 1935 [Roj STS 2506\1935]
- Sentencia de 21 de mayo de 1904

- **AUDIENCIAS PROVINCIALES**

- Sentencia de la AP Barcelona, Sección 13ª, de 26 de marzo de 2019 [JUR 2019\109689]
- Sentencia de la AP Barcelona, Sección 14ª, de 27 de febrero de 2019 [JUR 2019\117531]
- Sentencia de la AP Guadalajara, Sección 1ª, de 14 de febrero de 2019 [JUR 2019\92739]
- Sentencia de la AP Madrid, Sección 18ª, de 11 de marzo de 2014 [JUR 2014\105628]
- Sentencia de la AP Valencia, Sección 8ª, de 29 de diciembre de 2006 [JUR 2007\235011]



## Agradecimientos

A mi madre, por inculcarme las ideas que me han hecho llegar hasta aquí, y sin las que tal vez no habría llegado tan lejos. Por transmitirme el gusto por la lectura y el saber, y por su infinita paciencia y cariño durante estos últimos meses.

A mi padre, por enseñarme a juntar las letras por las tardes cuando volvía del colegio.

A Alejandro, por estar siempre y ser capaz de hacerme reír hasta en los peores días; y por ser mi mejor ejemplo de trabajo y constancia.

A la familia y amigos que con conversaciones o mensajes me han transmitido el valor de lo que estaba haciendo y me han apoyado en los momentos de duda o dificultad.

A mi primo Jesús, por sus consejos. A Balú, por la alegría de estos días. Al Colegio, por enseñarme, también, a dar los primeros pasos en este camino.

A Joaquín, por haber depositado su confianza en mí y haberme acompañado en este camino. A Belén, por su inestimable apoyo, sobre todo durante los últimos meses. A los dos, en conjunto, por ayudarme a hacer este trabajo lo que ahora es.

A todos y cada uno de mis compañeros del Departamento de Derecho Civil. Muy especialmente (me vais a disculpar), a Gabriel, por cuidarme como si fuera mi hermano mayor, y a Andrés, por escucharme como si fuera mi hermano pequeño (y que nos quede mucho).

A los compañeros de otros Departamentos que, de una forma u otra, me han ofrecido su apoyo, y a la “peña del café”. A la Merced y a su claustro.

A Bolonia, que tanto me ha dado; a sus calles, sus pórticos, sus torres, su Cicu, su Piazza Maggiore, su tiempo gris y naranja, su aperitivo, y un largo etcétera.

Y, por supuesto, a absolutamente todos los que formaron parte de ella durante mi estancia, de una forma u otra. Un recuerdo especial a los que me acogieron al principio (mis queridos colegiales, Paolo, Manuela, Annarita, Lorena, Giulia, Valentín, Felip, Borja, Agustín, Dani, Clarissa...), a los que además aportaron o ayudaron en mi investigación (Gabri, Miguel), y a los que lo siguen haciendo desde entonces (Adrián, siempre nos quedará Le Serre).