

JURISMAT

Revista Jurídica
Número 18
2023

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 18
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Directório Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Capa: Eduarda de Sousa
Data: Novembro 2023
Impressão: ACD Print
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	9
ARTIGOS	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA Da banalidade dos tempos – Vetores da base social do tecido jurídico-político contemporâneo	15
ANA PAULA LOUREIRO DE SOUSA Breve itinerário do pensamento filosófico-jurídico de João Baptista Machado	35
TERESA LUSO SOARES O testamento romano: alguns aspectos	59
MARIA DOS PRAZERES BELEZA A intervenção acessória provocada pelo réu em processo civil	71
ANA ISABEL SOUSA MAGALHÃES GUERRA A influência e a importância das minorias nas decisões societárias.....	91
ANDRÉ INÁCIO Ódio, do discurso ao crime	107
JOSÉ PENIM PINHEIRO Crítica à culpa da personalidade - Contributo para o estudo da culpa na dogmática jurídico-penal	123
DORA LOPES FONSECA Violência doméstica: o reconhecimento jurídico da vítima – <i>Book review</i>	155
MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA El incumplimiento en la teoría general del derecho de obligaciones: breve estudio comparado en la legislación española y portuguesa	161
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL A declaração de Cambridge e a irrefutável necessidade de atualismo do direito.....	179
CRISTINA BORGES DE PINHO Sociedade, multiculturalismo e direitos humanos (igualdade de género)	201

ARTIGOS DE LICENCIADOS E ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	227
AFONSO DE LOUSADA	
<i>Usucapio</i> no ordenamento jurídico português.....	229
FÁBIO JOSÉ MARQUES COELHO	
O crime de tráfico de estupefacientes – um caminho inacabado	243
JOANA BORRALHO ENTRADAS	
O direito de retirada – um direito pessoal do autor	271

El incumplimiento en la teoría general del derecho de obligaciones: breve estudio comparado en la legislación española y portuguesa

MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA *

A los alumnos del ISMAT de Portimão (Portugal)
y de la Universidad de Extremadura (Espanha).
Y con agradecimiento al ISMAT de Portimão
y al Prof. Dr. Alberto de Sâ e Mello.

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto y clases de incumplimiento. 3. La lesión del crédito y responsabilidad. 4. La mora del deudor. 5. Incumplimiento por culpa o negligencia. 6. Incumplimiento con dolo (querer incumplir).

1. Introducción

Es frecuente contraponer el concepto de cumplimiento al de incumplimiento. El no cumplimiento es un tema fundamental en el Derecho. Las consecuencias de lo que vamos a estudiar podrían ir más allá del Derecho privado, y afectar al

JURISMAT, Portimão, n.º 18, 2023, pp. 161-178.

* Profesor Titular de Derecho civil, Universidad de Extremadura (Espanha).

Derecho público, supletoriamente. Como sabemos el Derecho administrativo, por ejemplo, no es ajeno a esta preocupación como algo básico para consolidar la regulación del incumplimiento de las obligaciones en las leyes y otras normativas relacionables con el Derecho administrativo, aunque tenga una regulación propia y específica. El cumplimiento de las obligaciones, en general, está sometido, en última instancia, a la posibilidad coercitiva reconocida al Derecho para imponer, en defecto de cumplimiento voluntario, consecuencias patrimoniales o de otra índole (según el objetivo de cada norma singular). En este sentido, el no cumplimiento o falta de cumplimiento se refiere al deber jurídico exigible, o a la falta de satisfacción del interés legítimo del acreedor (en el Derecho privado). No olvidemos que el Derecho civil es supletorio respecto a otras leyes, al menos en España (artículo 4.3 del Código civil). Principalmente adscribimos esta investigación al Derecho civil, aunque no podamos dejar de señalar estas otras consecuencias en otras legislaciones nacionales de modo supletorio.

También se plantea el asunto que nos ocupa desde el punto de vista de la lesión del crédito y sus consecuencias jurídicas en base a la valoración de la conducta del deudor. En este trabajo nos vamos centrar en el estudio de aquellos hechos (incluso con independencia del comportamiento del deudor), acciones u omisiones que podrían configurar el denominado “incumplimiento de las obligaciones” en otro intento más de aproximación entre la legislación española y portuguesa. Se trata de estudiar las bases hipotéticas de una regulación del Derecho de obligaciones en la península Ibérica. En este caso en referencia al incumplimiento de las obligaciones regulado en los Códigos civiles español y portugués.¹

Tengamos en cuenta también, de modo preliminar, que cuando el incumplimiento se refiera a un contrato, éste no es el único contenido del objeto obligacional deducible del documento contractual, ya que comprende, además, a las consecuencias de la integración de las lagunas contractuales (art. 1258 CC del Código civil español, por ejemplo) o la incorporación forzosa de conductas por decisión legal. En este sentido, GÓMEZ POMAR recuerda lo siguiente a tener en cuenta en el contenido “no cumplido” por el deudor cuya fuente no es, en parte, de origen contractual: “... así, la incorporación de los contenidos publicitarios, factibles, creíbles y aptos a influenciar la conducta contractual de la contraparte contractual: art. 8.1 Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (BOE núms. 175 y 176, de 24.7.1984; en adelante, LGDCU); art. 3.1.d), Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en

¹ Se ha utilizado el Código civil portugués actualizado por el Diario de la República Electrónico (DRE en adelante) <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>.

la venta de bienes de consumo (BOE núm. 165, de 11.7.2003; en adelante, Ley 23/2003). Esta técnica de incorporación por voluntad legal es coherente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lleva la realización de manifestaciones falsas o fraudulentas previas o simultáneas a la celebración del contrato al ámbito del incumplimiento –y no sólo, o no principalmente, al de los vicios de la voluntad: SSTs, 1ª, 8.11.1996, 26.6.1999, 15.6.2000, 30.6.2000 y 23.5.2003).”²

2. Concepto y clases de incumplimiento

La doctrina tradicional española había admitido dos formas básicas de lesión de los derechos derivados de una relación obligatoria, que eran la mora y el incumplimiento definitivo.³ En España la doctrina mayoritaria, hoy en día, distingue entre diferentes tipos de incumplimiento, entre otros intentos de sistematización:

a) **propio o absoluto**, referido al incumplimiento que es definitivo, en el no cabe ya el cumplimiento de la prestación por imposibilidad. Tal imposibilidad podría tener su origen en la voluntad del deudor o con independencia de la misma.

a-1) Si hubo voluntad (acción), u omisión, de incumplir consciente, o inconsciente,⁴ por parte del deudor, podríamos hablar de “dolo” o negligencia o culpa.

a-2) Si los hechos se producen el incumplimiento por causas ajenas a la voluntad del deudor, hablaríamos de “caso fortuito” o “fuerza mayor”, aunque no sea propiamente incumplimiento, tal y como vamos a ver a continuación.

b) **impropio o relativo**, en los que cabe hablarse de defectos variables que podrían afectar al cumplimiento, como falta de integridad, identidad o exactitud en el cumplimiento de la prestación, entre otros supuestos.

En Portugal se suele distinguir entre (en categorías asumibles por ambas legislaciones ibéricas):

² GÓMEZ POMAR, “El incumplimiento contractual en Derecho español”, Revista para el análisis del derecho InDret, pág.7. www.indret.com, Barcelona 2007, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/466_es.pdf

³ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, Madrid 1993, pág. 569.

⁴ PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1999, págs., 325-326.

a) **Imposibilidad objetiva definitiva**, respecto a la prestación en sí que ya es objetivamente incumplida, y respecto al objeto de la obligación (dar, hacer o no hacer).

b) **Imposibilidad subjetiva respecto a la persona del deudor o del acreedor**, sobre todo en las obligaciones de hacer, donde se tengan en cuenta la persona que las ha de realizar o a favor de una persona determinada. En este sentido, el artículo 791.º del Código civil portugués se refiere a la **Imposibilidad subjetiva** en los siguientes términos: “A impossibilidade relativa à pessoa do devedor importa igualmente a extinção da obrigação, se o devedor, no cumprimento desta, não puder fazer-se substituir por terceiro”.

c) **Imposibilidad temporal**, cuando es posible aún su cumplimiento. En este sentido el artículo 792.º del Código civil portugués: “A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor”.

d) **Imposibilidad parcial**, donde el incumplimiento no es íntegro, pues se han realizado prestaciones parciales sobre un total de la prestación, pero el resto pendiente de cumplimiento sea imposible, o sea motivo de resolución contractual (artículo 793 del Código civil portugués).

Algunos autores españoles proponen otras clasificaciones del incumplimiento respecto al incumplimiento contractual, como es el caso del Profesor GÓMEZ POMAR, que distingue entre **incumplimiento en sentido material-económico, e imputación del incumplimiento producido a la parte contractual que ha omitido la conducta contractual prevista**.⁵ El incumplimiento en sentido material, siguiendo al referido autor: “... vendría dado por cualquier falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta de las conductas (prestaciones, si se prefiere) asumidas contractualmente... No hay incumplimiento si lo entregado no sirve para un cierto fin, o no satisface un estándar de calidad, si no se había especificado en el contrato ni el fin ni la calidad (STS, 1ª, 20.12.2005)...”.⁶

⁵ GÓMEZ POMAR, “El incumplimiento contractual en Derecho español”, Revista para el análisis del derecho InDret, págs. 9 y 10. www.indret.com, Barcelona 2007, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/466_es.pdf; “... la concurrencia de un criterio de conducta o de situación que permitiera atribuir las consecuencias del incumplimiento a aquella de las partes a quien correspondía realizar la previsión contractual incumplida. Aquí no estamos ante una apreciación del ajuste o desajuste entre realidad de hechos y previsión contractual. Estamos ante una calificación jurídica de la conducta o la situación del contratante y, en relación con ella, sí cabe recurso de casación (STS, 1ª, 30.11.1999).”

⁶ GÓMEZ POMAR, “El incumplimiento contractual en Derecho español”, Revista para el análisis del derecho InDret, pág.7. www.indret.com, Barcelona 2007, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/466_es.pdf

Otros autores se fijan en el asunto particular del **incumplimiento sobrevenido** en el que también se tendrán que valorar los comportamientos externos (objetivos) e internos (subjetivos) relativos al deudor. Tengamos en cuenta que si desaparece la cosa o se extingue el derecho de forma sobrevinida (por ejemplo, imposibilidad jurídica de una cosa que deja de ser “lícita” o que desaparece como derecho inmaterial) no es propiamente un incumplimiento, sino una imposibilidad sobrevinida del objeto de la obligación, cuyo efecto es la nulidad de la obligación (arts.1116 y 1272 del Código civil español). Incumplimiento sobrevenido que podría estar, o no, relacionado con las exoneraciones de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor. En este sentido el artículo 790.1 del Código civil portugués dispone: “*A obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor*”. El caso fortuito y la fuerza mayor no son propiamente supuestos de incumplimiento, ya que no es posible el cumplimiento. En el Ordenamiento jurídico español, está contemplado fundamentalmente en el artículo 1105 del CC español, que dispone: “**nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables**”, exonerando de responsabilidad al deudor en aquellos casos en que la falta de cumplimiento se debe a la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Por lo general, acreditar la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor resulta relativamente posible de determinar cuando se pueda acudir a factores apreciables por un técnico o perito en la materia. La prueba de estas circunstancias objetivamente insuperables a sus posibilidades de actuación por el deudor que pretenda exonerarse del cumplimiento de la obligación. Los requisitos para tal exoneración serían: a) externo, b) ajeno al deudor, c) independiente de su voluntad, d) extraño a la cosa, e) imprevisible, f) e inevitable.

En el presente estudio nos vamos a centrar en los supuestos en los que se puede hablar, propiamente, de incumplimiento de las obligaciones. Como es sabido, el incumplimiento se puede fundamentar en diversas causas⁷, como la mora, la culpa y el dolo, de las que nos ocuparemos más adelante; y que servirán de base para fijar las indemnizaciones u otros conceptos relativos a las consecuencias de la lesión de crédito y a la responsabilidad que surge por el incumplimiento obligacional. Dejaremos fuera del presente estudio al caso fortuito y la fuerza mayor que posibilitan la exoneración de la responsabilidad del deudor, tal y como acabamos de señalar; y cuyo estudio particular se ubicaría, a mi juicio”, en la responsabilidad contractual o extracontractual, ya que no puede hablarse, en esos casos o supuestos, de incumplimiento, sino de imposibilidad o frustración en el cumplimiento, y, en su caso, de responsabilidad que puede ser o no exonerada total o parcialmente.

⁷ BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Zaragoza 1987, pág. 11.

3. La lesión del crédito y responsabilidad

En España y Portugal se habla del alcance y significado de la **lesión del crédito**, que es definitiva lo que puede producir cualquiera de los tipos de incumplimiento respecto a las legítimas expectativas del acreedor en la satisfacción de su derecho de crédito; y en los que se tendrá en cuenta la valoración del comportamiento del deudor respecto a la diligencia, negligencia, morosidad, culpa, dolo o posible exoneración de responsabilidades, según los casos que estudiaremos más adelante. En este sentido encontramos que el efecto de la lesión de crédito es hacer surgir la responsabilidad contractual de la que ya nos hemos ocupado en otros trabajos.

En la responsabilidad podríamos hablar, dentro de la valoración de la conducta humana del deudor, los siguientes supuestos:

A. incumplimiento imputable al deudor (responsable): art. 1101 C.C. español
En los que la responsabilidad e imputabilidad dependerá de la conducta desplegada, u omitida, del deudor.

B. Incumplimiento no imputable al deudor: además de los casos de mora del acreedor (no aceptar injustificadamente el pago o cumplimiento), hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 1105 del Código civil (caso fortuito, por ejemplo), en los que se habla de actos ajenos a la voluntad del deudor, imprevisto, y que se trate de un acontecimiento externo; habrá que apreciar o no si existe un nexo de causalidad, y que sea alegada y puede ser probada, respecto al caso fortuito o fuerza mayor. Cuyos efectos son liberatorios, o de relajación de la mora y/o compensación según los casos.

Dentro de las acciones reconocidas al acreedor por dicha insatisfacción de su interés crediticio, nos encontramos tanto con la **acción de cumplimiento forzoso** de la obligación, o bien directamente sobre el principal, o subsidiariamente por un equivalente, como en la **acción de indemnización de daños y perjuicios**. También podría el acreedor requerir el pago o cumplimiento por procedimientos extrajudiciales o judiciales, como los actos de conciliación, (regulado en España en los artículos 139 y ss de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria), o aquellos regidos por la Ley de Enjuiciamiento civil española (LEC en adelante), o la norma que regule los procesos judiciales o extrajudiciales en Portugal.

No todos los incumplimientos de las obligaciones van a tener las mismas consecuencias jurídicas o responsabilidades. Así, por ejemplo, el Ordenamiento portugués, en el artículo 807 del Código civil, agrava la responsabilidad del deudor moroso: Art.807.1.: *“Pelo facto de estar em mora, o devedor torna-se*

responsável pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que estes factos lhe não sejam imputáveis. 2. Fica, porém, salva ao devedor a possibilidade de provar que o credor teria sofrido igualmente os danos se a obrigação tivesse sido cumprida em tempo". De las normas de responsabilidad contractual por incumplimiento previstas por el legislador portugués respecto a la mora, se puede afirmar que: "el sistema de responsabilidad es objetivo. Se responde por incumplimiento y la única causa de exoneración permitida es la prueba de una imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, es decir, un caso fortuito objetivamente considerado".⁸ La mora es más que un simple retraso ya que agrava la responsabilidad del deudor (moroso). Así, por ejemplo, el deudor moroso no queda liberado de la obligación si la cosa que debe entregar se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, y además ha de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. En el artículo 1102 del Código civil español se agrava, igualmente, la responsabilidad del deudor incumplidor doloso: "La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula". Las consecuencias las establece el artículo 1101 del Cc español.: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas".

El deber o conducta adecuada a desplegar por el deudor puede comprenderse en diferentes niveles; puede que se reclamen ciertos parámetros mínimos de actividad u omisión, a fin de evitar una excesiva "relajación" del deber (y el Ordenamiento tiene un principio de protección del crédito); por eso el parámetro de la valoración como "deber de esfuerzo" puede ser de utilidad, y en este sentido, no contradice ni el Ordenamiento jurídico español ni al portugués, siempre que no implique un reduccionismo de la obligación a un puro deber de esfuerzo.⁹ El tema es complejo y deberá ser estudiado en la concurrencia de las circunstancias de cada obligación en particular. Incluso existen regímenes especiales de responsabilidad del deudor que habría que tener en cuenta, entre otros: los de fondistas, mesoneros (art.1.783 del C.c. español), depositarios

⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. *La mora del deudor*, Tesis doctoral Universidad Autónoma de Madrid, 1996. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/29966_diez-picazo_gimenez_gema.pdf. Págs: 298 a 301.

⁹ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, Madrid 1993, pág. 578, critica el exceso reduccionista de la obligación cuando es simplificada a un "puro deber de esfuerzo", lo que contradice, según dicho autor, palmariamente el Ordenamiento jurídico español. Sobre el deber de "esfuerzo" *vid.* BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Zaragoza 1987, pág. 673, nota 14, con abundantísima bibliografía de autores en este sentido.

(art.1.767 del C.c. español), arrendatario, o los relativos a las obligaciones pecuniarias, etc. A continuación, pasamos a contemplar los supuestos básicos en los que se puede producir el incumplimiento de las obligaciones.

4. La mora del deudor

La mora técnicamente es un “retraso culpable” que permite un cumplimiento con retraso de la obligación, y que, como acabamos de indicar, dicho retraso en el cumplimiento dará lugar al resarcimiento de daños y perjuicios (art.1101 del Código civil español).

La mora está contemplada fundamentalmente en el artículo 1100 del Código civil español:

“Incurrer 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.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1.º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.

2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”.

En términos generales, la regla general establece que incurren en mora los obligados a dar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les **exija** judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación; es decir, necesita, como regla general **una intimación**, tal y como establece el Tribunal Supremo español en numerosas sentencias.¹⁰ No obstante, existen excepciones a esta

¹⁰ En España, entre otras, la STS 157/2009 , de 20 de enero de 2009, en su Fundamento Jurídico segundo establece que: “son numerosas las sentencias que declaran producida la mora no con el emplazamiento del demandado, sino con la mera interposición de la demanda - sentencias de 18 de junio de 1.982, 3 de julio de 1.984, 7 de septiembre de 1.990, 30 de diciembre de 1.993, 30 de diciembre de 1.994, 12 de julio de 1.996, 13 de octubre de 1.997, 25 de octubre de 2.002, 16 de noviembre de 2.007 y 8 de mayo de 2.008 -, aunque ello signifique, se diga o no, negar la naturaleza recepticia de tal modalidad de

regla, como veremos a continuación.

Respecto a las excepciones a la exigencia previa, dispone el Ordenamiento jurídico español, siguiendo al artículo 1100 del Código civil, que: “No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista ...”:

1.º Que la obligación o la ley lo declare expresamente.

2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había que entregarle la cosa o hacerse la cosa, fue motivo determinante para establecer la obligación.

Respecto al Derecho civil portugués el artículo 805 dispone respecto al momento de constitución en mora:

“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”.

interpelación”. En la Sentencia 609/2022, de 19 de septiembre, de la Sala Primera del TS español se contemplaba: “La doctrina reseñada de la sala realiza una acertada interpretación funcional del requisito del requerimiento: su exigibilidad se funda en la necesidad de evitar “sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación” (Sentencia del TS 563/2019, de 23 de octubre; 740/2015, de 22 diciembre)”. Esta sala en sentencia 422/2020, de 14 de julio, estableció: “... que ante la contumacia en el impago de las deudas la finalidad del requerimiento había decaído. En sentido similar la sentencia 563/2019, de 23 de octubre, ante un caso de ausencia de requerimiento previo, pese a lo cual se declara que el deudor no se vio sorprendido por la inclusión en el fichero al tener constancia de la deuda.”

Para la profesora española GEMA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, y respecto al Derecho civil portugués expone lo siguiente: “Son tres los casos admitidos en los que la interpelación no es necesaria y, en consecuencia, el deudor desde el momento mismo en que incumple ha de considerarse constituido en mora:

- 1.- Se aplica, la máxima *dies interpellat pro homine*, pero no entendida en el sentido de que nace alusión a las obligaciones a plazo sino que, en el primer caso hace **referencia a aquel tipo de obligaciones donde el momento de cumplir se deja al arbitrio del propio deudor** porque sólo él (de las partes que intervienen en la relación contractual) está capacitado para saber el momento oportuno en el que debe cumplir la obligación sin riesgos de que esta sufra algún percance.
- 2.- En el segundo supuesto se prevé la aplicación de la regla *dies interpellat pro homine* **para el ilícito civil**, puesto que, desde el Derecho romano, se entiende que no es necesario requerir en estos casos civilmente reprobables.
- 3.- Y en tercer lugar se encuentra el caso de **que sea el propio deudor quien, dolosamente, eluda la interpelación** que de hecho es requisito indispensable. En este caso, como se ha dicho, no se trata de un supuesto de genuína *mora ex re* y ni siquiera regiría el principio *dies interpellat pro homine* puesto que los efectos de la mora comienzan desde el día en que debió ser efectuada la interpelación personal al deudor”.

La constitución en mora del deudor está regulada en el tercer apartado del artículo 805 del Código civil portugués: “Si el crédito fuera ilíquido, no hay mora en tanto no devengue líquido, salvo que la falta de liquidez fuera imputable al deudor”. Se introduce, por tanto, la regla “*in iliquidis non fit mora*”, pero de un modo objetivo. La iliquidez de las deudas, como causa de exoneración de la situación de mora, no ha de serle imputable al deudor, y ha de probarlo. El deudor debería probar que la iliquidez no le es imputable sino que es imputable, por ejemplo, a la falta de cooperación del acreedor, a un tercero o al caso fortuito.¹¹ Mientras, la deuda se presumirá líquida.

También las obligaciones pecuniarias tienen una regulación propia en el Derecho portugués. En parte se aprecian semejantes efectos respecto a la regulación de los daños y perjuicios ocasionados en los intereses del capital (*juros* en portugués) respecto a la primacía de los intereses pactados respecto a

¹¹ Artigo 805.3 Código civil português: “Se o crédito for ilíquido, não há mora enquanto se não tomar 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”; y cuyo texto del art.805.1: “O devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir”.

los legales. En el sistema español, el artículo 1109 del Código civil establece que: “Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto. En los negocios comerciales se estará a lo que dispone el Código de Comercio. Los Montes de Piedad y Cajas de Ahorro se regirán por sus reglamentos especiales”. El artículo 1.108 del Código civil español establece que: “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”. El artículo 806 del Código civil portugués, por su parte, dispone que:

- “1. Na obrigação pecuniária a indemnização corresponde aos juros a contar do dia da constituição em mora.*
- 2. Os juros devidos são os juros legais, salvo se antes da mora for devido um juro mais elevado ou as partes houverem estipulado um juro moratório diferente do legal.*
- 3. Pode, no entanto, o credor provar que a mora lhe causou dano superior aos juros referidos no número anterior e exigir a indemnização suplementar correspondente, quando se trate de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco”.*

Los daños debidos son los intereses legales, salvo que antes fuera debido un interés más elevado o que las partes hubieran estipulado un interés moratorio distinto al Legal (art.805.2 del Código civil portugués). Estos intereses son susceptibles de ser ampliados en caso de que el acreedor, de una indemnización derivada de un ilícito civil o de una obligación cuyo riesgo corre de parte del deudor, así lo exija porque los otorgados con el criterio de la tasa legal no cubren los daños que efectivamente se le han irrogado (art.805.3 del Código civil portugués).

El último precepto que dedica el Código civil portugués a la constitución en mora es el 808. El constituido en mora no lo puede estar eternamente, debe finalizar en algún momento. No contempla el Código civil español las causas de cesación de la mora (deudas no exigibles) aunque puedan deducirse de los principios generales: voluntad del acreedor de renunciar al cobro u ofrecer una moratoria de pago, o incluso la denominada “*compensatio morae*”, cuando el acreedor también sea moroso, produciéndose la extinción de la obligación con efectos “*ex nunc*” (desde ese momento). Sin embargo, el artículo 808 del Código civil portugués contempla este asunto al establecer expresamente lo siguiente:

“1. Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação.

2. A perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente”.

Podría parecernos que la constitución en mora del deudor lleva implícita una condición o término resolutorio. Pero ello no quiere decir, siguiendo a GEMA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “... que para ejercer la facultad resolutoria, implícita en todo contrato con prestaciones recíprocas, sea necesaria la previa constitución en mora, sino que significa más bien lo contrario, si el acreedor ha optado en su momento por el cumplimiento aun tardío de la obligación, posteriormente y siendo reiterado el incumplimiento del deudor, podrá ejercitar automáticamente la resolución del contrato. Ahora bien, como advierte el propio apartado segundo de este artículo, la pérdida del interés en la prestación ha de ser apreciada objetivamente... La constitución en mora del deudor sigue siendo el vehículo jurídico articulado por el legislador para que el acreedor le traspase todos los riesgos fortuitos al deudor incumplidos. El modo de hacerlo es el de la interpelación judicial o extrajudicial del acreedor exigiendo el cumplimiento al deudor”.¹²

Por último, tengamos en cuenta la incidencia del sistema de la Unión Europea respecto a las prácticas moratorias de grandes empresas¹³ y el establecimiento de medidas contra la morosidad. Todo Ordenamiento jurídico que se precie de

¹² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. *La mora del deudor*, Tesis doctoral Universidad Autónoma de Madrid, 1996. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/29966_diez-picazo_gimenez_gema.pdf. Págs: 298 a 301.

¹³ ACEDO PENCO, *Teoría general de las obligaciones*, 3ª edición, Madrid 2016, pág. 182. “Corren los años entre un constante debate sobre qué hacer, en determinados países de la Unión, con la morosidad o excesiva dilación de los plazos de pago. Y así seguimos, ahora con la transposición a norma española, de la Directiva 2000/35, contra la morosidad en las transacciones comerciales. Veamos las cifras: Unión Europea: es conocida la Guía de empresas, elaborada por la Comisión Europea, que indica 90.000 millones de morosidad exigible más 23.600 millones en pérdidas por créditos incobrables, añadiendo una sobrecarga de 10.000 millones en costes financieros. Su consecuencia es causa del 25% de las quiebras de empresas, con una repercusión laboral sobre 450.000 empleos/año. Por encima de la media europea de plazos de pago, se sitúan Grecia, Portugal, Italia, España, Bélgica y Francia, mientras que los países escandinavos, con tipos aplicables a la morosidad de hasta el 24%, son los que sufren menor morosidad. España: un 68% de las empresas de nuestro país declaran tener problemas, de mayor o menor gravedad, originados en la morosidad que padecen. El plazo medio de pago se cifra, según qué fuente, entre 74 y 90 días”. Según la *Confederación Española de Asociaciones de Fabricantes de Productos de Construcción, CEPCO*, el pasado día 13 de abril 2023. http://www.cepco.es/noticia.asp?id_rep=565.

ser justo no puede amparar a conductas indeseables para el conjunto de la sociedad. Toda práctica de retraso efectivo, sin incurrir en mora legal, no debe estar amparada por el Ordenamiento jurídico peninsular, como lo estaba antes de la aprobación de la Directiva 2000/35/CE que trataba de luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales. Dicha Directiva fue transpuesta al Ordenamiento jurídico español mediante la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que entre otras cuestiones recoge, en su artículo 4, la mora automática de 30 días de plazo de pago, o su ampliación no superior a los 60 días.

5. Incumplimientos por culpa o negligencia

La culpa, en el Derecho histórico, ha sido contemplada, en su acepción estricta, como infracción o desviación de la diligencia exigible prevista en la norma¹⁴ que rige la conducta de deudor. La “diligencia” exigible se refiere a la actividad o conducta a desplegar por el deudor que ha sido incumplida. En todas las relaciones humanas, y en esta con más razón, hay que partir de la valoración de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones. La infracción de la buena fe en la regla de conducta (como criterio de cualidad o característica de la causa del daño¹⁵), implica cierta ilicitud y que ésta se produzca con independencia de la voluntariedad del deudor. Por eso entendemos que las conductas voluntarias de infracción son asumibles por el dolo, que estudiaremos en otro apartado. En este sentido, seguimos la idea clásica de la culpa definida como negligencia, “o sea, como falta de atención de cuidado y esfuerzo”,¹⁶ que incluye también a los actos involuntarios que constituyan, en sí mismos, una manifestación de esa omisión de falta de esfuerzo y cuidado. Queramos o no queramos, en el fondo se está estudiando una relación de la causa que produce el incumplimiento culposo; por lo que me parece acertado también contemplar este tipo de incumplimientos como un nexo causal (de los daños y/o perjuicios) que explica la producción del incumplimiento culposo concreto en el caso que sea en cuestión.

El artículo 798 del Código civil portugués establece que “... el deudor que falta culposamente al cumplimiento de las obligaciones es responsable por el daño que cause al acreedor”. El artículo 799 del Código civil portugués parte de la

¹⁴ BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Zaragoza 1987, págs..664 y ss.

¹⁵ BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Zaragoza 1987, pág.715.

¹⁶ Textualmente BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Zaragoza 1987, pág. 673, nota 14, con abundantísima bibliografía de autores en este sentido.

presunción *iuris tantum* de la culpa del deudor en el incumplimiento¹⁷. Acto seguido el Código civil portugués reenvía el asunto a las reglas de la responsabilidad civil para determinar la culpa. Así el artículo 799 del Código civil portugués consagra a la “*Presunção de culpa*”:

“1. *Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.*
2. *A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil*”.

No se puede afirmar que el incumplimiento culposo sea igual en todo tipo de obligaciones. En las obligaciones de resultado el incumplimiento de las mismas surge ante la falta en el resultado debido por el deudor. En las obligaciones de medios, la falta de obtención del resultado por el deudor, no implica por sí mismo el incumplimiento de la obligación. El incumplimiento, en las obligaciones de medios, surge en todos aquellos supuestos en los que la actuación del deudor no desarrolla un comportamiento diligente en la ejecución de la prestación. Así, en las obligaciones de medios, la prestación del deudor consiste en una diligencia exigible; el deudor para destruir la presunción de culpa por incumplimiento le corresponde probar que actuó con la diligencia que le era «exigible en el cumplimiento de su obligación. Sí se trata de una obligación de resultado, advierte GEMA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ “... se debe aplicar un criterio de imputación de responsabilidad absolutamente objetivo y, en consecuencia, sólo se exonera el deudor probando el acontecimiento de un caso fortuito que ha originado la imposibilidad absoluta de cumplir (artículo 790 del Código civil portugués respecto a la extinción de la obligación por imposibilidad no imputable al deudor).

En el Ordenamiento jurídico español, el surgimiento de la obligación queda establecido en el art. 1089 del Cc.: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. La CULPA consiste en la **omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza** de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar. Dicha omisión podría referirse a un ámbito contractual o extracontractual:

A) **Contractual**: art. 1101 del Cc.: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de

¹⁷ Artículo 799 del Código civil portugués: 'Incumbe al deudor probar que la falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación no procede de culpa suya. La culpa se aprecia en los términos aplicables a la responsabilidad civil'.

sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

- B) **Extracontractual:** art. 1902 del C.c.: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

La regulación de la culpa en el Derecho español se encuentra contemplada en los artículos 1101 a 1104 del C.c. Así el artículo 1101 dispone: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, **negligencia** o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

El artículo 1102 del Código civil español dispone: “La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”.

La diligencia exigible, según el art. 1104.II del Cc. español, y en defecto de regulación específica, será la de un buen padre de familia. Así el artículo 1104 del Cc. dispone que “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.

Por otra parte, **la responsabilidad por negligencia**, según el art. 1103 del C.c. español: “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

6. Incumplimiento con dolo (querer incumplir)

El dolo se refiere a aquella infracción voluntaria del deber aunque no se precise la concreta intención de producir daños intencionados o causar perjuicios. Ya dijimos que las infracciones involuntarias caen dentro del concepto de culpa ya estudiado. Tradicionalmente se acudía a las consecuencias del dolo como vicio del consentimiento y en la responsabilidad; es decir, se tenía en cuenta la intencionalidad (objetiva) y el dolo como medida de responsabilidad. La posición dominante en jurisprudencia y doctrina científica, según recogía GÓMEZ POMAR, se sostenía en argumentos muy sólidos en el Derecho español “... para reservar la calificación de incumplimiento doloso, a los efectos de los arts. 1102 y 1107 CC, que **son los ámbitos de mayor relevancia de tal calificación**, a los incumplimientos que sean el producto del ánimo

fraudulento, de la intención antijurídica de causar daño al otro contratante, o del comportamiento puramente oportunista de quien no ha tenido, desde el mismo momento de contratar, intención de hacer honor a los compromisos contractuales. La simple conciencia y voluntariedad presentes en la conducta constitutiva de un incumplimiento contractual no reúne los requisitos que hacen a un incumplimiento merecedor de un trato diferente (bajo los arts. 1102 y 1107 CC) al que recibe un incumplimiento nada más culpable o negligente por parte de un contratante.”¹⁸

Respecto al dolo en el Código civil español, el artículo 1107 dispone: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento... En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”. A tenor del artículo 1102 del Cc. español: “La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”. En principio, todo incumplimiento voluntario es doloso para la mayoría de las resoluciones del Tribunal Supremo español, (SSTS, 1ª, 21.6.1980, 23.10.1984, 30.11.1999, entre otras).

En el derecho portugués, PESSOA JORGE¹⁹ sostiene que: “*Há “dolo directo”, quando o agente actua para atingir o fim ilícito, ou seja, com a intenção de omitir o comportamento devido; dolo necessário quando, num acto de duplo efeito, o agente pretende atingir o fim lícito, mas sabe que a sua acção determinará inevitavelmente o resultado ilícito; c) dolo eventual, se o agente actuou em vista de um fim lícito, mas com a consciência de que pode eventualmente advir do seu acto um resultado ilícito, e quer aquele mesmo que este se produza ... Mas pode colocar-se também a respeito do dolo: para que este surja, basta o conhecimento de que a conduta projectada envolve omissão de outra devida, ou exige-se no agente a consciência de resultarem prejuízos, ou mesmo a intenção de os provocar? A nosso ver, a solução correcta é a primeira: se o devedor não cumpre, com a consciência de faltar ao seu dever, mas na*

¹⁸ GÓMEZ POMAR, “El incumplimiento contractual en Derecho español”, Revista para el análisis del derecho InDret, pág.11. www.indret.com, Barcelona 2007, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/466_es.pdf. Nota 13 de dicho trabajo :“Existen numerosos y poderosos argumentos de carácter histórico (fundamentalmente, por la explicable confusión generada por la concentración de los precedentes históricos del art. 1107 CC en casos en los que el fraude y la mera voluntariedad del incumplimiento eran indistinguibles), dogmático y económico que abonan esta restricción de la noción de incumplimiento doloso.”

¹⁹ PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1999, pág. 322.

convicção de não advirem para o credor quaisquer prejuízos, que afinal se produzem, é responsável por não cumprimento doloso”. ALMEIDA COSTA, por su parte²⁰ propone:

*“Os factos ilícitos classificam-se em intencionais e meramente culposos: os primeiros são praticados com o intuito (directo ou indirecto) de causar dano (dolo), ao passo que, nos segundos, há apenas imprudência ou negligência do seu autor (culpa em sentido estrito)”. Más adelante²¹ el citado autor añade: “No dolo, ao invés, o agente tem a representação do resultado danoso, sendo o acto praticado com a intenção malévola de produzi-lo, ou apenas aceitando-se reflexamente esse efeito. As diversas ordens de situações que integram o dolo recebem o mesmo tratamento jurídico. Configuram, porém, três categorias. A que corresponde à ideia clássica do instituto é a de dolo directo: o autor do facto age com o intuito de atingir o resultado ilícito da sua conduta, que de antemão representou e quis... Desenvolve-se psicologicamente de modo diverso o **dolo indirecto** ou **necessário**. Ocorre quando o agente não tem intenção de causar o resultado ilícito, mas bem sabe que este constituirá uma consequência necessária e inevitável do efeito imediato... Também na terceira modalidade, a de **dolo eventual**, o agente representa o resultado ilícito, mas o dano surge apenas como consequência meramente possível — e não necessária — da sua conduta, actuando ele sem confiar que o mesmo não se produza.*

*Existe, portanto, do ponto de vista objectivo, uma relação causal entre a conduta do agente e o evento danoso, mais ténue do que a verificada no caso de dolo necessário, como, aliás, se depreende da própria designação de dolo eventual”.*²²

²⁰ ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 11ª edição, Coimbra 2008, pág. 554.

²¹ ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 11ª edição, Coimbra 2008, págs. 582 y 583.

²² Vid. Acórdão do Supremo Tribunal de Justicia de Portugal de 13 de Janeiro de 2010: 82/07.1TVPR.T1.S1, 6ª Seccção, relativa a un contrato de transporte, que recoge la misma doctrina señalada. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8877cb24b7e0e4b480257714003bd409?OpenDocument>. En España, en el artículo titulado: “El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)”, Federico BELLO LANDROVE, (file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDoloEventualEnEspaña ReflexionesParaUnDebate-174755.pdf), propone algunas citas a tener en cuenta: “El contenido del injusto del dolo eventual es menor que en las otras dos clases de dolo, porque aquí el resultado no fue ni propuesto ni tenido como seguro, sino que se abandona al curso de las cosas” (Jeschek); y que “Esta figura jurídica (el dolo eventual), de creación jurisprudencial y, en algún aspecto, doctrinal, ha de medirse con sumo cuidado y aplicarse caso por caso y de manera muy restrictiva” (Tribunal Supremo, sentencia de 15-11-1997,

Bibliografía

- ACEDO PENCO, *Teoría general de las obligaciones*, 3ª edición, Madrid 2016.
- ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1979.
- ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, 2008.
- BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Zaragoza 1987.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema. *La mora del deudor*, Tesis doctoral Universidad Autónoma de Madrid, 1996.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, Madrid 1993.
- GÓMEZ POMAR, “El incumplimiento contractual en Derecho español”, Revista para el análisis del derecho InDret, www. indret.com, Barcelona 2007, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/466_es.pdf
- PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1999.

ismat



INSTITUTO SUPERIOR
MANUEL TEIXEIRA GOMES

