

NOCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

-Edición 2024-

Santiago Cavanillas Múgica

*Sobre las condiciones de uso: zonaobligacionesycontratos.uib.es

Tema 1. Presentación

1. ¿De qué hablamos cuando decimos “responsabilidad contractual”?

La responsabilidad contractual recoge el régimen del **incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación**, obligación que puede nacer típicamente de un **contrato**, pero también de **otras fuentes** [→ Nociones de obligaciones, Tema 2, 1]: un cuasicontrato (por ejemplo, obligación de restituir un pago a que no teníamos derecho), un testamento (por ejemplo, obligación del heredero de pagar a un legatario la cantidad mandada por el testador) o directamente la ley (por ejemplo, la obligación de pagar alimentos entre parientes). Habría sido más correcto, por ello, denominarla “responsabilidad obligacional”, pero el término no ha hecho fortuna.

Es habitual distinguir entre **responsabilidad contractual** y **responsabilidad extracontractual**. La responsabilidad contractual recae, como hemos visto, sobre el deudor que incumple una obligación preexistente. Por contra, la responsabilidad extracontractual se impone a quien causa un daño a otro con el que no existe relación obligatoria previa (por ejemplo, peatón atropellado). La responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, sin embargo, presentan **un área de intersección**, en la que, pese a existir relación obligatoria previa, es aplicable también la responsabilidad extracontractual [→ Nociones de responsabilidad civil, Tema 10, 1].

2. Importancia práctica de la responsabilidad contractual

Reclamaciones por incumplimiento, resoluciones de contratos, desahucios, ejecuciones, etc. son expresiones de la responsabilidad contractual que forman parte del trabajo cotidiano de nuestros tribunales. Su importancia práctica, por ello, es enorme, aunque, por guardar la debida proporción, conviene aclarar que muchos de los pleitos sobre responsabilidad contractual vienen entreverados con cuestiones de todo orden: interpretación y validez del contrato, régimen económico del matrimonio, sociedades, derechos reales, etc.; en comparación con la responsabilidad extracontractual, puede decirse que la materia de la responsabilidad contractual está menos “insularizada”.

3. Fuentes

Como dispones de unas *Nociones de fuentes de Derecho de la contratación*, me limito aquí a resumir tres ideas básicas:

- El **régimen general** de la responsabilidad contractual está contenido, básicamente, en el Título I (De las obligaciones) del Libro Cuarto del CCiv (arts. 1088 ss.).
- Dicho régimen debe conjugarse con las **fuentes normativas de carácter especial** (dentro del propio Código -regulación de los contratos en particular- o fuera de él), que también pueden regular el régimen de responsabilidad de ciertas relaciones obligatorias.
- En la medida en que no se oponga a ninguna norma de Derecho imperativo y, en especial, a la normativa de protección del consumidor, la **autonomía de la voluntad** puede jugar para establecer reglas propias para la responsabilidad contractual.

4. Contenido de estas Nociones de responsabilidad contractual

El contenido de estas *Nociones* se centra, por defecto, en el **régimen común**, contenido en esa parte general del Libro Cuarto del CCiv, que tiene vocación de ser aplicado a cualquier caso de responsabilidad contractual. En todos los temas y apartados, por ello, se explicará primero ese régimen general. Se completará inmediatamente después con algunos **regímenes especiales**, es decir, con una selección de reglas contenidas en el propio Código Civil o en leyes especiales que, en algún punto, se apartan del régimen general o lo concretan.

Con el fin de lograr una exposición práctica de la materia, adoptaremos habitualmente la perspectiva del acreedor: remedios de que dispone frente al incumplimiento o la insolvencia, garantías que puede añadir, etc. Eso no significa, claro está, que el texto carezca de neutralidad: se explicarán los límites de estos remedios y las defensas que puede oponer el deudor.

- Empezaremos tratando los remedios con que cuenta el acreedor y las defensas que puede oponer el deudor en dos tipos de situaciones conflictivas:
- **incumplimiento**: vencida la obligación, el deudor no cumple (→ Tema 2);
- **cumplimiento defectuoso**: el deudor cumple, pero su prestación resulta insatisfactoria o, incluso, dañosa (→ Tema 3).
- Los remedios que el Derecho pone a disposición del acreedor frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deudor no le ponen a salvo de todos los riesgos, pues muchos de estos remedios resultarán estériles si el deudor carece de la necesaria **solvencia patrimonial**. El Tema 4 se dedica, por ello, a las herramientas que el Derecho concede al acreedor para afrontar el riesgo de insolvencia del deudor incumplidor.
- Finalmente, el Tema 5 tiene por objeto las **garantías** que los contratantes pueden añadir al contrato para evitar o paliar los riesgos de incumplimiento, cumplimiento defectuoso y/o insolvencia.

Tema 2. Incumplimiento

1. Las fases del incumplimiento: retraso, mora e incumplimiento definitivo

1.1. Nacimiento y vencimiento de una obligación

Una obligación **nace** cuando es pactada en un contrato o cuando se producen los hechos requeridos por una ley para que exista una obligación (por ejemplo, se causa un daño a alguien por culpa o acontece un pago de lo indebido).

El **vencimiento** de una obligación determina que deba ser cumplida, que el cumplimiento sea exigible por el acreedor.

En las obligaciones **puras**, nacimiento y vencimiento coinciden. En las obligaciones sujetas a **plazo** o **condición suspensiva** [→ Nociones de obligaciones, Tema 4, 10], en cambio, la obligación, ya nacida, no vence hasta que llega la fecha fijada o se cumple la condición.

1.2. Mero retraso

Como el vencimiento de una obligación implica que ya sea exigible, a partir de ese momento el acreedor puede ejercitar una **acción de cumplimiento**, que estudiaremos enseguida [→ ap. 3].

Si el acreedor no hace nada y se mantiene pasivo, la obligación se sitúa en una **fase de “mero retraso”, caracterizada por la ausencia de consecuencias jurídicas**. Interpretando que la pasividad del acreedor implica tolerancia hacia el retraso y/o amparando la “mala memoria” del deudor, el legislador no asigna ningún efecto jurídico (por ejemplo, responsabilidad del deudor por los daños causados por el retraso) a esta fase; puede decirse, por ello, que, en esta fase de “mero retraso”, la obligación, pese a estar vencida y ser exigible, se encuentra inerte, durmiente.

1.3. Mora

A. Régimen general

En el Derecho civil español (art. 1100 CCiv), **la mora no es automática**, es decir, no coincide con el vencimiento, **salvo cuando así lo establezca el contrato**. Por eso se produce esa fase “durmiente” de “mero retraso” a partir del vencimiento.

Para que, vencida una obligación, el deudor entre en mora, será necesario que, al retraso del deudor en el cumplimiento, se le sume una conducta del acreedor que sirva para **poner en mora al deudor**.

Esta puesta en mora del deudor se produce:

- Cuando el acreedor **requiere extrajudicialmente** el cumplimiento de la obligación al deudor (acto que suele denominarse “interpelación” o “intimación” al deudor).
- Cuando el acreedor **demand**a al deudor por incumplimiento.
- En los contratos con obligaciones recíprocas, **cuando el acreedor cumple con su obligación**; no hay puesta en mora, aunque el acreedor cumpla con su obligación, si la obligación del otro contratante no ha vencido (por ejemplo, si tiene concedido un plazo más amplio para cumplir).

A diferencia de la situación de mero retraso, la de mora sí tiene consecuencias jurídicas. Básicamente se producen, desde el momento en que hay mora, **dos efectos jurídicos**, que se estudian más adelante:

- el deudor es **responsable de los daños** causados por el retraso [→ ap. 4.2];
- y debe correr con los eventos **fortuitos** que afecten a la obligación [→ ap. 6.3.A].

B. Regímenes especiales

A diferencia de lo que ordena el CCiv, más permisivo con los deudores “olvidadizos”, el Derecho Mercantil, al regular contratos más profesionalizados, necesitados de celeridad y de supresión de gastos y trámites superfluos, adopta el criterio de la mora automática, que hace coincidir el vencimiento y la mora. Así se observa en el art. 63 CCom y en los arts. 5 y 6 de la *Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*.

1.4. Incumplimiento definitivo (y repaso de las fases del incumplimiento)

Todavía es posible identificar una fase posterior a la de mora: la del incumplimiento definitivo. Se inicia en el momento en que, conforme a ciertos criterios básicamente jurisprudenciales, **el acreedor ya no está obligado a esperar por más tiempo el cumplimiento y puede optar por resolver el contrato** [→ ap. 5.1].

Imaginemos que se ha suscrito un contrato de compraventa en el que el pago del precio se ha fijado para el 1 de marzo del año en curso:

- Si el día 1 de marzo el comprador no ha pagado, se produce una situación de mero retraso: no pasa nada.
- Si el día 10 de marzo, el vendedor dirige una reclamación extrajudicial al comprador, este entra en mora: el vendedor tiene derecho a una indemnización por los daños que cause el retraso (tratándose de obligación pecuniaria, como veremos, intereses moratorios desde la entrada en mora).
- Llega el 1 de abril y sigue sin producirse el cumplimiento: aceptando que pueda decirse que se produce ya una situación de incumplimiento definitivo, el vendedor cuenta con un nuevo remedio: la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento.

Resumiendo: el 1 de marzo el acreedor puede ejercitar la acción de cumplimiento; a partir del 10 de marzo, puede complementarla con una indemnización por la mora (intereses moratorios); a partir del 1 de abril, dispone de una alternativa más: resolver el contrato.

No todas las obligaciones pasan por estas cuatro fases diferenciadas de vencimiento, mero retraso, mora e incumplimiento definitivo. Por ejemplo, si la obligación es la de entregar las entradas para un concierto en el mismo lugar en que se celebra, en el momento en que las puertas se cierran sin que el vendedor haya aparecido, ya nos encontramos en la última fase: la del incumplimiento definitivo. No puede pretender el vendedor que solamente hay retraso o mora y entregarnos las entradas al día siguiente.

2. Esquema general de los remedios del acreedor frente al incumplimiento

Si llega la fecha en que debe ser cumplida una obligación (vencimiento) y el deudor no cumple, se produce una situación de incumplimiento frente a la que el legislador ofrece al acreedor varios remedios.

- Para todas las obligaciones sin distinción, existen dos **remedios universales y acumulables**: la acción de **cumplimiento** [→ ap. 3] y la **indemnización** de los daños y perjuicios causados [→ ap. 4].
- Cuando la obligación incumplida forma parte de una **relación obligatoria recíproca**, como ocurre con buena parte de las obligaciones contractuales (por ejemplo, la compraventa o el arrendamiento), el acreedor dispone también de unos remedios específicos [→ ap. 5]. En lugar de emplear la acción de cumplimiento, puede optar por provocar la **resolución del contrato**. Tratándose de obligaciones recíprocas, entonces, el acreedor tiene una primera alternativa: **o acción de cumplimiento o resolución**, a la que puede añadir, en ambos casos, la reclamación de una **indemnización** por los daños y perjuicios sufridos. Además, el acreedor cuenta con un remedio más cómodo y pasivo pero muchas veces eficaz: **suspender el cumplimiento de su obligación**.

En el apartado 6, nos colocaremos en la posición del deudor para examinar qué **defensas** puede oponer a las reclamaciones del acreedor basadas en los remedios que acabo de enunciar.

3. Acción de cumplimiento

3.1. Introducción

La acción de cumplimiento consiste, explicado muy brevemente, en demandar al deudor para que sea **condenado a cumplir aquello a que estaba obligado**.

3.2. Carga de la prueba

Como es lógico, aunque inicialmente suele sorprender a los estudiantes, el acreedor que ejercita la acción de cumplimiento **no necesita probar la falta de cumplimiento**, sino la mera **existencia de una obligación vencida**. La carga de probar que ha cumplido compete al propio deudor.

3.3. Resultados de la acción de cumplimiento: el cumplimiento forzoso

Si la acción de cumplimiento tiene éxito, los tribunales pueden imponer al deudor el cumplimiento de la obligación incumplida (**cumplimiento forzoso**, llamado también específico o *in natura*). Te puede interesar conocer algunos instrumentos con los que los tribunales pueden forzar el cumplimiento (se recogen con mayor detalle en los arts. 1096 y ss. CCiv y 701 y ss. LEC):

- En condenas de dar bienes que se encuentren en poder del deudor, si este no los entrega voluntariamente, podrá recabarse el auxilio de la **fuerza pública** para desposeerle de ellos y entregárselos al acreedor; en el caso de los bienes inmuebles, esta operación se denomina “lanzamiento”.
- Si se trata de dar dinero (condena pecuniaria), el cumplimiento forzoso se produce mediante el **embargo directo** de cuentas bancarias o ingresos del deudor y el **embargo y venta en pública subasta**.
- En obligaciones de **dar cosa genérica** o de **hacer no personalísimas**, si el deudor no cumple voluntariamente la sentencia que le condena a dar o hacer, podrá realizarse una **prestación de reemplazo** a cargo del deudor (por ejemplo, encargar a un tercero la ejecución de la prestación incumplida).
- Si el deudor se negare a cumplir con una obligación consistente en **emitir una declaración de voluntad** (por ejemplo, no cumple precontrato o se resiste a elevar a escritura pública un contrato en documento privado), se dictará auto por el que se tendrá por emitida, a todos los efectos, dicha declaración de voluntad.
- En obligaciones de hacer personalísimas, el acreedor puede solicitar que se apremie al deudor para que cumpla mediante la imposición de una **multa** mensual durante un máximo de un año.

4. Indemnización de daños y perjuicios

4.1. Indemnización sustitutoria (cumplimiento por equivalente)

La indemnización de daños y perjuicios puede, en primer lugar, **sustituir** a la acción de cumplimiento, en cuyo caso recibe el nombre de “**cumplimiento por equivalente**”, por oposición al “cumplimiento *in natura*” o “en especie” que sería el objeto normal de la acción de cumplimiento.

Si la indemnización sustituye al cumplimiento, el acreedor puede reclamar el **valor de la cosa o prestación debidas** que no obtiene. La indemnización por este concepto debe ser una cantidad equivalente al **valor actual (deuda de valor** [→ Nociones de obligaciones, Tema 4, 4.2]) de adquisición de un bien o prestación análogos a los que eran objeto de la obligación incumplida.

El ejercicio de esta acción de indemnización sustitutoria procede en dos casos:

- El cumplimiento “*in natura*” es **imposible** (por ejemplo, el bien debido se ha perdido o entregado a un tercero de buena fe de quien no es reivindicable o ha expirado un término esencial (ya ha pasado la fecha del concierto para el que el deudor debía entregar unas entradas).

- La jurisprudencia también admite que el acreedor pueda sustituir la acción de cumplimiento por la de indemnización si esta opción es conforme a la **buena fe**: a la vista de los perjuicios que conllevaría interponer una demanda de cumplimiento y tener que esperar a ganarla y poderla ejecutar, en muchos casos resulta más eficiente y no es abusivo que el acreedor obtenga la misma prestación de un tercero (**operación de reemplazo**) y reclame después su coste en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

4.2. Indemnización complementaria

A. Tipos de daños

Es posible que el cumplimiento forzoso o por equivalente no cubra la totalidad de los daños que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento hayan causado al acreedor. Estos daños pueden ser objeto de indemnización, bien de forma adicional a la acción de cumplimiento (lo más frecuente), bien de forma independiente (cumplimiento voluntario pero tardío que da lugar a una reclamación exclusivamente por los daños causados por la mora).

La carga de la prueba del daño recae sobre el acreedor.

El incumplimiento, temporal (mora) o definitivo, puede causar los siguientes tipos de daños:

- **Daños patrimoniales**, sean **daño emergente** o **lucro cesante**: por ejemplo, el incumplimiento de una obligación de no hacer (no realizar determinada construcción) ocasiona inundaciones en la finca del acreedor; el organizador de un concierto que se anula por un “plantón” del artista pierde las ganancias esperadas o tiene que abonar una sanción administrativa o unos gastos por devoluciones; el retraso en la entrega de la vivienda obliga al comprador a alquilar un inmueble por unos meses.
- **Daños personales**, aunque son menos frecuentes: por ejemplo, la falta de ejecución de la obra comprometida provoca el derrumbe de la vivienda del acreedor, que muere en el siniestro; la incomparecencia del cirujano a la sesión quirúrgica programada afecta a la salud del paciente.
- La jurisprudencia no tiene inconveniente en indemnizar los **daños morales** que puedan deberse al incumplimiento, siempre que se den las especiales circunstancias que lo justifican [ver Nociones de responsabilidad civil, Tema 2, 2.5, sobre diversos tipos de daño moral y su aceptación por la jurisprudencia].

B. Escalonamiento de la responsabilidad: el art. 1107 CCiv

Puede decirse que el deudor está sujeto a un régimen de responsabilidad escalonado [sobre el escalonamiento de responsabilidades, → Nociones de responsabilidad civil, Tema 3, 3.2.D]. En efecto, el artículo 1107 del CCiv distingue dos niveles de responsabilidad del deudor en cuanto a los daños adicionales a los que debe hacer frente:

- el nivel normal incluye solamente los daños “previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”;
- si se trata de un incumplimiento **doloso** –digamos que al deudor “no le da la gana de cumplir”–, la responsabilidad se extiende a **todos los daños** que conocidamente se deriven del incumplimiento.

C. Indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias

Si la obligación es pecuniaria, el art. 1108 CCiv establece una regla especial: a contar desde la mora, el deudor deberá abonar **intereses moratorios** (también llamados “intereses de demora”), que son los **intereses convenidos como tales o, en su defecto, el interés legal**. El interés legal se fija anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (para 2024 es del 3,25%).

Puede decirse que se trata de una **indemnización “baremizada”**: el acreedor tiene derecho a estos intereses, pactados o legales, aunque pueda probar que el daño sufrido ha sido superior o aunque resulte que ha sido inferior.

Que el acreedor, como vemos, esté exento de probar el daño sufrido por el retraso en el pago de una obligación pecuniaria no significa que también lo esté de **solicitar esta condena**: los intereses no pueden ser concedidos de oficio por el juez.

Con la presentación de la demanda, además, el art. 1109 CCiv permite “capitalizar” los intereses remuneratorios [puedes encontrar en el apartado 4.3.C que sigue el concepto de interés remuneratorio] devenidos hasta ese momento y aplicarles desde entonces el interés legal (**anatocismo o intereses sobre los intereses**).

Desde el momento en que recae sentencia de primera instancia, el interés legal se incrementa en dos puntos (art. 576 LEC); entramos en la denominada “**mora procesal**”.

4.3. Regímenes especiales de indemnización de daños y perjuicios

A. Daños por mora en contratos entre empresas

El art. 7 de la *Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, fija como interés legal el “tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural”, incrementado en 8 puntos.

B. Daños por mora en el contrato de seguro

El art. 20 LCS ordena aplicar (de oficio) a la mora de las aseguradoras el interés legal incrementado en un 50% y, si el retraso es superior a 2 años, un interés deñl 20%. Vale tanto para las reclamaciones dirigidas a la aseguradora por el propio asegurado como para la acción directa ejercitada por el perjudicado contra la aseguradora de responsabilidad civil del responsable [→ Nociones de responsabilidad civil, Tema 8, 2.4].

C. Daños por mora en contratos de crédito

■ Intereses remuneratorios e intereses moratorios

En los contratos de crédito puede (y suele) haber dos tipos de intereses:

- Los intereses que la vendedora o entidad financiera cobra por el hecho de prestar dinero o permitir el aplazamiento del pago (son los que verás, en su versión TAE, en anuncios sobre préstamos y aplazamientos); estos intereses reciben la denominación de **remuneratorios**, retributivos, correspondientes o, simplemente, ordinarios; digamos que son el precio del dinero prestado o, si se quiere, los frutos del dinero, como lo son también los intereses que recibimos de un depósito bancario.
- Los intereses, más elevados, de carácter **moratorio**, para el caso de que el deudor se retrase en sus pagos.

■ Límites legales a los intereses

La distinción explicada arriba es necesaria para entender los límites impuestos por el legislador a los intereses.

- Algunos de estos límites se refieren a los **intereses remuneratorios**. Por ejemplo, la centenaria “Ley de usura” permite anular aquellos intereses remuneratorios que sean:
- usurarios (“interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”)

- leoninos (“que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”).
- Otros límites, en cambio, afectan a los **intereses moratorios**. Por ejemplo, en el préstamo hipotecario sobre inmueble residencial, el art. 25 de la *Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, prohíbe tipos superiores a tres puntos porcentuales sobre el interés legal del dinero, así como el anatocismo (los intereses moratorios solo se aplicarán sobre el capital pendiente).

D. Contratos con baremización del daño

En contratos relacionados con el transporte de cosas o personas, en los que la prueba del daño efectivamente sufrido es difícil, es habitual el establecimiento de **indemnizaciones baremizadas**. En ocasiones, se trata de un régimen de **responsabilidad escalonada**: la indemnización baremizada se sujeta a un régimen de responsabilidad objetiva; cualquier otro daño no cubierto por esta indemnización se puede reclamar si se demuestra la concurrencia de culpa.

Un ejemplo de ambas reglas -baremización del daño y escalonamiento de la responsabilidad- lo encontramos en el Reglamento UE 261/2004, que regula la denegación de embarque por sobrecontratación (*overbooking*) o la cancelación de un vuelo. Además de establecer que el pasajero tiene derecho al reembolso del billete (es decir, a la resolución del contrato con restitución de lo pagado), el Reglamento impone algunas obligaciones al transportista dirigidas a paliar los daños causados: pago de un vuelo de retorno al punto de partida si el pasajero se queda “a medio camino”, atención durante la espera (comida, alojamiento, transporte a y desde el alojamiento), etc. Adicionalmente, el pasajero tiene derecho a una compensación “baremizada” entre 250 y 600 €, que el transportista puede evitar si logra “probar que la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables”; los tribunales equiparan estas circunstancias extraordinarias a la existencia de una situación de fuerza mayor, lo que viene a configurar esta responsabilidad como objetiva. Esta compensación y su satisfacción constituyen un primer escalón de responsabilidad. En un segundo escalón, basado ahora en el régimen general de responsabilidad contractual, el pasajero pueda obtener una indemnización más elevada, de la que se deducirá aquella.

5. Remedios adicionales para obligaciones recíprocas

5.1. Resolución del contrato

A. Introducción

Cuando la obligación incumplida forma parte de una relación obligatoria recíproca (por ejemplo, contrato de compraventa), el acreedor puede, si lo desea, en lugar de pedir el cumplimiento de la obligación, optar por la resolución del contrato. Como dice el art. 1124 1º CCiv, “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”.

B. Necesidad de que exista un incumplimiento definitivo o firme

La resolución procede, sin ninguna duda, cuando **el cumplimiento es imposible**, pues en tal caso nos encontramos ante un incumplimiento **definitivo** e irremisible. Así ocurre, por ejemplo, si se ha destruido la cosa debida o se ha superado el término esencial a que estaba sometida la obligación (la fecha de un espectáculo público para el que debían entregarse unas entradas).

También puede emplearse la resolución ante un incumplimiento que no es definitivo (el cumplimiento todavía es posible) pero es suficientemente **firme**. Como la resolución produce el efecto radical de des-

truir el contrato (muchas veces, además, con efectos retroactivos), la jurisprudencia, basándose en el principio de conservación del contrato, es bastante exigente a la hora de apreciar la necesaria firmeza en el incumplimiento. Se trata de un análisis casuístico que tiene en consideración datos como los siguientes:

- el deudor ha manifestado expresamente su voluntad de incumplir;
- el deudor ha realizado actos reveladores de su voluntad de incumplir (por ejemplo, ha vendido a un tercero la cosa debida);
- se ha producido un retraso notable en el cumplimiento, no un retraso leve y anecdótico;
- ante el retraso del deudor, el acreedor le ha requerido para que cumpla ofreciéndole un plazo razonable para hacerlo;
- el retraso es imputable al deudor;
- el deudor no ha informado al acreedor acerca de las dificultades que está teniendo para lograr un cumplimiento puntual ni de la previsión de cumplimiento.

C. Ejercicio de la facultad resolutoria

La facultad de resolución puede ejecutarse **extrajudicialmente**, mediante una mera comunicación al deudor (“doy por resuelto el contrato”): no es imprescindible ejercitarla judicialmente. Puede, incluso, establecerse en el contrato una resolución automática, sin necesidad, siquiera, de comunicación, para el caso de no producirse el cumplimiento en la fecha establecida.

Naturalmente, si el deudor discute la procedencia de la resolución, podrá someterlo al **juez** (normalmente lo hace reclamando, a quien resuelve, el cumplimiento de su respectiva obligación; por ejemplo: vendedor resuelve por impago y comprador le demanda reclamando la entrega de lo vendido). Del mismo modo, si el acreedor que resuelve pretende la restitución de lo que ya ha pagado (sobre lo que trata el siguiente apartado) y el deudor no transige, tendrá que acudir a los tribunales.

D. Consecuencias

■ Extinción del contrato y restitución

La primera consecuencia de la resolución es, lógicamente, la extinción del contrato.

- En los **contratos de tracto único** (por ejemplo, compraventa), la resolución produce la extinción del contrato con efectos retroactivos (*ex tunc* = “desde entonces”), por lo que las partes han de restituirse las prestaciones ya realizadas desde la perfección del contrato; debe volverse al «punto 0».
- En los **contratos duraderos o de tracto sucesivo** (por ejemplo, un arrendamiento o un contrato de suministro) la extinción es *ex nunc* (“desde ahora”); la resolución no afecta a las prestaciones ya consumadas.

■ Indemnización

Además, el acreedor podrá reclamar una **indemnización de los daños y perjuicios** que no se hayan paliado con la resolución (ver ap. 4.2); naturalmente, la indemnización no incluirá el valor de la prestación que no recibe, pues la resolución implica que el acreedor renuncia a la misma a cambio de no tener que cumplir su propia obligación.

5.2. Suspensión del cumplimiento y derecho de retención

A. La suspensión del cumplimiento

En las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes está obligado a cumplir si, vencida la obligación de la contraparte, esta no lo hace también. Ante la falta de cumplimiento del deudor, por lo tanto, **el acreedor puede suspender el cumplimiento de su obligación.**

Si un acreedor suspende correctamente el cumplimiento, ni incurre en mora (no deberá indemnización por el retraso ni correrá con los riesgos) ni lo hace en incumplimiento (por lo que la otra parte no tendrá éxito en el ejercicio de una acción de cumplimiento o resolutoria). Por ello, si el deudor le demanda reclamando el cumplimiento o la resolución del contrato, puede oponer la llamada **excepción de incumplimiento** (*exceptio non adimpleti contractus*).

B. La facultad de retención

Un ejemplo claro de retención se encuentra en el art. 1600 CCiv: “El que ha ejecutado una obra en cosa mueble tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague”. Otros casos de derecho de retención se encuentran en los contratos de mandato (art. 1730 CCiv), depósito (art. 1780 CCiv) o aparcamiento de vehículos (art. 5.3 LCAV).

Aunque la naturaleza exacta de la facultad de retención es discutida, su carácter omisivo (no devolver) y su finalidad compulsiva la aproximan a la figura de la suspensión. La diferencia con esta reside en que **lo que puede suspender el acreedor es la entrega o restitución de un bien que está en sus manos y es del deudor**. Por ello, se considera que esta facultad de retención solo existe en aquellos casos en que el legislador lo establece expresamente.

5.3. Regímenes especiales sobre resolución y suspensión del cumplimiento

La resolución y suspensión por incumplimiento se encuentran frecuentemente regulados en la legislación especial, con distintos propósitos, como:

■ Facilitar la resolución para permitir al propietario la pronta recuperación del inmueble arrendado

La LEC (arts. 22, 440 y 447, entre otros) permite que, tan pronto como se produzca un retraso en el pago de la renta, el arrendador inicie un procedimiento rápido y sumario que acaba con el desahucio salvo que el arrendatario: a) enerve el procedimiento mediante el pago de lo debido (enervación que no se le permitirá si vuelve a incurrir en impagos); b) se oponga y demuestre que tiene motivos para no pagar lo que se le reclama que quepan dentro del estrecho marco de un juicio sumario (por ejemplo, que ya ha pagado).

■ Facilitar la resolución como medida de protección del consumidor

En esta línea, la jurisprudencia (aplicando la Disposición Adicional Primera, regla 4ª. LOE) es muy generosa a la hora de permitir que el consumidor que ha adquirido una vivienda sobre planos resuelva el contrato si se produce un retraso en la terminación de las obras y consiguiente entrega.

■ En sentido contrario, evitar que la resolución o suspensión de servicios básicos afecte a consumidores que incumplen por despiste o situación de necesidad

Por ejemplo, en cuanto a la interrupción del servicio de suministro eléctrico por impago del usuario, el art. 52 de la *Ley del Sector Eléctrico* establece que la suspensión del suministro sólo puede producirse a los dos meses de haberse requerido fehacientemente el pago al usuario (4 meses para “consumidores vulnerables”); además, se prohíbe la suspensión del servicio para “consumidores vulnerables severos” o servicios esenciales.

■ Garantizar seguridad jurídica en el mercado inmobiliario

Para la compraventa de inmuebles, el art. 1504 CCiv prohíbe implícitamente la resolución automática para el caso de impago del precio y exige, además, que la resolución se comunique por vía notarial o judicial; no valdrá, por tanto, la resolución extrajudicial realizada por cualquier otra vía.

■ Clarificar las consecuencias de la resolución

Por ejemplo, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM) (art. 10) y la Ley de Contratos de Crédito al Consumo (LCCC) (art. 23) establecen, en caso de resolución, lo que puede retener o reclamar el vendedor o la financiera en concepto de daños y perjuicios.

6. Defensas del deudor

6.1. Introducción

En este apartado empleo la no demasiado habitual expresión “defensas” para evitar confusiones: en unos casos, estas defensas constituirán auténticas excepciones, en sentido procesal; en otras, deberán ser tratadas como reconvencciones (o, incluso, como demandas).

6.2. Defensas generales

El deudor puede oponer (alegar y probar) **cualquiera de las causas que haya podido extinguir la obligación**, como el pago, la compensación, la condonación, etc. o que comprometan la validez de la fuente de la obligación: contrato, testamento, etc.

Además, tal como hemos visto (ap. 5.2), el deudor podrá alegar que no ha cumplido en ejercicio de su facultad de **suspender el cumplimiento** (*exceptio non adimpleti contractus*).

Veremos a continuación, de forma monográfica, tres de las defensas que puede presentar el deudor demandado.

6.3. Imposibilidad sobrevenida y fortuita

A. Requisitos

Para que el deudor pueda emplear esta defensa, deben darse cuatro condiciones:

- Existir verdadera **imposibilidad**. Recuerda, sobre todo, que no hay imposibilidad en las obligaciones genéricas, a no ser que desaparezcan todas las cosas pertenecientes al género [→ Nociones de obligaciones, Tema 4, 3]. Si en lugar de imposibilidad, lo que hay es dificultad, habrá que acudir al régimen de la alteración sobrevenida de las circunstancias que estudiaremos enseguida.
- Ser **sobrevenida**, es decir, posterior a la celebración del contrato. Si es anterior, nos encontramos ante una cuestión distinta, relativa a la validez del contrato.
- Ser **fortuita**. Eso sí, la carga de la prueba del caso fortuito recae sobre el deudor, como ejemplifica muy claramente el art. 1183 CCiv: **si no se puede probar qué causó la imposibilidad, se presume que fue por culpa del deudor**. Son caso fortuito, siempre que sean imprevisibles e inevitables, un hecho de la naturaleza (rayo que destruye el objeto de la obligación) o un acto de tercero; eso sí, no vale como tercero la persona o empresa a la que el deudor encarga que ejecute todo o parte de la obligación (por eso se dice que la responsabilidad contractual por hechos ajenos es más amplia que la extracontractual [→ Nociones de responsabilidad civil, Tema 3, 5.3]: el deudor responde de las personas o empresas que le auxilian en el cumplimiento aunque no exista con ellas una relación de dependencia).
- No encontramos ante uno de los **casos en los que el legislador establece una responsabilidad objetiva del deudor** que pone a su cargo todas o algunas de las imposibilidades fortuitas. Aquí tienes tres ejemplos:
 - Si la imposibilidad fortuita se produce una vez que el deudor ha entrado en mora (sobre la mora, ver apartado 1.3), **el deudor moroso corre con los riesgos** (arts. 1096 3º y 1182 CCiv) (*perpetuatio obligationis* = perpetuación de la obligación) y debe indemnizar al acreedor.

- Para el comodato, el art 1744 del CCiv establece que, “si el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del conve- nido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito”.
- El art. 1784 CCiv impone al hotelero la responsabilidad por la pérdida o deterioro de los bienes depositados por los clientes, con solo dos excepciones: el robo a mano armada y una fuerza mayor equivalente.

Veamos con detalle cómo afecta esta defensa del deudor -la imposibilidad sobrevenida y fortuita- a los remedios que, como sabemos, tiene el acreedor. Es evidente, para empezar, que neutraliza la acción de cumplimiento *in natura*, ya que tendría un objeto imposible. Nos centramos, por ello, en la indemniza- ción (cumplimiento por equivalente y otros daños sufridos por el acreedor) y en la resolución del contrato.

B. Efectos sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios

La respuesta del Código Civil (arts. 1156, 1182, 1184) es tajante: con la imposibilidad sobrevenida y for- tuita la obligación se extingue y **el deudor queda liberado** sin tener que hacer frente a ninguna respon- sabilidad. Lo único que le queda al acreedor es la posibilidad de subrogarse en las **acciones que el deudor tuviera contra terceros** (art. 1186 CCiv): por ejemplo, contra el tercero que causó culpablemente la pér- dida de la cosa debida o contra el seguro si la cosa estuviera asegurada.

Lo mismo vale para el caso de que la imposibilidad fortuita sólo haya sido temporal y haya dado lugar exclusivamente a una mora en el incumplimiento: el acreedor nada podrá reclamar por la **mora fortuita**.

C. Efectos sobre la resolución del contrato

¿Qué ocurre si la imposibilidad sobrevenida y fortuita se produce dentro de una relación contractual donde hay prestaciones recíprocas (la mayoría: compraventa, obras, servicios, arrendamientos, etc.)? El deudor de la prestación imposible se libera, pero ¿mantiene el derecho a recibir la contraprestación o esta también se extingue?

La regla general es que el acreedor puede emplear la resolución (y la suspensión del cumplimiento) cuando el cumplimiento de la obligación recíproca resulta fortuitamente imposible, a no ser que los riesgos del contrato recaigan sobre él. Lo explico.

La interpretación del art. 1124 por la que se inclinan jurisprudencia y doctrina permite al acreedor de la obligación extinguida por imposibilidad fortuita resolver el contrato. Es la regla, además, que se observa en muchos lugares de la legislación jurídico-privada, como, por ejemplo, los arts. 1589 y 1590 CCiv (con- trato de obra), 1595 CCiv (contrato de obra con persona determinada), 1558 y 1568 CCiv (arrendamiento de fincas rústicas o urbanas), 28 LAU (arrendamientos urbanos de vivienda), etc.

En síntesis, entonces, **el deudor que incumple por causa fortuita** no tendrá que indemnizar al acreedor, pero **perderá el derecho a recibir la contraprestación, ya que el acreedor podrá resolver el contrato**.

Aunque la regla general, como vemos, es que en los contratos con obligaciones recíprocas el acreedor no corra con los riesgos del contrato (pueda resolverlo si el deudor no cumple, aunque ello se deba a una causa fortuita), los contratantes o el legislador pueden establecer **reglas especiales para algunos contra- tos**. Es el caso, por ejemplo, de la compraventa.

La regulación de la compraventa en el Código Civil (y también, como habrás podido comprobar o com- probarás en la correspondiente asignatura, en el Derecho Mercantil) se separa de la regla general sobre los riesgos del contrato. La interpretación que la jurisprudencia ha dado al difícil art. 1452 CCiv asigna los **riesgos de la compraventa** al comprador (“*periculum est emptoris*” = el peligro es del comprador): deberá pagar el precio (o darlo por perdido si ya lo ha pagado) aunque se extinga la obligación del ven- dedor por pérdida fortuita de la cosa vendida.

En la **compraventa de bienes muebles por consumidor**, la ley establece una excepción a la excep- ción: el comprador consumidor no corre con los riesgos del contrato si la cosa vendida se pierde en

tránsito, aunque sea por causa no imputable al vendedor; de acuerdo con el art. 66 ter LGDCU el consumidor solo corre con los riesgos en el poco habitual caso de que se haya acordado que el transporte se realice por un transportista distinto de los ofrecidos por el empresario vendedor.

6.4. Prescripción

No existe un plazo especial de prescripción de las acciones de cumplimiento, indemnización y resolución que acabamos de estudiar, por lo que se aplica el plazo general de las acciones personales, que es de **5 años** (art. 1964 CCiv).

Para algunos incumplimientos, el legislador fija plazos más reducidos. Por ejemplo, el art. 1967 CCiv concede solamente 3 años para la reclamación de los honorarios de profesionales o del precio de las ventas a consumidores.

6.5. Alteración sobrevenida de las circunstancias (*rebus sic stantibus* = “estando las cosas así”)

Puede ocurrir, sobre todo en contratos de larga duración, que se produzcan alteraciones que no fueron previstas en el momento de contratar y que modifiquen esencialmente el valor de la prestación debida por uno de los contratantes y hagan el cumplimiento excesivamente oneroso. La jurisprudencia permite en tales casos solicitar del juez una **modificación del contrato** que lo ajuste a las nuevas circunstancias.

Aunque esta modificación del contrato puede ser objeto de una demanda independiente y previa, lo más normal es que se trate de una defensa opuesta por el deudor frente a una demanda por incumplimiento.

Se trata de una **medida totalmente excepcional**, de aplicación sumamente restrictiva. Debe ocurrir:

- Una **alteración extraordinaria de las circunstancias**. No se considera como tal, hoy en día, la mera devaluación del precio del dinero por efecto de la inflación. En cambio, los tribunales vienen considerando un “hecho notorio” la condición extraordinaria de la “crisis de 2008”; la pandemia de coronavirus de 2020 constituye otro ejemplo.
- La alteración ha de ser **imprevisible** y no ha de estar “descontada” en la economía del contrato.
- Debe causar una **desproporción sustancial** entre las prestaciones de los contratantes, sea por excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes, sea por devaluación de la de la parte contraria.

Tema 3. Cumplimiento defectuoso

1. Defectos aparentes en el momento del cumplimiento y defectos que se manifiestan después del cumplimiento (o durante su ejecución)

Sobre todo en obligaciones de dar, puede ocurrir que el deudor pretenda entregar una cosa que no se ajusta a la calidad o cantidad pactada en el contrato. En tal caso, el acreedor tiene **derecho a negarse a recibir** (arts. 1166, 1167, 1169 CCiv) [→ Nociones de obligaciones, Tema 5, 3], ya que estamos ante un incumplimiento: si el deudor no reajusta su prestación a lo pactado, el acreedor podrá emplear los remedios contra el incumplimiento que hemos visto en el tema 2. Si el deudor piensa que la prestación es correcta, puede proceder a la consignación judicial (art. 1176 CCiv) para conseguir que el juez declare que la prestación es correcta (art. 1180 CCiv) [→ Nociones de obligaciones, Tema 5, 4].

El régimen del cumplimiento defectuoso, que es objeto de este tema, se aplica en aquellos otros casos en los que el acreedor no ha detectado la defectuosidad de la prestación con la que el deudor pretende cumplir

su obligación y, por tanto, no ha podido rechazarla. Los defectos de los que nos vamos a ocupar son los que se manifiestan después del cumplimiento (o durante su ejecución).

2. Régimen general del cumplimiento defectuoso

2.1. Regulación

Curiosamente, el CCiv carece de una regulación general del cumplimiento defectuoso y de sus remedios, más allá de que el art. 1101 CCiv diga que “quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones (...) de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”. Sobre esta base, la jurisprudencia ha ido perfilando algunas directrices sobre el cumplimiento defectuoso que se explican en los dos siguientes apartados.

Sí tienen regulación específica del cumplimiento defectuoso **algunos de los principales contratos** en los que se puede presentar este tipo de incumplimientos, como la compraventa o los contratos relacionados con la edificación. Eso no significa, como veremos, que el régimen general del cumplimiento defectuoso resulte totalmente apartado por esta regulación especial.

Quedan abandonados a la regulación general que ahora explicamos el resto de los contratos, singularmente, la mayoría de los de prestación de servicios y de obras distintas de la edificación.

2.2. Carga de la prueba

No hay reglas explícitas sobre la **carga de la prueba**, aunque parece que lo lógico es que sea el **acreedor** quien deba demostrar que el cumplimiento, que se ha llevado a cabo con su aceptación, ha resultado defectuoso.

El objeto de la prueba dependerá de la naturaleza de la obligación, conforme a lo pactado: en las llamadas obligaciones de **resultado**, como son casi todas las obligaciones de dar, bastará con que se pruebe que el resultado de la prestación no se ajusta a lo esperado (el producto es defectuoso, no tiene la calidad pactada); en las llamadas obligaciones de **medios**, como son, por ejemplo, muchas de las prestaciones profesionales médicas o de abogados, no bastará con acreditar que el servicio prestado no ha producido los efectos deseados, sino que hará falta probar que ello se ha debido a una infracción por el profesional de su *lex artis*.

2.3. Remedios

Con base fundamentalmente en los arts. 1101 y 1124 CCiv, el acreedor que recibe una prestación defectuosa dispone de los siguientes remedios:

■ Alternativamente, **uno de estos tres**:

- Exigir una **reparación “in natura”**, es decir, que el propio deudor repare lo defectuoso; es un remedio bastante habitual en contratos de obra. Aunque el art. 1098 CCiv lo presenta como preferente, la jurisprudencia tiende a respetar la elección del acreedor si no es abusiva; es razonable que no escoja la reparación “in natura” si los hechos demuestran que no puede confiar en el deudor (por ejemplo, si han sido infructuosos los requerimientos previos para que llevara a cabo la reparación o si hay razones para dudar de su pericia).
- Reclamar una **cantidad equivalente al demérito de la prestación**; puede ser el coste de la **reparación** (ya ejecutado o meramente presupuestado) o una **estimación de la devaluación** que sufre la prestación como consecuencia del defecto (*quantum minoris*). Si el precio de la prestación que ha resultado defectuosa no ha sido todavía abonado totalmente, puede plantearse como una **reducción del precio**.

- **Resolver el contrato**, pero siempre que se trate de un defecto relevante, no menor; tan grave como para considerar que, en realidad, el incumplimiento es absoluto, que se ha cumplido con una prestación no peor de lo prometido, sino distinta: “*aliud pro alio*” (= “otra cosa por aquella”, “gato por liebre”).

■ Con cualquiera de los tres remedios enumerados, **también** puede reclamarse una **indemnización por los daños materiales o personales** que el cumplimiento defectuoso haya causado al acreedor; por ejemplo, si un acto médico perjudica la salud del paciente, este podrá reclamar por sus lesiones. Como con el incumplimiento, el concepto de daño incluye los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y los daños morales [→ Nociones, Tema 2, 4.2].

■ Por último, como ocurría con la falta de cumplimiento, también en caso de cumplimiento defectuoso de obligaciones recíprocas es lícito **suspender total o parcialmente el cumplimiento**. El acreedor que sufre un cumplimiento defectuoso dispone, por ello, ante una posible demanda, de una excepción de cumplimiento defectuoso (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

Naturalmente, la suspensión ha de ser **proporcionada** al grado de incumplimiento de la otra parte; por ejemplo, no es correcto suspender el pago del precio total por el mero hecho de que la prestación ejecutada presente un defecto menor.

3.1. Regímenes de garantía respecto de bienes

A. Introducción

Es frecuente que el legislador establezca, para ciertos contratos, regímenes especiales de garantía respecto de los **defectos que puedan aparecer en los bienes después de su entrega**.

Sus características generales son:

- Suelen estar sujetos a un régimen de **responsabilidad objetiva**.
- En ocasiones, se trata de un **régimen escalonado**: el régimen de garantía, objetivo, otorga un nivel limitado de protección (por ejemplo, solamente la reparación del bien defectuoso); para lograr una protección absoluta (por ejemplo, indemnización de los daños causados por el defecto) hay que acudir al régimen general del cumplimiento defectuoso que acabamos de ver.
- El régimen de garantía sólo cubre los defectos que se manifiesten dentro de un plazo, llamado **plazo de garantía**. Es importante distinguir este plazo de garantía (dentro del cual debe manifestarse el defecto) del **plazo de prescripción** (dentro del cual debe interponerse la demanda). El juego de ambos plazos no siempre es fácil.

B. El saneamiento en la regulación de la compraventa en el Código Civil

El régimen del llamado “saneamiento” se ocupa de tres defectos que la cosa vendida puede padecer al tiempo de la entrega y manifestarse con posterioridad:

- que tenga defectos materiales, de calidad (“**vicios ocultos**”)
- que esté sujeta a algún gravamen, como, por ejemplo, una servidumbre (“**gravámenes ocultos**”)
- que resulte que su verdadero propietario sea un tercero y este la reivindique del comprador (“**evicción**”).

Para estos casos, el régimen de saneamiento, recogido en los arts. 1474 y ss CCiv, establece una **responsabilidad escalonada** del vendedor:

- Es **objetiva**, en el primer escalón, porque se impone aunque el vendedor no conociera ni tuviera ninguna responsabilidad en la existencia de estos defectos. El comprador solo tiene que probar que los defectos, ocultos, existían cuando se perfeccionó el contrato. Eso sí, esta responsabilidad

objetiva está limitada a la **resolución del contrato** (acción redhibitoria) o **reducción del precio** (acción *quantum minoris*). Como mucho, puede reclamar también algunos gastos realizados en la contratación o en la conservación de la cosa objeto del contrato (por ejemplo, art. 1478 CCiv para el caso de evicción).

- Respecto de otros daños que pueda haber sufrido el comprador, el régimen es de responsabilidad **subjetiva**: solamente se indemnizarán si se prueba el conocimiento de los defectos por parte del vendedor.

Este régimen especial de responsabilidad está sujeto, para los defectos materiales (vicios ocultos) a un **plazo de 6 meses**, que es **mixto de garantía y ejercicio de los derechos**, además de ser de **caducidad**: el *dies a quo* es la fecha de la entrega y dentro del plazo deben presentarse no solamente el defecto sino también la correspondiente reclamación judicial. La jurisprudencia permite **soslayar este plazo** cuando el defecto es tan **grave** que constituye no un cumplimiento defectuoso sino un incumplimiento esencial, por ser la cosa diferente de lo prometido o totalmente inhábil para su uso, no solamente de peor calidad ("*aliud pro alio*"). En tal caso, se aplica el régimen general de resolución por cumplimiento defectuoso que hemos visto en el apartado 2.3.

El saneamiento por gravámenes ocultos está sujeto a un plazo más amplio (art. 1483 CCiv), mientras que el saneamiento por evicción se rige por el plazo general de 5 años del art. 1964 CCiv.

C. La garantía legal en la compraventa de productos de consumo (LGDCU)

Para la compraventa (o fabricación a medida del consumidor) de bienes muebles de consumo, sean corporales, corporales con elementos digitales (por ejemplo, un móvil) o digitales (por ejemplo, una aplicación de móvil o un archivo multimedia), la LGDCU (arts. 114 y ss.) establece un régimen de especial protección del consumidor mediante una **responsabilidad objetiva y limitada del vendedor** (y, en algún caso, del productor). Sus notas principales son:

- Para que el consumidor tenga derecho a los remedios que se exponen a continuación, es necesario que se le haya entregado un bien **no conforme**, algo que es cuidadosamente definido en los artículos 115 y ss. LGDCU. La regulación presta especial atención a la conformidad de los bienes o componentes digitales: compatibilidad, interoperabilidad, actualización...
- Los remedios de que dispone el consumidor se presentan en **dos niveles**:
- en primer lugar, el consumidor tiene derecho, de forma totalmente **gratuita**, a la **reparación** o la **sustitución** del producto defectuoso;
- en segundo lugar, si la reparación o sustitución reclamadas no se realizan en un plazo razonable o no logran un producto conforme, el consumidor puede exigir la **reducción del precio** o, si la falta de conformidad no es de escasa importancia, la **resolución** del contrato.
- En este régimen de garantía juegan tres plazos distintos:
- Un **plazo de garantía** (de uno a tres años, según el tipo de bien), a contar desde la entrega, dentro del cual debe manifestarse el defecto para que el consumidor pueda emplear los remedios aludidos.
- Dentro de este plazo se incluye uno más corto (uno o dos años, según el tipo de bien), dentro del cual se **presume** que el defecto existía al entregarse el bien (con lo que se libera al consumidor de esta prueba).
- Un **plazo de prescripción**, que será el general de 5 años del art. 1964 CCiv, a contar desde la manifestación de la falta de conformidad.
- La responsabilidad recae sobre el **vendedor**, aunque, en ciertas circunstancias, el consumidor puede reclamar directamente al fabricante.
- Estos remedios pueden complementarse con una **indemnización** de daños y perjuicios, pero **sujeta al régimen general que se deriva del CCiv**.

- En muchos casos, la garantía legal que hemos descrito en los párrafos anteriores se completa con la llamada “**garantía comercial adicional**”, que, de forma voluntaria, es ofrecida directamente por el fabricante y supone una ampliación o suplemento (por ejemplo, un plazo de garantía más largo) respecto de la garantía legal de que disfruta el adquirente.
- Finalmente, la LGDCU impone al fabricante la obligación de garantizar la existencia de un adecuado **servicio técnico y repuestos** durante un mínimo de 10 años desde que el bien deje de fabricarse.

D. Saneamiento en la compraventa mercantil (Código de Comercio)

Como habrás estudiado o estudiarás en las asignaturas de Derecho Mercantil, el régimen de saneamiento en la compraventa mercantil se caracteriza por la extrema brevedad de sus plazos (4 días para los defectos aparentes en mercancías que se han recibido empaquetadas: art. 336 CCom; 30 días para los vicios ocultos: art. 342 CCom).

E. Defectos en edificaciones (LOE)

En primer lugar, el art. 6 LOE concede a quien promueve una obra el derecho a rechazar la recepción de la misma si el edificio finalizado está incompleto o no se ajusta a lo pactado.

En segundo lugar, la LOE se ocupa del frecuente caso en el que, tiempo después de finalizado un edificio, se descubren defectos en el mismo:

- El art. 17 LOE establece una **responsabilidad objetiva del promotor y cuasiobjetiva de los demás agentes** intervinientes en la construcción respecto de los vicios o defectos que presente el edificio o una parte del mismo. Esta responsabilidad está limitada por un **plazo de garantía** a contar desde la recepción del edificio, cuya extensión es de 10 años para los vicios ruínógenos y de 3 años para los que, sin tener tal gravedad, afecten a la habitabilidad del edificio.
- Además, el constructor responde de los defectos de acabado que se manifiesten en el plazo de un año.
- Puede reclamar esta responsabilidad el **propietario actual** del inmueble, aunque no sea quien lo adquirió del promotor.
- El plazo de **prescripción** de estas acciones es de 2 años desde la manifestación de los defectos (art. 18).

3.2. Regímenes especiales de algunos servicios

A. Cumplimiento defectuoso en viajes combinados

El art. 162 LGDCU regula lo que ocurre cuando el consumidor no recibe la prestación esperada en alguno de los servicios que forman parte de un viaje combinado («paquete turístico»). Del mismo modo que la LOE concentra la responsabilidad en la figura del promotor, la LGDCU lo hace en el organizador del viaje (mayorista, turoperador) y la agencia detallista (minorista), que responderán objetiva y solidariamente frente al consumidor (art. 162.1). En términos algo menos objetivos, responderán también si el consumidor sufre un daño en sus bienes o en su persona (art. 162.2).

B. Servicios de comunicaciones electrónicas

En la “Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas” (RD 899/2009) se regula la indemnización a que tienen derecho los usuarios en caso de interrupción de los distintos servicios: telefonía (fija y móvil) e Internet (fijo y móvil) (arts. 15 y ss.). La indemnización consiste en un descuento del coste del servicio proporcional a la duración de la interrupción; el descuento es más reducido cuando la prestadora del servicio demuestra que la interrupción se debió a fuerza mayor.

C. Servicios digitales y suministro de contenidos digitales

El régimen de conformidad de la LGDCU que hemos explicado en el apartado 3.1.C, se aplica, con alguna peculiaridad, a los contratos de:

- **servicios digitales;** un servicio digital es, según el art. 59 bis.1 LGDCU, “un servicio que permite al consumidor o usuario crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos”; un ejemplo: el servicio de correo electrónico.
- **suministro continuo de contenidos digitales,** como las plataformas de televisión de pago.

Entre las aludidas peculiaridades destacan:

- La normativa no sólo se aplica a los contratos en que media un precio, sino también a aquellos gratuitos en los que el proveedor emplea los datos del consumidor más allá del mínimo que es imprescindible para el funcionamiento técnico del servicio.
- Si la falta conformidad conduce a la resolución del contrato por el consumidor, “el consumidor o usuario tendrá derecho a recuperar los contenidos digitales que haya creado al utilizar los contenidos o servicios digitales sin cargo alguno, sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente”.

Tema 4. Responsabilidad patrimonial y solvencia

1. La responsabilidad patrimonial universal

1.1. Idea general

Como sabemos, el deudor que incumple una obligación puede ser condenado a dar una cantidad de dinero (por ejemplo: pago de las rentas vencidas por el arrendatario, pago del precio por el comprador, restitución de lo cobrado por el vendedor si se resuelve el contrato, etc.).

Cuando el deudor es condenado a otra prestación distinta que dar una cantidad de dinero (*dar*, como, por ejemplo, entregar la cosa vendida o restituir el bien alquilado al término del arrendamiento; *hacer*, como, por ejemplo, realizar la obra encargada; *no hacer*), si esta no fuera posible (el vendedor ya no tiene la cosa que está obligado a entregar, se niega a realizar la obra debida, etc.), será condenado al pago del equivalente pecuniario de la prestación debida (ver 701.3, 702, 706, 709.3, 710.3 LEC). Además de todo ello, el deudor incumplidor debe indemnizar los demás daños causados por el incumplimiento (que es otra obligación pecuniaria).

Vemos, entonces, que casi todas las acciones derivadas de incumplimiento incluyen una condena pecuniaria (indemnización de daños y perjuicios), que muchas consisten en una condena pecuniaria (la prestación debida o a restituir es pecuniaria) y las restantes, si “las cosas se ponen feas”, acaban consistiendo también en una condena pecuniaria por equivalente.

Pues bien, **el acreedor de esta prestación pecuniaria tiene derecho a hacerla efectiva sobre todo el patrimonio del deudor** (art. 1911 CCiv), lo que implica que los tribunales, al ejecutar la sentencia que condena al deudor, procederán al **embargo** de sus bienes, a su **venta en pública subasta** y al **pago al acreedor** con el dinero resultante de dicha subasta. Además, el deudor sigue debiendo hasta que se produzca el pago íntegro, lo que permite, por ejemplo, que se le embargue el sueldo o las rentas a que tenga derecho (ver art. 592 LEC). Todo este procedimiento de ejecución se estudia en Derecho Procesal. Lo que interesa aquí es comprender la responsabilidad patrimonial universal del deudor: con las limitaciones

que fija la normativa procesal, **todo su patrimonio, presente y futuro, está afecto (es ejecutable, embargable) al cumplimiento de sus obligaciones.**

1.2. Segunda oportunidad

La extensión de la responsabilidad por deudas al patrimonio futuro, es decir, a prácticamente todos los ingresos que pueda recibir en el futuro el deudor, supone un gran problema para los particulares y, sobre todo, profesionales autónomos que han sufrido un revés económico. Para evitarlo, existe el régimen de la llamada “segunda oportunidad” (arts. 486 y ss. Ley Concursal, “beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho”); la “segunda oportunidad” permite que, dándose las condiciones previstas en la ley, el deudor que ha caído en una situación de insolvencia **se libere de esta responsabilidad** (se remitan total o parcialmente las deudas impagadas) y pueda iniciar una nueva vida o un nuevo negocio sin el peso de las deudas pendientes.

2. Medidas de protección del patrimonio del deudor a favor de un acreedor individual

2.1. Idea general

El Derecho considera que el interés del acreedor en tener a su alcance un patrimonio suficiente del deudor es digno de protección, por lo que le concede algunos **remedios para garantizar el éxito de la ejecución de su crédito sobre dicho patrimonio (u otro complementario)**:

- Unos remedios van destinados a mantener la integridad del patrimonio y que no salgan de él bienes que causen la insolvencia del deudor (apartado 2.2).
- Otros remedios persiguen la entrada en el patrimonio de bienes que el deudor puede reclamar de terceros (apartado 2.3).
- Adicionalmente, al acreedor le puede interesar que otro acreedor no ataque (en ejecución) aquellos bienes que resultan más fáciles de embargar y ofrecen mayor garantía de éxito (apartado 2.4).
- En algunos casos, el legislador opta por reforzar especialmente la solvencia de ciertas empresas obligándolas a mantener determinadas garantías (apartado 2.5).

2.2. Remedios dirigidos a la conservación de los bienes del deudor

A. Acción de nulidad por simulación absoluta

Para evitar un embargo de su patrimonio por los acreedores, los deudores pueden intentar simular, mediante contratos simulados, la “puesta de sus bienes a nombre de terceros”. Estos contratos simulados pueden ser atacados mediante una acción de nulidad por simulación [→ Nociones, II, 6.2]. Como la legitimación activa está abierta a cualquier interesado en que conste la realidad de los hechos frente a la falsa apariencia, los tribunales consideran legitimado al acreedor que ostente una legítima expectativa de atacar los bienes simuladamente enajenados. Como acción de nulidad que es, resulta imprescriptible.

B. Acción revocatoria, pauliana o de rescisión por fraude de acreedores

La acción de rescisión por fraude de acreedores está regulada en los arts. 1111 y 1291 3º y ss. CCiv. Con ella, un acreedor puede **impugnar los contratos o pagos realizados por el deudor después de haber contraído la obligación incumplida que reduzcan el patrimonio del deudor de tal manera que resulte insuficiente** para cubrir todas sus deudas, incluida la del acreedor accionante.

Es lógico, por tanto, que se consideren fraudulentas las **donaciones** (art. 1297 CCiv), que son, por definición, pura pérdida. Si la donación se ha encubierto bajo forma de compraventa o contrato análogo, habrá

que combinar una acción de nulidad por simulación relativa, destinada a demostrar que la aparente compraventa es, en realidad, donación, y la de rescisión de esta donación por fraude de acreedores.

En los demás casos, es decir, en los contratos onerosos, es necesario demostrar que el contrato era **perjudicial para el patrimonio** del deudor y cierto grado de **connivencia** por parte del tercero que contrata con él.

Suele decirse que la rescisión por fraude de acreedores es un **remedio subsidiario**: sólo se puede emplear si no existe otra manera de hacer efectivo el crédito del acreedor; no podrá ejercitarse, por ejemplo, si existe un fiador solvente. Los tribunales han **suavizado bastante este requisito**: no es necesario que el acreedor acredite haber llevado hasta el final, de forma infructuosa, el proceso de ejecución que antes se ha explicado; basta con que pruebe, de forma suficiente, que el deudor es insolvente.

Esta acción está sometida a un **plazo de caducidad de 4 años** que empieza a contar cuando se realiza el acto objeto de impugnación.

2.3. Remedios dirigidos al ingreso en el patrimonio del deudor de bienes que se le adeudan: la acción subrogatoria

Mediante la acción subrogatoria, el acreedor reclama el pago de lo que es debido al deudor por terceros (**el acreedor reclama al deudor de su deudor**); de esta manera, **estos pagos ingresan en el patrimonio del deudor** y acaban beneficiando al acreedor. Está regulada en el art. 1111 CCiv. Coincide con la acción de rescisión por fraude de acreedores en su naturaleza subsidiaria.

2.4. Remedios dirigidos a evitar que otros acreedores hagan efectivos sus créditos sobre ciertos bienes del deudor: la tercería de mejor derecho

Embargados bienes del deudor por iniciativa de un acreedor, otro acreedor, mediante el ejercicio de la **tercería de mejor derecho**, puede conseguir que, de lo obtenido en la subasta, sea él el primero en cobrar y el acreedor embargante quede a resultas. Para ello, debe justificar que su crédito es más **privilegiado** que el del embargante. La regulación de estos privilegios en el CCiv está muy anticuada y debe convivir, además, con otros privilegios establecidos en leyes especiales a favor de los trabajadores, la Hacienda Pública, la Seguridad Social, etc.

Existen privilegios especiales, que recaen sólo sobre ciertos bienes, muebles o inmuebles, del deudor (arts. 1922 y 1923 CCiv); y privilegios generales, sobre cualquier bien del deudor (art. 1924).

2.5. Medidas legales especiales de prevención y garantía frente a la insolvencia del deudor

A. Idea general

Al legislador le preocupa la solvencia de ciertas empresas, en particular a favor de sus clientes. Para mantenerla, establece, por ejemplo, mecanismos de autorización y supervisión que incluyen requisitos como capital social mínimo, auditoría de la cuentas, etc. En otras ocasiones, el legislador opta por proteger al acreedor mediante el establecimiento de responsabilidades solidarias, de manera que cuente con varios patrimonios responsables (ejemplos: art. 17.3 LOE: establece la solidaridad de promotor y agentes de la edificación; art. 124 LGDCU: extiende al productor la garantía legal que recae sobre el vendedor; art. 162 LGDCU: corresponsabiliza a organizador y detallista de los incumplimientos en el contrato de viaje combinado). Uno de los recursos que puede emplear el legislador consiste en imponer a uno de los contratantes la obligación de establecer garantías orientadas a proteger al contratante más débil (por ejemplo el consumidor) o los propios intereses de la economía. Con ellas se trata, fundamentalmente, de evitar los riesgos derivados de la insolvencia de un empresario o profesional. A esta finalidad sirven las garantías de constitución obligatoria (apartado B) y los fondos de garantía (apartado C).

B. Garantías de constitución obligatoria

En ocasiones, el legislador, para proteger al contratante potencialmente perjudicado por la insolvencia de un empresario o profesional, impone a este el **deber de constituir garantía** (aval bancario, seguro o depósito). Algunos ejemplos:

- La **responsabilidad del promotor en el contrato de edificación** [→ Nociones de responsabilidad contractual, Tema 3, 3.1.D] puede resultar inútil si, cuando se reclama, la sociedad promotora es insolvente o se ha extinguido. Por eso, el art. 19 LOE obliga a contratar a favor de los adquirentes de una vivienda una garantía (seguro de daños materiales, seguro de caución o garantía financiera) que cubra, al menos, la responsabilidad decenal (por vicios ruinógenos: art. 17.1.a).
- El art. 163 LGDCU, en la misma línea, impone a organizadores y agencias que ofrecen **viajes combinados** la obligación de constituir y mantener una garantía que permita responder de los incumplimientos y, si incurren en insolvencia, garanticen la restitución de lo pagado y la repatriación si se produjera durante el viaje.
- La disposición adicional primera LOE establece una obligación muy reforzada, a cargo del promotor de **viviendas en construcción**, de garantizar la restitución de las cantidades anticipadas por los adquirentes, con intereses legales, si la obra no se inicia o no se entrega en el plazo fijado.

La cada vez más frecuente imposición de **seguros obligatorios de responsabilidad civil** para el ejercicio de ciertas actividades encaja también en esta categoría de las “garantías de constitución obligatoria”, en este caso, para proteger a los potenciales perjudicados.

C. Fondos de garantía

En otras ocasiones, el sistema de cobertura de este riesgo a favor de los acreedores (muchas veces, consumidores) consiste en la **creación de un fondo** con aportaciones de los empresarios del sector y control público. Dos ejemplos:

- El “Fondo de Garantía de Depósitos” (Real Decreto-ley 16/2011), que garantiza hasta 100.000 € a todo depositante bancario frente al riesgo de insolvencia de su entidad.
- El Consorcio de Compensación de Seguros tiene, entre una de sus funciones, la de cubrir el riesgo de que una aseguradora resulte insolvente y no pueda, por ello, hacer frente a sus obligaciones con los asegurados y terceros perjudicados.

3. El concurso de acreedores

Lo más normal es que la insolvencia del deudor no afecte a un solo acreedor, sino que el deudor deje de pagar a varios de ellos. Cuando esto ocurre, se produce una situación de concurso de acreedores, regulada actualmente en la Ley Concursal. Las líneas básicas del concurso de acreedores son:

- Se trata de un **procedimiento judicialmente tutelado**, en el que se permite que los acreedores puedan llegar a acuerdos acerca de la marcha y resultado del concurso.
- Se nombran **administradores** del patrimonio del deudor. Entre sus funciones se encuentra, en primer lugar, la de mantener en funcionamiento la empresa del deudor si es viable y conviene que continúe su actividad. Deben, asimismo, reunir todas las deudas del concursado o “masa pasiva”, por un lado, y todos los bienes del deudor o “masa activa” (ejercitando, en su caso, las acciones mencionadas en el ap. 4.2, con algunas peculiaridades), por otro. Salvo acuerdo entre deudor y acreedores, finalmente se liquidan (se convierten en dinero) los bienes del deudor.
- El dinero líquido resultante se distribuye entre los acreedores de acuerdo con ciertas preferencias que establece la ley.

4. Sistemas alternativos de cobro

Para ahorrarse la tramitación de un proceso judicial y, en muchas ocasiones, en la convicción de que el deudor insolvente ha puesto su patrimonio a salvo de los acreedores de manera subrepticia, algunos acreedores acuden a **empresas de cobro**. La labor de estas empresas especializadas no puede superar los límites legales; por ello, son condenadas por los tribunales, penales o civiles, cuando emplean **técnicas de coacción o humillación del deudor**.

5. Ficheros de morosos

Bajo las estrictas condiciones que fija el art. 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, los acreedores pueden incluir al deudor que incumple sus obligaciones en un “sistema de información crediticia”, vulgarmente denominado “fichero de morosos”. Esos ficheros sirven para que las empresas afiliadas al servicio estén informadas sobre la solvencia de sus potenciales deudores.

El TS ha declarado que no es legítima la inclusión de un deudor en el fichero cuando persigue una evidente función coercitiva. Por ello, si el acreedor o la empresa que presta el servicio no se ajusta al procedimiento establecido en el art. 20 o el crédito en cuestión es inexistente o simplemente dudoso, los tribunales suelen condenarles al pago de una indemnización por los daños causados, fundamentalmente morales.

Tema 5. Garantías frente al incumplimiento y la insolvencia

1. Idea general

Como puede deducirse de lo estudiado hasta ahora, el posible incumplimiento del deudor genera en todo acreedor dos preocupaciones:

- Tener que acudir a juicio para hacer efectivo su derecho de crédito (**riesgo de incumplimiento**, en sus dos formas: falta de cumplimiento y cumplimiento defectuoso).
- Correr el riesgo de que la sentencia de condena obtenida no puede ejecutarse por insolvencia del deudor, con o sin concurso de acreedores (**riesgo de insolvencia**).

Ambos riesgos (incumplimiento e insolvencia) son especialmente intensos en las obligaciones unilaterales (por ejemplo, préstamo) y en las obligaciones recíprocas si una de las partes cumple su prestación y la de la contraparte queda aplazada; si, por el contrario, el cumplimiento de las obligaciones recíprocas es simultáneo, la resolución y la suspensión por incumplimiento ponen al acreedor a resguardo de buena parte de los riesgos de incumplimiento (y, consiguientemente, de los de insolvencia).

Pues bien, para reducir estos riesgos (incumplimiento y/o insolvencia) y mejorar la posición del acreedor, es posible pactar algunas medidas al tiempo de celebrar el contrato:

- Documentar el contrato en un **título ejecutivo** (por ejemplo, un pagaré o una letra de cambio). Los títulos ejecutivos pueden hacerse efectivos judicialmente mediante procedimientos especialmente rápidos y contundentes (sumarios y con embargo fácil). Así se protege al acreedor del inconveniente de tener que acudir a un procedimiento ordinario, más lento y con más garantías para

el demandado. Los títulos ejecutivos, de todas formas, no protegen al acreedor del riesgo de insolvencia: si no hay bienes que ejecutar, el acreedor quedará insatisfecho.

- Establecer una **garantía real**: consiste en que un bien del deudor quede afecto (hipotecado, pignorado, reservado) al cumplimiento de sus obligaciones, de tal manera que, en caso de incumplimiento, el acreedor pueda hacer efectivo su derecho sobre dicho bien; el bien se subasta y el acreedor se cobra del precio obtenido. Como la garantía real es un derecho real, oponible erga omnes, el acreedor puede hacerlo valer contra los adquirentes del bien y contra los demás acreedores del deudor. Por ello, la garantía real puede proteger al acreedor del riesgo de insolvencia, pues el acreedor cobrará, sobre el valor de la cosa objeto de la garantía, con preferencia (casi) absoluta. Además, muchas de las garantías reales se ejecutan mediante procedimientos ejecutivos especialmente simplificados. Asimismo, el acreedor puede contar con que al deudor no le interesará desprenderse del bien objeto de garantía (que es seguro que se subastará por menor valor que el real), por lo que es lógico pensar que se verá compelido a cumplir.
- Establecer una **garantía personal**, es decir, una suerte de suplemento del derecho de crédito o, si se quiere, un crédito añadido al crédito principal. Puede servir para compeler al deudor a cumplir, ante el riesgo de tener que pagar más o sufrir un perjuicio, pero no salvaguarda al acreedor del riesgo de insolvencia: si no hay patrimonio para hacer efectivo el crédito (y, en su caso, el crédito añadido de la garantía) el acreedor no cobrará; es verdad, con todo, que algunas garantías personales, como la fianza, permiten poner al alcance del acreedor más de un patrimonio (el del deudor y el del fiador).

Los títulos ejecutivos se estudian en Derecho Mercantil y Derecho Procesal. Las garantías reales en Derechos reales. Así que ahora sólo nos ocupamos de las garantías personales.

2. Garantías convencionales

2.1. La cláusula penal

En el contrato puede fijarse una **cantidad a pagar por el deudor para el caso de que se produzca un incumplimiento**, sea este definitivo (en tal caso, la cláusula penal consiste normalmente en una cifra pecuniaria) o simplemente moroso (en tal caso, es habitual pactar una cantidad por cada día, mes o año de retraso). Los intereses moratorios en deudas pecuniarias [→ Nociones, Tema 2, 4.2.C] pueden considerarse una cláusula penal. También supone el establecimiento de una cláusula penal (arras penales, para ser más precisos, ver apartado siguiente) la cláusula que establece que el vendedor, en caso de impago del comprador y consiguiente resolución del contrato, retendrá todo o parte de la parte del precio ya pagada.

Las ideas clave de la cláusula penal son:

- Salvo pacto en contrario, **sustituye a la indemnización** de daños y perjuicios, no se acumula a la misma (1152 CCiv). Puede decirse, entonces, que la cláusula penal sirve de indemnización con independencia de que el daño sufrido por el acreedor sea mayor o menor que el importe de la cláusula.
- Salvo pacto en contrario, no permite al deudor dejar de cumplir abonando la cláusula penal; el acreedor puede exigir ante los tribunales el **cumplimiento forzoso** de la obligación (1153 CCiv).
- El juez puede **moderar equitativamente** la pena en función de las circunstancias del caso (1154 CCiv), aunque la jurisprudencia es muy restrictiva en cuanto a las condiciones que permiten emplear esta facultad moderadora.

2.2. Las arras o señal

Cuando, a la celebración de un contrato, una de las partes entrega una cantidad de dinero en concepto de “arras”, “señal”, “adelanto” o expresión análoga, la naturaleza de lo así pactado admite hasta cuatro diferentes calificaciones:

- **Contrato de opción:** la cantidad entregada constituye el precio o prima de la opción otorgada a una de las partes, que es libre de ejercitarla o no.
- Contrato en que se abona por adelantado una parte del precio; se trataría de un contrato en firme parcialmente ejecutado, sin ninguna peculiaridad: por eso se dice que la cantidad entregada son unas **arras confirmatorias**, un pago inicial y parcial que “da seriedad” al consentimiento contractual. Estamos simplemente ante un contrato normal que ya ha empezado a cumplirse por parte de quien entrega las arras.
- Contrato en el que la cantidad entregada determina el precio del desistimiento unilateral; como describe el 1454 CCiv: “si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas”. Se llaman **arras penitenciales** porque constituyen la “penitencia” que uno de los contratantes ha de sufrir para desligarse del contrato firmado.
- Contrato en el que la cantidad entregada tiene una función equivalente a una cláusula penal; de ahí su nombre de **arras penales**. Su régimen será el mismo que el de la cláusula penal, es decir, que le serán aplicables los arts. 1152, 1153 y 1154 que acabamos de ver.

Para determinar ante qué tipo de pacto nos encontramos será necesario interpretar con máximo esmero el contrato; la jurisprudencia dominante considera que, a falta de datos claros, **la calificación “por defecto” es la de las arras confirmatorias**.

En cualquiera de las cuatro hipótesis apuntadas, también se considera que, salvo acuerdo en contrario, la cantidad que se da se entiende entregada a cuenta del precio (se descuenta del precio).

2.3. Depósito en garantía y figuras análogas

El depósito en garantía consiste en la **entrega al acreedor de una cantidad de dinero** (o bienes fungibles) sobre los que dicho acreedor hará efectivos sus derechos en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del deudor. Es un depósito irregular, ya que su objeto no son cosas determinadas. A diferencia de las arras, la cantidad dada en depósito no sustituye a la indemnización (ni mucho menos se suma a la misma); al contrario, el acreedor solo puede hacer suya aquella parte del depósito que se corresponda con el perjuicio sufrido; si los daños son inferiores a la cantidad en depósito, el acreedor deberá devolver la diferencia, mientras que, si son superiores, podrá reclamar lo que falta.

Constituye depósito en garantía, por ejemplo, la llamada “**fianza arrendaticia**”, regulada en el art. 36 LAU.

Análoga función tiene la autorización de cargos en la tarjeta de crédito, habitual en ciertos contratos, como los de arrendamiento de vehículos.

2.4. Fianza o aval

A. Idea general

Es una forma muy común de garantía cuyo mecanismo consiste en que una persona (fiador o avalista) satisfaga la obligación si no lo hace el obligado principal. Como dice el art. 1822 CCiv, “por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste”. De esta manera, el fiador cubre el riesgo de incumplimiento e insolvencia del deudor principal, aunque el acreedor sigue corriendo el riesgo de que el fiador también resulte insolvente.

Aval y fianza son conceptos sinónimos. Fiador o avalista es quien se compromete a pagar una deuda ajena; deudor afianzado o avalado, quien es respaldado por la fianza.

Lo característico de la fianza es que da lugar a una **relación triangular** entre los tres sujetos participantes: acreedor, deudor y fiador; en los siguientes apartados se examinan con más detalle cada uno de los tres ramales de la fianza.

B. Relación acreedor-fiador

- Subsidiariedad

Si no se acuerda otra cosa, la responsabilidad del fiador frente al acreedor es subsidiaria. Esto quiere decir que solamente responde si el deudor afianzado incumple y es **insolvente**. Por eso, el fiador puede oponer el llamado “beneficio de excusión” (arts. 1830 y 1831 CCiv) si el acreedor pretende cobrar la deuda contra él.

Sin embargo, puede pactarse –y es muy normal que se haga– que la fianza tenga naturaleza **solidaria**. En tal caso, el fiador responde frente al acreedor como si fuera un **codeudor solidario**. Como dice el art. 1822, se aplicarán las reglas del CCiv sobre obligaciones solidarias; solamente en la relación interna el deudor responderá frente al fiador que ha pagado la deuda de acuerdo con las reglas de la fianza y no de las obligaciones solidarias.

- Accesoriedad

Como denotan los arts. 1824 o 1847 CCiv, la fianza tiene naturaleza accesorio de la deuda principal. De ahí que:

- Si la deuda afianzada se extingue por cualquier causa (nulidad, resolución, pago, condonación) también se extingue la fianza; por ello, el fiador puede oponer al acreedor las excepciones correspondientes (la excepción de pago, por ejemplo).
- El fiador puede deber menos, pero nunca más que el deudor. Por ello, puede oponer al acreedor todas las excepciones que pudiera oponer el deudor (por ejemplo, la exceptio non adimpleti contractus).
- Como, en principio, la modificación de la deuda por acuerdo entre deudor y acreedor extendería sus efectos a la accesorio fianza, se entiende que, si no hay acuerdo del fiador, o no le afecta (1835 2º CCiv) o, incluso, da lugar a la extinción de la fianza (art. 1851 CCiv).

C. Relación acreedor-deudor

En principio, la existencia de fianza no afecta a la relación principal, es decir, a la deuda existente entre deudor y acreedor; el deudor sigue debiendo al acreedor en los mismos términos en que debería si no hubiera fianza. Además, la nulidad de la fianza no se extiende a la obligación principal.

D. Relación fiador-deudor

El fiador que paga se convierte en acreedor del deudor principal. Los arts. 1838 y ss CCiv determinan qué es lo que puede reclamarle.

2.5. Seguros

Tratándose de cubrir ciertos riesgos (incumplimiento e insolvencia), no te sorprenderá que participen las empresas dedicadas, como negocio propio, a la cobertura de riesgos: las aseguradoras.

Existen dos seguros específicos para la cobertura de estos riesgos:

- **Seguro de caución:** lo toma el propio deudor a favor del acreedor para cubrir el riesgo de incumplimiento (art. 68 LCS).

- **Seguro de crédito:** lo toma habitualmente un empresario para cubrir el riesgo de insolvencia de sus clientes y generalmente incluye otros servicios añadidos, como el análisis de solvencia de los clientes o la gestión de cobros (arts. 69 y ss. LCS).

Para prevenir otros incumplimientos puede pactarse también que el deudor tome un seguro a favor del acreedor. Por ejemplo, en obligaciones de entrega o restitución de cosa determinada, puede tratarse de un seguro de daños que cubra la posibilidad de pérdida o deterioro de la cosa debida; o, en contratos de servicios médicos, un seguro de accidentes para cubrir la eventualidad de que el paciente sufra daños personales o un seguro de responsabilidad civil.