

JUAN FRANCISCO TRUJILLO GONZÁLEZ*Abogado***Extracto:**

EN el presente trabajo abordamos un tema trascendental en las reclamaciones pecuniarias y que consiste en las consecuencias del retraso en el cumplimiento de las obligaciones.

Tradicionalmente, a la deuda que se reclamaba judicialmente se le aplicaban los intereses legales desde que fuera requerido el deudor para su pago, sea judicial o extrajudicialmente, según establecen los artículos 1.100 y 1.108 del CC.

La cuestión polémica surge cuando la cantidad reclamada judicialmente es superior a la fijada por la sentencia firme, y en tal caso la doctrina tradicional no admitía el recargo de los intereses legales, aunque hubiera habido interpelación previa, en observancia del principio *in illiquidis non fit mora*.

Esta injusta interpretación fue atemperada hace más de una década por nuestro Tribunal Supremo, entendiéndose que aunque la sentencia condene a una cantidad inferior, han de imponerse los intereses al deudor, porque si las cosas fungibles y dinerarias son susceptibles de producir frutos civiles, esto es, intereses, no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlos con anterioridad.

Pese a esta nueva línea interpretativa, la jurisprudencia viene siendo oscilante entre ambas, provocando la lógica estupefacción entre los actualmente denominados «operadores jurídicos».

Sin perjuicio de dedicar gran parte del presente trabajo a las obligaciones pecuniarias, dada su abrumadora mayoría en nuestra sociedad actual, también es objeto de estudio el retraso en las obligaciones de dar cosas no fungibles, puesto que la mora en el cumplimiento de estas obligaciones motivará que se deba responder de la pérdida de la cosa.

Sumario:

1. Introducción.
2. Concepto y delimitación de la *mora debitoris*.
3. El incumplimiento temporal de las obligaciones.
 - 3.1. El incumplimiento resolutorio: artículo 1.124 del CC.
 - 3.2. Efectos jurídicos del retraso no resolutorio.
4. Cumplimiento e incumplimiento de la obligación: concepto y delimitación.
5. Presupuestos de la constitución en mora.
 - 5.1. Obligación de dar, hacer o de no hacer.
 - 5.2. Exigibilidad de la prestación.
 - 5.3. Liquidez de la deuda. El principio *in illiquidis non fit mora*.
 - 5.4. La imputabilidad del incumplimiento.
 - 5.5. La intimación al deudor.
 - 5.5.1. Naturaleza jurídica.
 - 5.5.2. Elementos subjetivos.
 - 5.5.3. Elementos objetivos.
 - 5.5.4. Elementos formales.
 - 5.5.5. Elementos temporales.
 - 5.5.6. Comienzo de la *mora debitoris*.
6. La mora automática del deudor.
 - 6.1. Mora automática por voluntad de las partes y por disposición de la ley.
 - 6.2. La designación de la época de cumplimiento como motivo determinante para establecer la obligación.
 - 6.3. La mora en las obligaciones recíprocas.
 - 6.3.1. Cuestión terminológica.
 - 6.3.2. Allanamiento a cumplir.
 - 6.3.3. Necesidad de interpelación.
7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Según el artículo 1.100 del Código Civil (CC) «Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

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.»

Aunque de una primera lectura no parezca que su inteligencia sea excesivamente difícil, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido dándole distintas interpretaciones, lo que viene provocando oscilaciones que provocan una incertidumbre opuesta al principio de seguridad jurídica propugnado por nuestra Constitución.

A fin de intentar clarificar esta situación, expondremos la problemática del elemento temporal en el incumplimiento de las obligaciones, y de la constitución en mora del deudor en el Derecho de Obligaciones.

2. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE LA *MORA DEBITORIS*

Podemos definir la mora como el retraso culpable, que no quita la posibilidad de cumplimiento tardío de la obligación¹; esta posibilidad, tanto física como jurídica, de cumplimiento tardío es lo

¹ STS de 30 de junio de 1971, Ponente TABOADA ROCA (RAJ 3370).

que diferencia esa figura del verdadero incumplimiento de la obligación. Cuando dicho retraso se debe a culpa y no a caso fortuito, se denomina técnicamente mora, y según proceda la culpa del deudor o del acreedor, se denomina mora del deudor –*mora solvendi*– o del acreedor –*mora accependi*–.

En la mora, es posible distinguir un elemento subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo está constituido por la culpabilidad en el retraso²; dicha culpabilidad puede ser dolosa, esto es, intencionada, o simplemente culposa, esto es, negligente. Distinguir ambas clases es importante desde el punto de vista de sus consecuencias, ya que la responsabilidad por dolo es más grave que por culpa, según el artículo 1.107 del CC.

Por su parte, el elemento objetivo viene determinado por el retraso no impeditivo de cumplimiento; en muchas ocasiones, la imposibilidad de la prestación dimana precisamente del retraso, como en el clásico ejemplo del pianista contratado para actuar en una fiesta, a la que llega tarde. En estos casos, el retraso produce la imposibilidad de cumplimiento, pues aunque no haya imposibilidad física, sí la hay jurídica, puesto que la actuación contratada era precisamente para una oportunidad determinada³.

A efectos de constitución en mora del deudor, la regla general de nuestro ordenamiento es que no se constituye en mora el deudor de pleno derecho por el solo cumplimiento del plazo; aunque la obligación se haya vuelto exigible, el deudor no está en mora, por mucho que sea el tiempo transcurrido. Se requiere que el acreedor dirija al deudor una interpelación expresándole su voluntad de obtener el cumplimiento de la obligación; es el acreedor quien constituye en mora al deudor y no el cumplimiento del plazo. De ahí el aforismo *dies non interpellat pro homine*, el término no interpela en lugar del hombre. Nuestro ordenamiento, mientras el acreedor guard silencio, estima que el retraso no le causa ningún perjuicio y que autoriza tácitamente al deudor a esperar⁴. Tal como señala PUIG BRUTAU⁵, el criterio de política jurídica que impera en esta materia es que no basta que del contenido de la relación obligatoria ya resulte que la obligación está vencida y que por tanto sea exigible, sino que la efectividad de los derechos del acreedor depende en tal caso de que realmente sean exigidos.

A fin de determinar el objeto del presente estudio, hemos de ubicarnos dentro de los dos grandes campos en que se divide la responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual. El estudio de la mora prevista en el artículo 1.100 del CC, lo situamos dentro del concepto de incumplimiento genérico de las obligaciones, dentro de la «responsabilidad contractual», expresión con la que se designa la responsabilidad dimanante de obligaciones preexistentes a la propia afirmación de responsabilidad, cualquiera que sea su fuente, ya que la responsabilidad contractual incluye la responsabilidad derivada de obligaciones ya constituidas, aunque su origen no sea un contrato.

² No constituye mora el simple retraso: STS de 1 de junio de 1996, Ponente FERNÁNDEZ-CID DE TERMES (RAJ 4716); ni el retraso no culpable: STS de 16 de diciembre de 1968, Ponente AGUADO GONZÁLEZ (RAJ 5862).

³ ESPÍN CÁNOVAS [1969] *Derecho Civil Español*, Madrid, Tomo III, pág. 202.

⁴ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean [1964] *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, IV, Buenos Aires, pág. 367.

⁵ [1959] *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, Vol. 2.º, Barcelona, pág. 426.

Tanto la doctrina mayoritaria ⁶ como la jurisprudencia ⁷, inciden en la preexistencia de la obligación para establecer la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, no como contraposición entre responsabilidad derivada del contrato frente a responsabilidad dimanante de otra fuente, sino como responsabilidad derivada de un específico vínculo o relación preexistente –cualquiera que sea su fuente– frente a la responsabilidad derivada de un genérico deber de no injerencia dañosa en la esfera personal ajena. De este modo, mientras en el primer caso la idea de responsabilidad aparece estructuralmente ligada a la idea de la obligación, en el segundo, sólo a través de la afirmación de la responsabilidad nace una verdadera obligación, que consiste, precisamente, en el resarcimiento del daño injustamente causado. Y esta obligación de contenido resarcitorio que se constituye *ex novo* es, a su vez, susceptible de dar origen a responsabilidad contractual, cuando no sea voluntariamente cumplida.

Todo ello nos indica los dos planos en que se desarrollan ambos tipos de responsabilidad: primario (constitución de una nueva obligación que antes no existía) en la responsabilidad extracontractual, y secundario (tutela del crédito, realización de un vínculo obligatorio preexistente) en el caso de la responsabilidad contractual.

El sistema general de la responsabilidad contractual ha sido dividida por la doctrina en tres supuestos o estadios diferenciados, en el cual debemos encuadrar la mora del deudor:

- a) Supuestos de incumplimiento: sea total o parcial, y, a su vez éstos pueden ser inexactos cuantitativa o cualitativamente, retardados –inexactitud temporal con las reglas particulares de la mora– o definitivos.
- b) Las reglas o el juicio de responsabilidad, a lo que también se llama con terminología tradicional imputación del incumplimiento. En virtud de tales reglas o a través de tal juicio, se establece si la infracción del deudor –correlativa a la insatisfacción del acreedor– es o no susceptible de originar consecuencias.
- c) Consecuencias del incumplimiento –calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo a generarlas, esto es, «imputables»– o conjunto de medidas de que el acreedor dispone ante el mismo para la defensa de su derecho –ejecución coactiva, resarcimiento de los daños causados, resolución del contrato–.

Una vez determinada la mora como supuesto de incumplimiento parcial retardado de la obligación, recordaremos que en la aplicación de la norma, ante supuestos dudosos, se viene aplicando el principio del *favor debitoris*, principio favorable a la parte más débil en cualquier área del Derecho basado en la equidad, entendida en su acepción clásica cristiana de aplicación benigna y moderada del derecho, y que ya fue señalado por el jurista clásico francés POTHIER: «La interpretación de las

⁶ JORDANO FRAGA, F. [1984] «Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código Civil español», *ADC*, pág. 109 y ss.

⁷ STS de 19 de junio de 1984, Ponente SERENA VELLOSO (RAJ 3250), y jurisprudencia en ella citada.

obligaciones se hace, en la duda, a favor de los deudores»⁸. Aunque nuestro CC no lo ha recogido expresamente como principio general, podemos observarlo incluido en supuestos singulares de su articulado⁹ y ver su aplicación en el Derecho Penal, principio *in dubio pro reo*, y en el Derecho Laboral, *in dubio pro operario*.

3. EL INCUMPLIMIENTO TEMPORAL DE LAS OBLIGACIONES

El incumplimiento temporal de las obligaciones presenta diversas facetas, desde el mero retraso, hasta la mora, pudiendo llegar a un definitivo incumplimiento contractual. Son variadas las circunstancias que pueden incidir en estas distintas situaciones, al igual que sus consecuencias. Tanto la doctrina¹⁰ como la jurisprudencia¹¹ han establecido que el mero retraso, mientras no denote una voluntad rebelde al cumplimiento por parte del deudor, no implica la frustración del fin práctico perseguido, ni provoca la resolución del contrato. A fin de determinar los distintos ámbitos, tanto del mero retraso, como de la mora y los supuestos de resolución contractual, la jurisprudencia¹² entiende que si el demandado ha sido constituido en mora, la *mora debitoris*, en cuanto específica violación o lesión del derecho de crédito, puede ser causa que justifique la resolución de la relación obligatoria sinalagmática. No obstante, si el demandado ha incidido en un retraso en el cumplimiento, no constitutivo de mora, deberá distinguirse entre si el demandado, aunque con retraso ha cumplido su obligación y el cumplimiento ha sido aceptado por el actor, este último no puede con fundamento en el simple retraso ejercitar la acción resolutoria; o si el demandado está cumpliendo, pero realiza los actos de cumplimiento retrasadamente, para que pueda ejercitarse la acción resolutoria es necesaria la mora y no basta el simple retraso; y por último, si el demandado no ha ejecutado en absoluto su prestación y el plazo ha vencido, la resolución puede demandarse sin necesidad de constituir especialmente en mora al demandado.

3.1. El incumplimiento resolutorio: artículo 1.124 del CC.

El artículo 1.124 del CC otorga la facultad de resolver la obligación recíproca a aquella parte que, habiendo cumplido o estando dispuesta a hacerlo, se encuentra con que el deudor se niega a realizar la prestación debida. El fundamento de dicha facultad la encontramos en la necesidad de mantener el equilibrio de las prestaciones prometidas hasta el mismo momento de su cumplimiento; si

⁸ [1947] *Tratado de las Obligaciones*, Barcelona, pág. 218.

⁹ Interpretación de los contratos gratuitos: artículo 1.289; presunción de mancomunidad de las obligaciones: artículos 1.137, 1.138 y 1.139; derecho de elección en las obligaciones alternativas: artículo 1.132; dudas sobre la subsistencia de la obligación: artículos 1.188, 1.189 y 1.191; carga de la prueba: el derogado artículo 1.214, hoy sustituido por el artículo 217 de la LEC.

¹⁰ MONTES PENADES, V. [1989] «Comentarios al Código Civil y Comp». Forales. Tomo XV. Vol. 1.º, *RDP*, Madrid, pág. 1.242.

¹¹ STS de 17 de enero de 1967, Ponente RODRÍGUEZ-SOLANO ESPÍN (RAJ 77).

¹² STS de 5 de enero de 1935 (RAJ 198), cuyas afirmaciones han sido reiteradas en otras muchas: SSTS de 4 de julio de 1994, Ponente VILLAGÓMEZ RODIL (RAJ 6426) y 26 de enero de 1996, Ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (RAJ 323).

la obligación de pagar un precio se justifica por la obligación de entregar un objeto, el comprador puede negarse a pagar si el vendedor no hace la entrega de lo comprado.

A fin de ejercitar la acción resolutoria, la jurisprudencia viene exigiendo:

1. La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron.
2. La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad.
3. Que la parte demandada haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de Jueces y Tribunales de instancia.
4. Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de la contratante demandada que de modo indubitado, definitivo e irreparable lo origine, lo que tradicionalmente se venía considerando como una voluntad deliberadamente rebelde del contratante, y
5. Que el ejercitante de la acción no cumpla las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior de otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho de la resolución de su adversario y lo libera de su compromiso.

En cuanto a las relaciones entre la acción resolutoria y la mora en el cumplimiento de las obligaciones, podemos plantearnos si la constitución en mora es un requisito para el ejercicio de la acción resolutoria, y si dicha constitución es causa suficiente para resolver la relación obligatoria.

Sobre la constitución en mora como requisito para el ejercicio de la acción resolutoria, siguiendo la doctrina mayoritaria ¹³, nos inclinamos por dar una respuesta negativa, toda vez que ni nuestro ordenamiento ni la jurisprudencia así lo han entendido y el artículo 1.124 sólo requiere el supuesto de hecho de que el deudor no haya cumplido la obligación. Cuando nuestro ordenamiento ha entendido necesario el requerimiento previo a la resolución, lo ha establecido expresamente –art. 1.504 CC–; no obstante, en buen número de supuestos en que se ejercita la facultad resolutoria, nos encontraremos con la existencia de retraso en el cumplimiento de la obligación ¹⁴.

Desde un punto de vista histórico, la mora y la resolución son instituciones que se incorporaron a nuestro ordenamiento en momentos diferentes –la mora en el derecho romano y la acción resolutoria en los derechos canónico y feudal y, específicamente en el derecho francés de los consumidores–, y sus regímenes se han ido desarrollando por separado, lo que en muchos casos ha provocado problemas en su aplicación.

¹³ CLEMENTE MEORO, M.E. [1998] *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, pág. 346. DíEZ-PICAZO, L. [1993] *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Madrid, pág. 714.

¹⁴ CRISTÓBAL MONTES, A. [1984] *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, pág. 175, entiende que para ejercitar la acción resolutoria, hace falta previamente requerir de cumplimiento al deudor, para que exista constancia de que se ha producido el incumplimiento obligacional exigido por el artículo 1.124.

En cuanto a la constitución en mora como causa suficiente para la resolución contractual, la jurisprudencia ha señalado que «La constitución en mora permite la aplicación del artículo 1.124 si la cosa se pierde (arts. 1.096.3 y 1.182 CC), pero cuando la prestación no haya devenido imposible y quepa un cumplimiento objetivo, aunque tardío, la mora supone única y exclusivamente la aplicación del artículo 1.101 del CC»¹⁵. La jurisprudencia fundamenta esta respuesta negativa por entender que la mora no constituye un incumplimiento que tenga la suficiente entidad, si no supone una «frustración del fin práctico perseguido por el acreedor» o demuestra una «voluntad del deudor deliberadamente rebelde al cumplimiento», aunque la mora será un dato sumamente significativo de dicha voluntad rebelde sin perjuicio de que se acrediten otras circunstancias que desvirtúen dicha apreciación¹⁶.

La jurisprudencia, a fin de atender al incumplimiento temporal como causa de resolución, atiende a criterios tales como la existencia de una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», o que el retraso lleve aparejada la «frustración del fin del contrato». Para intentar determinar el contenido que se le asigna a estos conceptos, podemos sistematizar los criterios jurisprudenciales de la siguiente forma¹⁷:

- a) Las sentencias que estiman la resolución en supuestos de retraso en el cumplimiento suelen fundamentar su fallo en la prolongada pasividad o inactividad del deudor¹⁸, o también en que la cantidad en cuyo pago se ha retrasado el deudor representa una parte importante del precio total¹⁹.
- b) Las sentencias que desestiman la resolución, sobre la base de considerar que no ha habido incumplimiento, sino mero retraso, suelen tener como fundamento otras circunstancias, es decir, que el rechazo de la pretensión resolutoria deriva no tanto de haber existido «mero o simple retraso», como de otros hechos o circunstancias concurrentes. Los casos más significativos son aquellos en que se estima que más que retraso en el cumplimiento, hubo cumplimiento tardío, esto es, cumplimiento anterior al ejercicio de la acción resolutoria, aunque objetivamente tardío²⁰; que el demandante prorrogó tácitamente el contrato al admitir los pagos tardíos llevados a cabo por el demandado²¹; que el retraso no fue imputable al

¹⁵ STS de 9 de junio de 1986, Ponente SERENA VELLOSO (RAJ 3298).

¹⁶ SSTS de 18 de marzo de 1988, Ponente MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (RAJ 2216) y 22 de mayo de 1991, Ponente GONZÁLEZ POVEDA (RAJ 3783).

¹⁷ CLEMENTE MEORO, ob. cit., pág. 325.

¹⁸ SSTS de 26 de abril de 1988, Ponente CARRETERO PÉREZ (RAJ 3278) y 23 de marzo de 1994, Ponente ORTEGA TORRES (RAJ 2170).

¹⁹ SSTS de 8 de marzo de 1994, Ponente ORTEGA TORRES (RAJ 2200) y 26 de septiembre de 1994, Ponente GONZÁLEZ POVEDA (RAJ 7024).

²⁰ SSTS de 5 de enero de 1935 (RAJ 198), 27 de marzo de 1982, Ponente SERENA VELLOSO (RAJ 1507) y 7 de marzo de 1995, Ponente MARINA MARTÍNEZ-PARDO (RAJ 2149).

²¹ SSTS de 27 de noviembre de 1987, Ponente SERENA VELLOSO (RAJ 8696) y 25 de enero de 1991, Ponente ORTEGA TORRES (RAJ 319).

demandado ²², o hubo previo incumplimiento del demandante, lo que le impide resolver ²³, o bien, porque existían discrepancias entre las partes sobre el alcance y contenido del contrato, habitualmente a consecuencia de oscuridades, que justifican el retraso ²⁴.

3.2. Efectos jurídicos del retraso no resolutorio.

Según hemos indicado, el mero retraso, en sí mismo considerado, no es causa de resolución de la obligación, por lo que hemos de determinar las consecuencias jurídicas que el mismo puede acarrear.

Una vez que nos encontramos ante una obligación vencida, y por tanto, exigible, la cual no es cumplida voluntariamente por el deudor, el acreedor puede requerirlo de cumplimiento, cuya consecuencia será que aquél quede constituido en mora; pero pueden existir supuestos en que el acreedor no constituya en mora al deudor, por diversas causas (requerimiento ineficaz, incapacidad del acreedor, etc.).

Las consecuencias del mero retraso, no constitutivo de mora, serán las mismas que cualquier otro incumplimiento no definitivo: resarcir los daños causados –art. 1.101 CC– y cumplir la obligación. La diferencia de estas consecuencias en relación con las que origina la mora es que en ésta, se trasladan al deudor los riesgos de pérdida de la cosa por caso fortuito, según establece el artículo 1.096 *in fine* del CC. La extensión de la indemnización para el acreedor será la correspondiente a la totalidad del daño efectivamente producido, según el criterio expuesto en el artículo 1.106 del CC, esto es, daño emergente y lucro cesante, sin ningún límite legalmente establecido.

El supuesto más usual en la vida cotidiana es el retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Cuando el deudor sea constituido en mora, según establece el artículo 1.108 del CC y salvo pacto en contrario, deberá indemnizar al acreedor con el interés legal. En este supuesto, tal como ha señalado la jurisprudencia ²⁵, los intereses moratorios son una indemnización de carácter tasado que si libera al deudor de la prueba de la cuantía del daño, impide exigir y probar la existencia de un daño mayor. El «beneficio» para el acreedor es que no debe acreditar el daño: éste se presume y se cuantifica *ex lege*, pero el acreedor no puede exigir una indemnización mayor. En muchas casiones, el acreedor pudiera haber invertido dicha cantidad y obtener mayor rendimiento, o el incumplimiento le ha provocado la imposibilidad de cumplir con otros pagos a los cuales estaba obligado y tenga que sufrir penalidades superiores a las que obtendrá de esta obligación, limitada al interés legal.

²² SSTS de 30 de marzo de 1992, Ponente ALBÁCAR LÓPEZ (RAJ 2307) y 18 de noviembre de 1993, Ponente BURGOS PEREZ DE ANDRADE (RAJ 9150).

²³ SSTS de 6 de julio de 1989, Ponente SÁNCHEZ JÁUREGUI (RAJ 5404), 12 de noviembre de 1992, Ponente MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (RAJ 9585).

²⁴ SSTS de 27 de mayo de 1988, Ponente CARRETERO PÉREZ (RAJ 4344) y 19 de abril de 1989, Ponente BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA (RAJ 3241).

²⁵ SSTS de 21 de diciembre de 1998, Ponente MARINA MARTÍNEZ-PARDO (RAJ 9647) y 23 de abril de 1998, Ponente GARCÍA VARELA (RAJ 2988).

Frente a esta consecuencia por mora, el acreedor puede optar por reclamar la deuda y los daños sufridos, en base al retardo no moratorio, cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo 1.101: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados... los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas»²⁶. La jurisprudencia²⁷ viene entendiendo que este artículo no atiende solamente, como causa de indemnización de daños y perjuicios, al dolo, negligencia o morosidad, sino que atiende, además, a la contravención de la obligación «de cualquier otro modo», expresión donde el CC, de una manera progresiva para la época de su promulgación, permite incluir hasta las contravenciones debidas no a negligencia ni a dolo o mora sino a otras causas que pueden tener lugar aunque se haya prestado la diligencia debida en el cumplimiento.

Las consecuencias de la infracción son, por un lado, que no se aplica el artículo 1.108, dada su especificidad para el deudor incurso en mora, por lo que no se limita al interés legal la indemnización del acreedor; por otro lado, quedan expeditas las consecuencias indemnizatorias previstas en el artículo 1.106 –daño emergente y lucro cesante–, con lo que el acreedor podrá entrar a demostrar y reclamar los daños y perjuicios efectivamente sufridos²⁸.

4. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN

Al definir la mora la hemos conceptualizado como el retraso culpable, que no quita la posibilidad del cumplimiento tardío de la obligación, especificando que esta posibilidad de cumplimiento tardío es lo que diferencia esa figura del verdadero incumplimiento de la obligación. Ahora trataremos el binomio cumplimiento-incumplimiento, pues aunque en el plano teórico tales situaciones son sencillas de exponer, en la práctica no es igual de simple distinguir cuándo nos encontramos ante una y otra. Por ello, intentaremos caracterizar ambas situaciones.

Podemos definir el cumplimiento de la obligación, como la exacta realización de la prestación debida al acreedor; por ello, este cumplimiento produce la extinción de la obligación, siendo el modo más normal de extinguirse ésta y el modo satisfactorio por excelencia, que produce mejor el logro del interés del acreedor. En nuestro Código se acepta expresamente –arts. 1.156 y 1.157– la equivalencia de los términos pago y cumplimiento.

La jurisprudencia²⁹ ha establecido que «debe entenderse por cumplimiento la plena y absoluta realización de lo convenido por las partes al contraer la obligación, y por ello el cumplimiento dependerá en su configuración material de la naturaleza de la obligación en adecuación a lo preten-

²⁶ Tal como acertadamente señalaba MARTÍNEZ-CALCERRADA [1976], en su trabajo «Cumplimiento defectuoso de la prestación (su inclusión en la "contravención" o cuarta causa del art. 1.101 del CC)», *RCDI*, pág. 1.334.

²⁷ SSTs de 23 de febrero de 1989, Ponente SANTOS BRIZ (RAJ 1395) y 21 de julio de 1995, Ponente SANTOS BRIZ (RAJ 5729).

²⁸ Caso resuelto en la STS de 28 de noviembre de 1983, Ponente MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (RAJ 6681).

²⁹ STS de 29 de abril de 1972, Ponente RULL VILLAR (RAJ 2020).

dido por las partes al asumirla en cuanto a tiempo, lugar y modo; y así el incumplimiento se produce no sólo cuando se falta a la prestación principal, sino cuando se han incumplido aquellos deberes íntimamente unidos a la naturaleza del vínculo. Esta acepción del cumplimiento incluye, siempre de acuerdo con lo convenido y en adecuación con la naturaleza de la obligación, las tres acepciones del pago de que habla la más difundida doctrina (modo extintivo de la obligación por cualquier medio, cumplimiento efectivo de la prestación convenida, o entrega de una suma en dinero)».

Entre los requisitos del cumplimiento, debemos reseñar el referido al tiempo en que ha de realizarse la prestación. La determinación del momento en que el pago o cumplimiento ha de realizarse tiene importancia porque de ello depende que el deudor incurra en mora. En principio, no basta que llegue el momento señalado para el pago o cumplimiento para que el deudor incurra en mora; habrá que estar, en primer lugar, a lo que sobre el particular hayan convenido el acreedor y el deudor; en su defecto, el momento del pago dependerá de la naturaleza de la obligación, pues si es pura o está sometida a condición resolutoria, «será exigible desde luego», como expresa el artículo 1.113 del CC. Si está sometida la obligación a condición suspensiva, será exigible cuando la condición se cumpla –1.114 CC–. Si es una obligación aplazada o a término, cuando el día llegue, artículo 1.125 del CC. De manera excepcional, el momento del pago será el que fijen los Tribunales –art. 1.128 del CC– cuando la obligación no señale plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se deduzca que ha querido concederse al deudor, o cuando la duración del plazo ha quedado pendiente de la sola voluntad del obligado.

Tal como hemos visto, el fin normal de toda obligación es su cumplimiento, pero se dan casos en los que la obligación no se cumple en su momento oportuno, y entonces debemos determinar el alcance del incumplimiento, pues éste puede tratarse de un incumplimiento meramente temporal, o tener un alcance de mayor gravedad que hace imposible el cumplimiento, dando lugar a un incumplimiento definitivo. Pero no es suficiente determinar el alcance del incumplimiento –temporal o definitivo–, sino que es necesario conocer las causas de dicho incumplimiento, pues sus consecuencias serán diferentes según las causas que lo determinen.

PUIG BRUTAU ³⁰ señala que nuestro Código sigue el sistema continental o de base romana que por un lado afirma –con especial energía a la hora de proclamarlo de manera general– que es necesario e ineludible el cumplimiento de la obligación; por otro lado, sin embargo, ante el hecho del incumplimiento procura no reaccionar ciegamente, sino que antes de dispensar protección al interés del acreedor, trata de calificar la conducta del deudor. Sólo cuando el deudor ha obrado de una manera reprobable, sea de manera intencionada o consciente o simplemente por negligencia, considera nuestro sistema que el deudor es responsable de las consecuencias del incumplimiento.

Para delimitar y conceptuar el incumplimiento puede ser de utilidad determinar sus causas. DíEZ-PICAZO ³¹ entiende que la respuesta tendría que ser o bien porque el deudor ha querido incumplir, o bien porque no ha podido cumplir, y en este último caso, porque se lo ha impedido u hecho imprevisible e inevitable, o porque se lo ha impedido un hecho que pudo y debió preverse y evitarse.

³⁰ Ob. cit., pág. 417.

³¹ El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos, pág. 385.

Del tenor del artículo 1.101 y concordantes del CC, se deduce que en caso de incumplimiento definitivo, si las causas son ajenas a la voluntad del deudor –caso fortuito o fuerza mayor–, producen la extinción de la obligación. Si las causas del incumplimiento definitivo dependen de la voluntad del deudor –sea por dolo o culpa– originan el cumplimiento forzoso de la obligación, sea de forma específica o por equivalente pecuniario, y por último, en caso de incumplimiento temporal o mora, puede obedecer a causa no imputable al deudor o imputable al mismo, variando los efectos, pues en el primer caso no se responde por el retraso y en el segundo sí.

5. PRESUPUESTOS DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA

Aunque el artículo 1.101 del CC establece la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones, no establece expresamente los requisitos para que se entienda que existe dicha mora o «morosidad». La jurisprudencia³² viene exigiendo el carácter positivo de la obligación, que ésta sea líquida y exigible, que el incumplimiento sea imputable al deudor y, con carácter general, que el deudor sea requerido de cumplimiento.

5.1. Obligación de dar, hacer o de no hacer.

Podemos definir las obligaciones positivas como aquellas que tienen por objeto una acción que puede consistir en dar o hacer algo. Las obligaciones positivas de dar imponen al deudor la entrega de una cosa, sea como efecto de un contrato traslativo de dominio, o bien como consecuencia de contratos meramente creadores de derechos personales, como el arrendamiento de cosas. Las obligaciones positivas de hacer consisten en desarrollar una actividad personal del propio deudor o mediante sus auxiliares o dependientes, generalmente prestaciones de servicios de la más variada clase.

La doctrina tradicional³³, en base a la literalidad del artículo 1.100 del CC que establece «Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación», ha venido requiriendo que el deudor esté obligado a realizar una prestación de contenido positivo, entendiendo que en las obligaciones de no hacer, no cabe retraso en el cumplimiento que no sea al mismo tiempo un efectivo quebrantamiento de lo debido. Sin perjuicio de los razonamientos que posteriormente realizaremos, indicamos ahora que nuestro CC tampoco señala lo contrario, esto es, que no se produzca la mora en estas obligaciones, lo cual sí viene expresamente establecido en otros Códigos de nuestro entorno³⁴.

³² SSTs de 8 de junio de 1966, Ponente OGAYAR Y AYLLÓN (RAJ 3024), 26 de febrero de 1970, Ponente LINARES FERNÁNDEZ (RAJ 1013) y 30 de junio de 1971, Ponente TABOADA ROCA (RAJ 3370).

³³ PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 426.

³⁴ Artículo 1.222 del Código italiano: «Las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer; todo hecho realizado en violación de ésta, constituye de por sí incumplimiento».

Podemos definir la obligación de no hacer, como aquella que consiste en abstenerse, en ventaja del acreedor, de hacer algo que el obligado podría hacer de no existir la obligación, o en sufrir la acción de otro. Por ello, la *solutio* se verifica en las obligaciones negativas con una abstención más o menos prolongada en el tiempo que mantiene inalterada la situación de hecho querida; por esto, no todas las reglas de la *solutio* ordinaria son aplicables a este género de prestaciones y el incumplimiento –que consiste en realizar la acción prohibida– no da lugar a las formas ordinarias y corrientes de coerción. La contravención de la obligación originará el deber de resarcir el daño al acreedor y cuando la naturaleza de las cosas lo permita, podrá el acreedor exigir que sea destruido lo hecho por el deudor o que se le autorice para destruirlo él mismo, a expensas del deudor.

La prestación en las obligaciones negativas presenta analogías con las servidumbres negativas y la distinción entre ambas figuras es una cuestión compleja que se plantea en técnica jurídica³⁵; realmente, esta dificultad no es sino un reflejo de la complejidad que en un plano superior entraña la diferenciación entre derechos reales y derechos de crédito. La servidumbre negativa, derecho real, implica un deber de no actuar que está ligado a la propiedad del fundo sirviente, deber que se transmite con la misma finca a los sucesivos dueños y que es, por definición, perpetuo. La obligación negativa deriva de un vínculo personal entre acreedor y deudor, no afecta a terceros –excepción hecha de los casos de transmisión convencional del crédito o de la deuda–, y tiene una duración limitada.

En la doctrina tradicional, opuesta a la mora en las obligaciones negativas, ALBALADEJO³⁶ entiende que el literal del artículo 1.100 no admite la mora en las obligaciones de no hacer, puesto que si se pensase posible admitirla, sería por conceptuar erróneamente como de no hacer alguna obligación que es realmente de hacer; para aclarar su aserto, indica por ejemplo que A, que tiene funcionando un comercio que compite con el de B, se obliga hacia éste a no ejercer este tipo de actividad durante un año –tiempo en el que B confía hacerse una clientela–, a partir del próximo mes. La fecha llega, A no cesa en su ejercicio, y así retrasa –demora– su cumplimiento, que luego le es impuesto por un año de inactividad, a partir de la fecha de comienzo efectiva de ésta. Podría pensarse aquí que hay demora de una obligación de no hacer –la de no ejercer aquella actividad comercial–, pero sería erróneo, porque lo que se retrasa es el cierre del establecimiento (conducta positiva, obligación de hacer).

Esta inversión del deber solutorio, convirtiendo la obligación negativa en una positiva, ha sido calificada de discusión bizantina³⁷, pues toda proposición negativa puede ser válidamente representada por una conducta positiva que precede, como que cerrar (positivo) precede y habilita la negativa de no ejercer el comercio (o mejor, de dejar de ejercerlo). Si la prestación se expresa como de «dejar de ejercer el comercio», los modos ejecutivos de ese deber son irrelevantes, pues tanto puede ser «cerrar el comercio», como destruirlo, vaciarlo, trasladarlo, etc., todas las proposiciones positivas. La ejemplificación habilita la idea de que las obligaciones negativas se cumplen no realizando ninguno de los actos positivos que la contravengan y se incumplen efectuando cualquiera de éstos.

³⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. [1976] «Servidumbre negativa y obligación de no hacer», *RCDI*, pág. 621.

³⁶ [1983] *Derecho Civil*, Tomo II, Volumen 1.º, Barcelona, pág. 182.

³⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M. [1993] *Responsabilidad Civil, contractual y extracontractual*, Vol. I, Madrid, pág. 166.

La cuestión no es pacífica en la doctrina. Desde antiguo, la doctrina francesa había planteado dudas sobre la no admisibilidad de la mora en las obligaciones negativas ³⁸. Posteriormente, se ha señalado que la tesis tradicional es indiscutible cuando el comportamiento debido, contemplado en el programa de la prestación es la continuación inmodificada de una situación ya existente al constituirse la relación obligatoria. En tales casos, si la situación continúa inmodificada, hay cumplimiento, y si se modifica, no hay retraso, sino incumplimiento. Sin embargo, la situación no es la misma cuando el contenido de la prestación es un non facere del deudor que debe comenzar en un determinado momento o producirse a partir de él ³⁹. En esta misma línea, hemos de situar la tesis de MOISSET DE ESPANES ⁴⁰, que distingue en las obligaciones de no hacer aquellas prestaciones negativas que consisten en un hecho único, de cumplimiento instantáneo o de muy breve prolongación temporal (quien se compromete a no asistir a un determinado acontecimiento), y b) aquellas otras obligaciones cuyas prestaciones negativas consisten en una abstención continuada.

Dentro de estas últimas situaciones de pasividad permanente, distingue asimismo aquellas obligaciones que tienen por objeto que el deudor continúe con la situación de pasividad en que se encontraba, y luego de un tiempo ejecuta el hecho prohibido, en cuyo caso se produciría un cumplimiento parcial; y por último, y más importante, son aquellas obligaciones cuya prestación negativa consista en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a «no hacer» en el futuro.

La figura jurídica que este autor utiliza es el «pacto de no concurrencia», en base al cual se crea una obligación de no hacer competencia, fijándose límites geográficos y temporales a la abstención. En relación con el aspecto temporal, se fijarán dos plazos, uno inicial, para indicar el momento en que debe comenzar la abstención, y otro final, para determinar hasta cuándo estará limitada la libertad de acción del deudor. En caso de que llegado el plazo inicial, no se suspenda la actividad que se venía desarrollando, no comienza a cumplirse la abstención prometida, infracción que encuadraría perfectamente dentro del concepto de mora, pues a pesar de que la prestación no ha comenzado a ejecutarse en el momento debido, es todavía posible y útil para el acreedor que se cumpla de manera íntegra, aunque de forma retardada, por lo que el deudor deberá abonar los perjuicios moratorios.

En cuanto a los efectos de la constitución en mora en esta clase de obligaciones, el deudor puede purgar resarcitoriamente su mora ⁴¹. Si la inactividad debió iniciarse un día determinado, y no se cumplió la prestación negativa, el acreedor puede requerir de cumplimiento, y el deudor comenzar la inactividad. Para ello, entendemos que el término o plazo de la abstención ha de ser ordinario, entendido como aquel que no excluye la posibilidad de que la obligación pueda cumplirse después de transcurrido, conforma a las reglas generales de la mora. Si se entendiera que dicho término

³⁸ DEMOLOMBE, Jean Charles Florent [1870] *Cours de Code Napoléon*, T. XXIV, París, n.º 540; LAURENT, Ferdinand [1875] *Principes de Droit Civil Français*. Vol. XVI, Bruxelles, n.º 240. Ambos citados por GRAMUNT, *La mora del deudor en el Código Civil*, pág. 23, nota al pie 43.

³⁹ Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS [1983] *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Madrid, pág. 261. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, pág. 627.

⁴⁰ [1975] «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer», *RGLJ*.

⁴¹ En el mismo sentido, PADILLA, *Responsabilidad civil por mora*, Buenos Aires, pág. 351.

o plazo era esencial, la falta de puntual cumplimiento excluiría que pueda ser admisible su ejecución posterior, y estaríamos ante un supuesto de incumplimiento definitivo *ex* artículo 1.100.2.º 2 del CC. Siguiendo el ejemplo de MOISSET DE ESPANES, si se pactó la suspensión de actividades durante un plazo de cinco años, y se retrasó la fecha inicial de suspensión de la actividad –inicio de la prestación negativa–, el término final de la abstención se verá prolongado en un período idéntico al del retraso inicial, y todo ello con el abono de los daños y perjuicios causados al acreedor según el artículo 1.101.

5.2. Exigibilidad de la prestación.

Calificamos de exigible la obligación en la cual el acreedor tiene el poder actual de pretender el cumplimiento, poder que surge inmediatamente en las obligaciones a término o con término establecido en su favor, o bien en el momento del vencimiento del mismo si favorece sólo al deudor o a ambos.

Con carácter general, la facultad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación se encuentra condicionada por el factor tiempo: mientras no llegue el momento previsto al constituirse la obligación, no podrá ser exigida al deudor –ni podrá, en principio, ser cumplida por éste–.

Las obligaciones puras, contraídas simplemente, sin ninguna circunstancia que modifique sus efectos y su eficacia, no están afectadas por condición o término y son exigibles desde que se contraen –art. 1.113–; en base al mismo razonamiento, son inmediatamente exigibles las obligaciones condicionadas resolutoriamente –art. 1.113.2–.

Cuando la eficacia de la obligación depende de la realización de una condición, entendida ésta como hecho futuro e incierto, nos encontraremos ante una condición suspensiva de sus efectos. Desde el momento en que se establece la obligación sujeta a condición suspensiva, nace la relación obligatoria⁴², y aunque no produce la plenitud de sus efectos en tanto no se cumpla dicha condición, el acreedor condicional es beneficiario de la protección legal que le otorga el artículo 1.121; en consonancia con ello, el deudor condicional, antes de producirse la condición, está obligado a conservar diligentemente la cosa debida –art. 1.122.2.º y 4.º–, y no impedir u obstaculizar el cumplimiento de la condición –art. 1.119–. Esta clase de obligaciones son exigibles cuando la condición se cumpla, si se cumple, ya que la incertidumbre sobre el evento es lo que caracteriza estas obligaciones⁴³.

⁴² SSTS de 6 de febrero de 1992, Ponente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (RAJ 831), 30 de septiembre de 1993, Ponente GONZÁLEZ POVEDA (Act. Civil 89/1994) (RAJ 6663). En contra, O'CALLAGHAN, *Código Civil, comentado y con jurisprudencia, Comentarios al artículo 1.113*, entiende que la obligación condicionada suspensivamente no es aún obligación, sino que lo será cuando la condición se cumpla, si se cumple.

⁴³ STS de 20 de julio de 1990, Ponente MORALES MORALES (Act. Civil 949/1990) (RAJ 6122): «Al señalamiento de la llegada de tal acontecimiento, como momento determinante de la consumación del contrato de compraventa ya perfecto, no puede corresponderle el carácter de condición (dado que la esencia de ésta radica, precisamente, en la incertidumbre acerca de la realización del evento), sino de plazo, pues esta calificación corresponde al día que necesariamente ha de venir aunque se ignore cuándo (*dies certus an et incertus quando*), conforme establece el art. 1.125 del CC».

Las obligaciones a plazo, según el artículo 1.125, serán exigibles cuando el día llegue; la obligación despliega su eficacia a partir de la llegada del término inicial, y en dicho momento se torna exigible.

De lo dicho hasta ahora, se determina con carácter general cuándo son exigibles las obligaciones por el acreedor. No obstante, hemos de estudiar otros supuestos también importantes.

El artículo 1.127 establece que cuando se designe un término en las obligaciones, «se presume» establecido en beneficio de acreedor y deudor. Esta presunción hemos de entenderla como *iuris tantum*, esto es, admite prueba en contrario; por ello, en caso de que el plazo se haya establecido en beneficio del acreedor, pacto de *non solvendo*, entendemos que puede renunciarlo en cualquier momento y exigir lícitamente la prestación al deudor ⁴⁴.

El artículo 1.128 prevé el caso de constitución de una obligación a plazo, en la que no se determina la duración del mismo. Este problema, tal como señala O'CALLAGHAN ⁴⁵, es más frecuente en la práctica de lo que podría suponerse y supuestos conocidos por todos son aquellos préstamos hechos, de forma oral o por escrito, a parientes o amigos, en los cuales no se fija el plazo de devolución. La solución que da nuestro ordenamiento a aquellos casos en que no se fija la duración del plazo, o su duración se dejó a la voluntad del deudor, es conceder a los Tribunales la facultad de fijar la duración del plazo, según su prudente y libre arbitrio, a cuya finalización la obligación se torna exigible ⁴⁶.

Por último, dentro de las obligaciones a plazo, el artículo 1.129 establece determinados supuestos en los que estas obligaciones sean exigibles por el acreedor, antes de transcurrido el plazo, previendo su vencimiento anticipado. Se trata de casos en que, objetivamente considerados, el acreedor duda de la certeza del pago al vencimiento, dada la insolvencia o falta de garantías del deudor. Los supuestos legales se basan en la insolvencia sobrevinida del deudor, la falta de garantías a que se comprometió y la disminución o desaparición –por caso fortuito– de las garantías prestadas.

5.3. Liquidez de la deuda. El principio *in illiquidis non fit mora*.

La jurisprudencia ⁴⁷ ha venido exigiendo como requisito de la mora que la deuda sea líquida, esto es, que la cuantía de la prestación a cumplir esté determinada, entendiéndose ilíquida la deuda

⁴⁴ En el mismo sentido, ALBALADEJO, ob. cit., Vol. 1.º, pág. 130. DíEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pág. 217.

⁴⁵ Ob. cit., Comentarios al artículo 1.128.

⁴⁶ Sentencia de 31 de octubre de 1994, Ponente VILLAGÓMEZ ROGIL (RAJ 8008): «Dejaba la devolución del préstamo a la exclusiva voluntad del deudor, pero no puede contradecir la naturaleza esencial del contrato que se determina con el obligado reintegro de lo recibido, pues en otro caso la devolución se presentaría indefinida o imposible si no surgiera la necesidad de fuerza mayor; lo que conduciría a una desposesión ilícita del prestamista y un enriquecimiento injusto del prestatario, ya en el ámbito de las situaciones abusivas del derecho. La obligación ha de ser entendida a plazo y cuando éste no se ha fijado con precisión o, como aquí sucede, éste queda a su voluntad, es cuando el artículo 1.128 del CC autoriza señalarlo por los Tribunales, con lo que la decisión judicial actúa como integradora y complementaria del negocio, para que el mismo pueda resultar eficaz, de plena validez y acomodado a la intención de los interesados».

⁴⁷ STS de 28 de febrero de 1975, Ponente CANTOS GUERRERO (RAJ 822).

cuando para conocer la cuantía de la deuda se precisa seguir el juicio, o cuando se reclama una cantidad mayor que la debida, esto es, cuando la sentencia concede menos de lo pedido. La jurisprudencia menor ⁴⁸ ha indicado que cuando se reclama una determinada suma dineraria, puede ocurrir que la suma reclamada sea líquida, y la sentencia de primera instancia, lo mismo que la recaída en virtud de recurso, confirmen la condena a la integridad de la suma solicitada. En este caso, salvo pactos contractuales distintos, o requerimientos extrajudiciales previos, procede reconocer intereses de la deuda desde la fecha de la demanda, en cuantía del interés legal –arts. 1.100 y 1.108 CC– O bien que la suma reclamada no sea líquida, por no serlo ya en la propia demanda, en que se reclama una cantidad indeterminada pendiente de liquidación, o porque, pese a reclamarse una cantidad determinada, la sentencia no reconozca íntegramente la cantidad solicitada. En ambos casos, se ha de aplicar la regla *in illiquidis non fit mora*, ya que ha sido preciso determinar la suma adeudada en el curso del proceso, por lo que los intereses sólo se devengan desde la fecha de la sentencia de primera instancia –salvo que la deuda sólo sea reconocida y concretada en tiempo posterior– ⁴⁹.

Aunque los requisitos de la liquidez de la deuda no viene expresamente recogido en nuestro CC ⁵⁰, se ha venido encontrando su fundamento legal en sus artículos 1.169.2 y 1.825 *in fine*, así como en la vigencia del brocardo *in illiquidis non fit mora* ⁵¹. No obstante, en línea de lo previsto en el CC portugués de que el deudor incurría en mora si la falta de liquidez de la deuda le era imputable, en nuestro derecho y para este supuesto, se ha sugerido que aunque el acreedor no pueda constituir en mora al deudor, sí puede reclamar indemnización por los daños sufridos, no por *mora debitoris*, sino por incumplimiento de la obligación de liquidar ⁵².

De todo ello, se evidencia la beneficiosa situación que se produce para el deudor en múltiples ocasiones; para mitigar esta situación, la jurisprudencia, a partir de la Sentencia de 5 de marzo de 1992 ⁵³, ha adoptado una nueva postura al respecto, pero entendemos que ello no ha significado que se haya modificado la interpretación tradicional del citado brocardo, por lo que estamos en desacuerdo con lo seña-

⁴⁸ SAP de Las Palmas, Sección 3.ª, de 7 de mayo de 1993, Ponente MOYANO GARCÍA (Aranzadi Civil 1122).

⁴⁹ En el mismo sentido, STS de 5 de febrero de 1991, Ponente SANTOS BRIZ (RAJ 705).

⁵⁰ El Código Civil portugués recoge expresamente: artículo 805.3: «Si el crédito fue ilíquido, no hay mora mientras no se tome líquido, salvo que la falta de liquidez fuere imputable al deudor».

⁵¹ En base a los antecedentes del derecho romano -D. 50.17.99- y a su aplicación en el derecho justiniano, en el derecho común se llegó a la conclusión de que la ignorancia sobre la cuantía de la prestación debía ser considerada como una causa justificadora del retraso.

⁵² En ocasiones la falta de liquidez es imputable al deudor en cuyo caso es cierto que no puede exigirse el cumplimiento y, consecuentemente, constituir en mora al deudor; en tales casos «se estará, en el caso de imponerle la responsabilidad correspondiente, por los perjuicios que se causen al acreedor para suplir estas deficiencias. Después vendrá la liquidación o determinación, y a partir de este momento, con las demás condiciones antes examinadas, empezará la mora principal. No hay, pues, que confundir los perjuicios: los que nacen del incumplimiento de la obligación de liquidez son ajenos a los provenientes del deber de entregar; los cuales no pueden exigirse sino desde la constitución en mora, consecutiva a la liquidación de la deuda». SCAEVOLA, Quintus Mucius [1957] Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos. Tomo XIX (MARÍN PÉREZ, Pascual), Madrid, pág. 590. Citado por GRAMUNT, ob. cit. pág. 22, nota al pie 40.

⁵³ Ponente ALBÁCAR LÓPEZ (RAJ 2389). Doctrina aplicada también en SSTS de 18 de febrero de 1994, Ponente ORTEGA TORRES (RAJ 1097), 21 de marzo de 1994, Ponente ALMAGRO NOSETE (RAJ 2561) y 1 de abril de 1997, Ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA (RAJ 2722).

lado por O'CALLAGHAN⁵⁴ de haberse realizado un cambio de criterio en el principio *in illiquidis non fit mora*. Dicha sentencia indica que «aun cuando esta Sala no pretende desconocer la doctrina, reiteradamente sentada por la misma, cristalizada en el brocardo *in illiquidis non fit mora* doctrina esta que se reitera en la presente resolución, parece, sin embargo, necesario proceder a verificar algunas matizaciones en la misma que afectan, tanto a su interpretación como a los supuestos en que procede su aplicación».

Continúa exponiendo la doctrina tradicional que «junto a la consideración de la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora», uno de cuyos requisitos era y, entendemos, continúa siendo la liquidez de la deuda. A continuación, indica el supuesto en que se aplica la nueva interpretación: en los casos de una deuda preexistente, «debe subrayarse que en la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que, por el contrario, tiene carácter meramente declarativo, lo que permite concluir que, a través de la misma, no se hace sino declarar un derecho –si bien sea real o bien de crédito– a la obtención de una cosa o cantidad, que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía, y debía de haberle sido atribuida al acreedor», y la consecuencia es que «no basta con entregar aquello que, en su día se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar la suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos –léase frutos civiles o intereses– no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor». En base a estos argumentos, es por lo que estima pertinente abonar intereses de la cantidad establecida en sentencia «aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial».

Por todo ello, entendemos que los intereses aplicados no son los moratorios –art. 1.108–, pues éstos requieren que el deudor incurra en mora. Entendemos que el principio que aplica es el derivado de la Ley 5.^a, Título 4.^o, Libro V del Fuero Juzgo: «no es justo que una de las partes se aproveche de la cosa recibida y de lo que a su vez está obligado a entregar», y la naturaleza de los intereses aplicados se encuentra en el artículo 1.095 del Código: «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla».

También podrían dichos intereses encontrar su fundamento en el artículo 1.101 *in fine* del Código, pues vendrían a suponer la indemnización de daños y perjuicios por retraso en la entrega de la cosa, tal como señaló la Sentencia de fecha 28 de noviembre de 1983⁵⁵.

5.4. La imputabilidad del incumplimiento.

Hemos definido la mora como el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación. Entendida la culpabilidad como requisito de la mora, si el retraso es «no culpable», el deudor no incurrirá en

⁵⁴ [2001] *Código Civil, Comentado y con jurisprudencia*. Madrid. Comentarios al artículo 1.100.

⁵⁵ Ponente MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (RAJ 6681).

mora. Aunque el CC no exige de forma categórica este requisito, sí lo hacen la doctrina ⁵⁶ y la jurisprudencia ⁵⁷, y se desprende de su artículo 1.105, puesto que si el deudor no responde cuando se ve imposibilitado totalmente de cumplir sin culpa suya, menos responderá cuando por tal causa sólo se ve imposibilitado de cumplir a tiempo. Aunque es evidente, insistimos en que el deudor sigue obligado al cumplimiento, y la consecuencia de apreciarse la no culpabilidad del deudor es que no incurre en mora.

La culpa obligacional es la omisión de la diligencia que exija la obligación en cada caso considerada. El deudor, para no incurrir en culpa, con carácter general –art. 1.104– deberá prestar la diligencia de un buen padre de familia, según la naturaleza de la concreta obligación, y en función de las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Al establecerse la obligación, puede requerirse una diligencia inferior o superior.

Dado que nuestro CC no sigue la antigua distinción de grados de culpa, la responsabilidad del deudor incumplidor puede no resultar equitativa según las circunstancias concurrentes; por ello, el artículo 1.103 deja al arbitrio judicial la moderación de dicha responsabilidad.

A fin de determinar la no culpabilidad del deudor –dado que la culpa se presume, art. 1.183– en base al artículo 1.105, esto es, por fuerza mayor o caso fortuito, deberá realizarse una valoración de la previsibilidad e inevitabilidad del evento causante del retraso.

Para completar la exposición de este requisito, hemos de indicar que puede incurrirse en mora, aunque no exista culpa, si así se estableció la obligación –art. 1.105–; o no incurrirse, aunque exista culpa –art. 1.102 *a sensu contrario*–. En este último caso, con el límite de que se trate de culpa, no de dolo ⁵⁸; tal como señala ALBALADEJO ⁵⁹, si se admitiera la exención de responsabilidad por dolo, sería dejar el cumplimiento de la obligación al arbitrio del deudor, que podría incumplirla si quisiese, lo que equivaldría realmente a no obligarle a nada y choca con el precepto que proclama que el cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes –argumento del art. 1.256–.

⁵⁶ ALBALADEJO, ob. cit., Vol. 1.º, pág. 181. Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pág. 262. O'CALLAGHAN, ob. cit., Comentario al artículo 1.100.

⁵⁷ STS (Sala 4.ª) de 23 de abril de 1992, Ponente SANPEDRO CORRAL (RAJ 2672): «La mora del artículo 1.100, de los obligados a entregar o hacer alguna cosa, o la "morosidad" del artículo 1.101, ambos del CC, determinante de la indemnización de daños y perjuicios, no equivale, según constante jurisprudencia, al simple retraso en el cumplimiento de una obligación, sino al retraso o incumplimiento culpable (TS 1.ª Ss. de 16 de diciembre de 1968 y 9 de junio de 1986)».

⁵⁸ STS 23 de febrero de 1973, Ponente GIMENO FERNÁNDEZ (RAJ 538).

⁵⁹ Ob. cit., Vol. 1.º, pág. 167.

5.5. La intimación del deudor.

El requerimiento ⁶⁰ del acreedor al deudor es el único requisito que expresamente indica el artículo 1.100 del Código para constituirlo en mora ⁶¹. Este requerimiento es una intimación de cumplimiento y debe consistir en una declaración expresa, categórica e imperativa ⁶², dirigida y comunicada al deudor, mediante la cual se reclama el cumplimiento de la prestación, manifestándole el propósito de no tolerar mayor dilación en el cumplimiento de la prestación. No es necesario que en la intimación conste que en caso de no ser atendida, el deudor incurre en mora, ni las consecuencias de ésta, pues son efectos que se producen *ex lege*.

El requerimiento debe corresponder a la obligación cuyo cumplimiento se exige y debe respetar las circunstancias en que el cumplimiento debe llevarse a cabo, tanto respecto a la prestación, como al tiempo y lugar.

5.5.1. Naturaleza jurídica.

Desde la promulgación del CC, la doctrina, ante la cuestión de la naturaleza jurídica de la intimación del acreedor, que se podía entender como un acto jurídico o como un negocio jurídico, se ha inclinado mayoritariamente por entender que estamos ante un acto jurídico, ubicando el criterio distintivo entrega ambas categorías en el efecto que producen. Estaremos ante un negocio jurídico cuando el contenido de la declaración de voluntad y el efecto producido sean coincidentes; cuando no sean congruentes, ante un acto jurídico. ALBALADEJO ⁶³ entiende que en la intimación que el acreedor dirige al deudor para que éste cumpla la obligación –intimación que es una exteriorización de voluntad constitutiva de un acto semejante a los negocios–, el efecto jurídico que se produce –en el caso de que el deudor no cumpla– es el quedar éste constituido en mora, efecto que no corresponde al contenido volitivo que el acreedor exteriorizó, pues éste manifestó querer el cumplimiento de la obligación, cosa que es distinta de la constitución en mora.

⁶⁰ Nuestro Código utiliza diversa terminología para su denominación: «intimación» y «exigencia» en el artículo 1.100, en el artículo 283: si el saldo es a favor del tutor, devengará interés legal desde que el que estuvo sometido a tutela sea «requerido» para el pago, previa entrega de sus bienes; artículo 1.096: cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede «compeler» al deudor a que realice la entrega; artículo 1.109: los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente «reclamados», aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto; artículo 1.144: el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las «reclamaciones» entabladas contra uno no serán obstáculos para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo.

⁶¹ Tal como señala GRAMUNT, ob. cit., pág. 28, nota al pie 56, la doctrina romanista señala que la necesidad de la *interpellatio* aparece en la época de Justiniano. En la época clásica no había regla general, por lo que la solución que debiera arbitrarse dependía de cada obligación en concreto. La mora era una cuestión de hecho que se apreciaba en función de la conducta del deudor, de modo que, salvo excepciones, el deudor no incurre en mora si el acreedor no se ha manifestado por una *interpellatio*.

⁶² DÍAZ PAIRÓ, A. [1942] *Introducción al Derecho de Obligaciones*, Vol. I, La Habana, pág. 141, indica que no habrá intimación si el acreedor se limita a requerir al deudor para que reconozca la deuda y convenga el plazo y condiciones de devolución o cuando le envía la cuenta y le avisa de la existencia del crédito.

⁶³ [1985] *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. 2.º, Barcelona, pág. 141.

Desde el punto de vista de su formación, tanto la doctrina⁶⁴ como la jurisprudencia⁶⁵, entienden que el requerimiento o intimación que el acreedor dirige al deudor, es una declaración de voluntad unilateral y recepticia, por lo que necesariamente habrá de conocerla el deudor y por la que se le reclama el cumplimiento de la obligación. Entendemos que el conocimiento es condición de su eficacia⁶⁶, puesto que en las declaraciones recepticias la comunicación es elemento constitutivo del propio acto, y si este conocimiento⁶⁷ no se produce, el acto de comunicación podrá ser válido, pero será asimismo ineficaz⁶⁸.

5.5.2. Elementos subjetivos.

El requerimiento de cumplimiento debe proceder del acreedor, y dirigirse al deudor, aunque cabe que se realice directamente o a través de representante legal o voluntario. El objeto del requerimiento es obtener el cumplimiento de la obligación, por lo que podrá realizarse por el acreedor o por otra persona autorizada en su nombre, en base a una autorización conferida con carácter general⁶⁹ o para un asunto determinado. El destinatario es el deudor, aunque puede ser recibido por éste o por su representante.

⁶⁴ HERNÁNDEZ GIL, F. [1962] «La intimación del acreedor en la mora *ex persona*», *ADC*, pág. 339; Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pág. 264; GRAMUNT, ob. cit., pág. 29; PADILLA, ob. cit., pág. 375.

⁶⁵ STS de 8 de febrero de 2000, Ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ (RAJ 623): «En el presente caso, sólo uno de ellos plantea problema: el de la interpelación del acreedor al deudor, que, como dice dicho artículo 1.100, "... les exija judicialmente o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación", lo que es una declaración de voluntad unilateral y recepticia del acreedor al deudor, que puede hacerse judicial o extrajudicialmente».

⁶⁶ En contra, ALBALADEJO, Tomo I, Vol. 2.º, pág. 182, entiende que el momento de llegar a conocimiento del destinatario es en el que la declaración recepticia se perfecciona.

⁶⁷ La disposición adicional 4.ª de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, ha modificado el momento de celebración de los contratos electrónicos y los celebrados a distancia, unificando el dispar criterio contenido hasta ahora en los Códigos Civil -art. 1.262- y de Comercio -art. 54-: «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

⁶⁸ SAP de Las Palmas, Sección 3.ª, de 18 de enero de 2000; rollo 457/99. Ponente MOYANO GARCÍA (*Doctrina Civil de la Audiencia Provincial de Las Palmas*, Madrid, 2001, pág. 46): «El artículo 202 del reglamento notarial ciertamente permite que el requerimiento se entienda, en ausencia del destinatario, con el portero del edificio, en cuyo caso se considera efectuado válidamente el requerimiento. Pero esta atribución de validez ha de entenderse a efectos de la validez formal y de la exención de responsabilidad del Notario actuante por la práctica del acto de requerimiento, sin que pueda concluirse por el contrario la intrascendencia de la recepción final del requerimiento por el destinatario en cuanto a las consecuencias sustantivas del requerimiento mismo. Lo que sucede en este caso es simplemente que opera la inversión de la carga de la prueba, que se presume *iuris tantum* que la documentación entregada al tercero ha llegado finalmente al destinatario; pero la prueba de lo contrario impedirá la eficacia del requerimiento, por lo que debemos distinguir en este punto la validez y eficacia del acto: un requerimiento puede ser válido pero ineficaz cuando no es conocido por el receptor». En el mismo sentido, SSTS de 1 de febrero de 1985, Ponente DE LA VEGA BENAYAS (RAJ 525) y 17 de diciembre de 1992, Ponente GONZÁLEZ POVEDA (RAJ 10505).

⁶⁹ En cuyo caso sólo comprende los actos de administración (art. 1.713 CC: «El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración»), entre los que se encuentra la facultad de exigir créditos.

Si la obligación es unipersonal, tanto activa como pasivamente, no se produce ningún efecto especial, tal como expresa el artículo 1.149 del CC, teniendo en cuenta, además, lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1.169 del CC.

En supuestos de cesión –art. 1.528 CC– o subrogación –1.209, 1.210 y 1.212 CC– en una obligación, o de cesión de la posición contractual en una obligación sinalagmática, no puede dudarse la capacidad, tanto activa como pasiva, de los nuevos sujetos para la constitución en mora, aplicándose las reglas generales. En relación con la legitimación activa para constituir en mora a los obligados con el deudor principal, ejercitando dicha acción vía subrogatoria –art. 1.111 CC–, entendemos que es plenamente viable su ejercicio, puesto que dicho artículo establece que los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, «pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin», exceptuando los derechos y acciones personales.

En caso de celebración de un contrato a favor de un tercero, entendemos que en base al artículo 1.257.2 del CC, el acto determinante del derecho del tercero es su aceptación de la estipulación a su favor, pero para que sea eficaz ha de comunicarse esa aceptación al deudor-obligado antes de que haya sido revocada dicha estipulación por acuerdo de los contratantes. Una vez verificada y comunicada la aceptación, el tercero se convierte en titular del crédito, pudiendo por ello exigir su cumplimiento al amparo de la fuerza obligatoria de todo contrato ⁷⁰.

Cuando los acreedores y los deudores son varios, habrá de tenerse en cuenta si la obligación es mancomunada o solidaria, y si la prestación es divisible o indivisible, por lo que podemos distinguir:

- a) Obligación mancomunada, activa o pasiva, divisible: en base al artículo 1.138 del CC, la participación de cada coacreedor o codeudor mancomunados en el crédito o deuda, respectivamente, será la establecida en la obligación y, en su defecto, se presumen iguales. Cada acreedor o cada deudor puede por sí y con independencia de los demás exigir la deuda o cumplir su obligación, ya que según el artículo 1.138 el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.
- b) Obligación mancomunada activa indivisible: en base al artículo 1.139 del CC, podrá un acreedor, por sí solo, poner en mora al deudor, pues aunque existen varios acreedores, uno o varios de ellos podrán realizar aquellos actos que no perjudiquen a los no intervinientes, y la constitución en mora del deudor, por ser favorable, no requiere ser realizado colectivamente por todos los acreedores interesados ⁷¹.

⁷⁰ La STS de 6 de marzo de 1989, Ponente MORALES MORALES (RAJ 1998) interpreta la aceptación no como ratificación de un acto anterior, sino como adhesión elevada por la ley a verdadero y propio requisito (*conditio iuris*) para que surja el derecho del tercero. En el mismo sentido, SSTS de 10 de diciembre de 1956, Ponente BONET RAMÓN (RAJ 4126), 26 de abril de 1993, Ponente GONZÁLEZ POVEDA (RAJ 2946) y 23 de octubre de 1995, Ponente BURGOS PÉREZ DE ANDRADE (RAJ 7104).

⁷¹ ALBALADEJO, Vol. 2.º, pág. 54.

- c) Obligación mancomunada pasiva indivisible: si la pluralidad es pasiva, deben realizar conjuntamente la prestación y el acreedor tiene que exigir a todos los deudores conjuntamente el cumplimiento de la obligación para constituirlos en mora, y si alguno resultara insolvente, los demás no suplen su débito (art. 1.139). Pero si la obligación se incumple, tal como dispone el artículo 1.150, se produce la responsabilidad y la obligación deviene divisible al traducirse en indemnización de daños y perjuicios. Este supuesto es uno de los ejemplos paradigmáticos de litisconsorcio pasivo necesario propio, exigiendo el artículo 1.139 del CC la colación de todos los deudores mancomunadamente.
- d) Obligación solidaria activa: cada uno de los acreedores tiene derecho a reclamar del deudor el cumplimiento íntegro de la obligación, y consecuentemente, constituirlo en mora, artículo 1.137 del CC. Debemos recordar que si el deudor hubiere sido judicialmente demandado por algún acreedor, a éste deberá hacer el pago, artículo 1.142.
- e) Obligación solidaria pasiva: La cuestión de si la intimación realizada a uno de los deudores se comunica o no al resto de éstos, ha suscitado diversas cuestiones. En el Derecho Romano, la respuesta era negativa⁷², así como en el ordenamiento italiano⁷³. No obstante, en nuestro país, tanto la doctrina⁷⁴, como la jurisprudencia⁷⁵, entienden que la reclamación hecha a uno, tanto en forma judicial como extrajudicial, hace incurrir en mora a todos (arts. 1.100 y 1.141.2 CC), salvo si alguna de las deudas se halla bajo condición suspensiva o está aplazada (art. 1.140), en cuyo caso no afecta a ésta. La responsabilidad en que se incurre por mora (art. 1.101) puede ser exigida no sólo a los deudores incursos en mora, sino también a los demás, ya que la obligación solidaria pasiva tiende a reforzar la posición del acreedor; en la que se trata de que el acreedor pueda exigir a cualquier deudor lo que alguno le deba, y en el argumento que se deduce del 1.147.2, que carga sobre todos los deudores la responsabilidad por culpa de cualquiera de ellos, y puede ser exigida, no sólo a los morosos, sino a los demás⁷⁶.

⁷² «Si son dos los que prometieron, la mora de uno no perjudica al otro» D. 22, 1, 32, 4.

⁷³ Artículo 1.308 del Código: «La constitución en mora de uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto a los otros».

⁷⁴ ALBALADEJO, Vol. 1.º, pág. 95. Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pág. 191. HERNÁNDEZ-GIL, F., ob. cit., pág. 340.

⁷⁵ STS de 31 de octubre de 1985, Ponente ALBÁCAR LÓPEZ (*La Ley* 1986-1, 362) (RAJ 5135): «Dentro de un régimen puramente civil, los protestos representan, tanto respecto de la persona con quien se entiende la diligencia, como respecto de todas las demás con quienes está obligada solidariamente, no solo la función específica de constatar la falta de pago, sino también la exigencia extrajudicial del cumplimiento de la obligación a que se refiere el artículo 1.100 del CC». En el mismo sentido, STS de 16 de julio de 1982, Ponente SERENA VELLOSO (RAJ 4244).

⁷⁶ En contra, CRISTÓBAL MONTES, A.: *La mora y la culpa en la solidaridad pasiva*, pág. 39, indica que nuestro CC no se pronuncia sobre este punto, pues el artículo 1.147 se limita a hablar de culpa y la comunicación de sus efectos, y el párrafo 2.º del artículo 1.141 dispone genéricamente que «las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudican a todos éstos».

En cuanto a la constitución en mora, y en base al literal de este artículo, entiende que ello no quiere decir que en cualquier otro supuesto en el que la caída en mora se haya producido sin ejercicio de acción contra el deudor, la misma se extienda a los demás, y, desde luego semejante conclusión es por completo improcedente cuando la mora se haya producido por reclamación extrajudicial de la obligación.

En relación con el artículo 1.147, mediante el cual la culpa de un deudor se comunica a los restantes, entiende que no se puede aplicar a la mora, porque si la ley se pronuncia expresamente respecto a la culpa y no lo hace en relación a la mora, no cabe estimar que el régimen de ésta debe ser el de aquélla, en cuanto tal circunstancia debería establecerse de manera expresa, aunque sólo sea por la razón de que se trate de una sanción –extender la mora a los deudores no interpelados–, y, por ende, precisa específico establecimiento y no cabe considerarla por inducción de otro supuesto diferente (*odiosa sunt restringenda*, art. 4.2 CC).

5.5.3. Elementos objetivos.

El objeto de la intimación es que el deudor cumpla la obligación; mediante la interpelación se reclama la prestación «debida»; por ello, la cuestión surge cuando lo que se reclama, no coincide con lo «debido». Si la prestación exigida es totalmente diferente, el requerimiento no es constitutivo de mora ⁷⁷. Cuando se exige una prestación mayor o menor que la debida, que estaba precisada –en caso contrario, no procedería la mora–, se han suscitado diversas posturas.

HERNÁNDEZ GIL ⁷⁸ entiende ineficaz el requerimiento interpelatorio, pero no de modo absoluto e incondicionado, pues entiende que podrá ser eficaz si se prueba que el deudor no hubiera atendido al requerimiento correcto, o cuando el exceso reclamado sea producto de un manifiesto equívoco del acreedor.

RAVAZZONI ⁷⁹ entiende que es necesario que la voluntad del acreedor de recibir la prestación sea clara y definitiva; si no consta su voluntad en este sentido, el deudor no puede estar seguro de si el acreedor recibirá una prestación menor, parcial desde el punto de vista del acreedor, luego no puede considerarse que se encuentre constituido en mora. Si, por el contrario, cuando el acreedor requiera una suma mayor, pero declare expresamente o, como fuera, resulte clara su intención de recibir también una prestación menor –desde su punto de vista, parcial–, la intimación puede valer perfectamente a los fines de la constitución en mora del deudor.

Interesante, y a nuestro juicio plenamente acertada, resulta la conclusión asumida en las II Jornadas Provinciales de Derecho Civil ⁸⁰: «No invalida (la interpelación) la circunstancia de diferir el monto entre la cantidad requerida y la debida, siempre que sea aquélla circunstanciada; si es por mayor cantidad constituye en mora por la suma realmente adeudada; si es por menos monto, la mora se opera respecto de la suma requerida».

Por su parte, el Tribunal Supremo había venido considerando ineficaz el requerimiento cuando se reclamaba mayor cantidad que la debida ⁸¹, aunque últimamente ha modificado su planteamiento y aplicando la doctrina del artículo 1.095 del CC, concede intereses de la cantidad establecida en sentencia «aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial» ⁸².

⁷⁷ HERNÁNDEZ GIL, F. ob. cit., pág. 343.

⁷⁸ Ob. cit., pág. 344.

⁷⁹ Mora del *debitore*, Novísimo Digesto italiano, Tomo X, Torino, 1957, pág. 906. Citado por MANRIQUE DE LARA, ob. cit., pág. 239, nota al pie 227.

⁸⁰ Celebradas en Mercedes (Argentina) en junio de 1983. Conclusiones recogidas por Félix TRIGO REPRESAS, en su obra *Los requisitos de la mora del deudor*. Citado por PADILLA, ob. cit., pág. 379.

⁸¹ SSTS de 2 de junio de 1953, Ponente VACAS ANDINO (RAJ 1968).

⁸² STS de 5 de marzo de 1992, Ponente ALBÁCAR LÓPEZ (RAJ 2389). Doctrina aplicada también en SSTS de 18 de febrero de 1994, Ponente ORTEGA TORRES (RAJ 1097), 21 de marzo de 1994, Ponente ALMAGRO NOSETE (RAJ 2561) y 1 de abril de 1997, Ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA (RAJ 2722).

5.5.4. Elementos formales.

La intimación a cumplir la obligación puede ser realizada tanto en vía judicial como extrajudicial, y las formalidades serán diferentes en función de la forma utilizada. En vía judicial, sea mediante Acto de Conciliación, demanda o reconvencción, deberán cumplirse los requisitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), y en la vía extrajudicial, rige el principio de libertad de forma establecido por el artículo 1.278 del CC.

En cuanto a la forma judicial, el deudor tendrá pleno conocimiento de la intimación, al recibir con la citación judicial la copia de la correspondiente demanda, bajo la fe del actuario –art. 152 LEC–. Entendemos que la acción ejercitada ha de ser de cumplimiento de la obligación, no una acción puramente declarativa o de condena de futuro ⁸³. El requerimiento también puede realizarse mediante Acto de Conciliación; su carácter de requerimiento judicial, resulta y se viene aplicando tanto en base a diversos preceptos legales ⁸⁴, como por así haberlo señalado la jurisprudencia ⁸⁵; a tal fin, la papeleta iniciadora de tal Acto, debe reunir los requisitos que hemos indicado, ya que la misma será entregada al deudor –cumpliéndose así el carácter recepticio– bajo fe pública judicial, junto a la citación judicial para la celebración del acto. De todo ello se desprende que esta figura de requerimiento judicial, guarda cierta analogía con el requerimiento notarial.

En cuanto a la forma extrajudicial, dada la libertad de forma de nuestro Ordenamiento, el requerimiento podrá realizarse en forma verbal o por escrito. La cuestión se basa no en la forma, sino en cómo acreditar que se ha efectuado la intimación. Cuando se haga de forma verbal, puede realizarse ante testigos; si es telefónicamente, puede grabarse la conversación ⁸⁶. Entendemos acreditable el requerimiento mediante telegrama o Burofax (copia del resguardo de imposición, con transcripción del texto y acuse de recibo del deudor), y por no ser acreditable su contenido, debe rechazarse la utilización de la carta certificada, aun con acuse de recibo, pues sólo demuestra la recepción de una misiva por parte del deudor.

Cuando la intimación se realice en forma notarial ⁸⁷, entendemos que debe tratarse de un Acta de Requerimiento. La diferencia que existe entre el acta de notificación y la de requerimiento radica en que la primera sólo se trata de dar a conocer a la persona notificada el contenido de una información o decisión adoptada por quien solicitó la actuación notarial mientras que en la segunda, que tiene un carácter más complejo, el destinatario, una vez enterado del contenido de la misma, es inti-

⁸³ STS, Sala de lo Social, de 5 de noviembre de 1990, Ponente MARTÍNEZ EMPERADOR (RAJ 8548).

⁸⁴ Artículos 1.504 del CC; 126 de la Ley Hipotecaria; 24.2.º, 47.1.º, 58.4.º, 59, 62.4.º, 64.3.º, 65, 78.4.º, 91.1.º, 92 y 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

⁸⁵ STS de 27 de mayo de 1985, Ponente DE LA VEGA BENAYAS (RAJ 2814).

⁸⁶ Sobre la licitud de esta conducta, STC 114/1984 (RTC 114) y STS Sala 2.ª de 27 de noviembre de 1997, Ponente MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (RAJ 8236).

⁸⁷ A la cual se refiere la STS de 16 de julio de 1982, Ponente SERENA VELLOSO (*La Ley* 1983-2, 163) (RAJ 4244): «El protesto de la letra de cambio aún desde el punto de vista civil, representa no sólo constatar la falta de pago, sino también la exigencia extrajudicial del cumplimiento de la obligación, por lo que desde su fecha se deben intereses a tenor del artículo 1.108 del CC».

mado a adoptar una determinada actitud ⁸⁸. Dicho de otro modo, entre las dos categorías de actas hay próximo parentesco: en ambas se trata de manifestaciones recepticias, dirigidas a un determinado destinatario. Pero en la notificación solo se pretende informar: que el notificado sepa algo y que conste de manera indubitada que se le ha hecho saber. El destinatario es un ente pasivo. En cambio, en el requerimiento se pretende del requerido una actitud no meramente pasiva, sino activa: se quiere que haga algo.

5.5.5. Elementos temporales

En cuanto al momento en que debe realizarse la intimación de cumplimiento, su único requisito es que la obligación sea exigible. Por ello, no será válido el requerimiento efectuado antes de dicho momento, aunque el acreedor someta la eficacia del mismo a un momento posterior a la exigibilidad, pues en el momento de llevarse a cabo dicha intimación deben existir los presupuestos y requisitos precisos para la constitución en mora del deudor ⁸⁹.

5.5.6. Comienzo de la mora debitoris.

El comienzo de la mora del deudor es una de las cuestiones donde podemos observar que la doctrina y la jurisprudencia se encuentran más enfrentadas. La interpretación de los dos primeros párrafos del artículo 1.100 del CC ha sufrido diversas mutaciones en la jurisprudencia, mientras que la doctrina ha mantenido sus planteamientos tradicionales. El inciso «desde que el acreedor les exija judicialmente o extrajudicialmente», y a continuación exija «la intimación del acreedor», da lugar a varias interpretaciones según que el requerimiento se formalice en vía judicial o extrajudicial.

Al estudiar la naturaleza del requerimiento, hemos visto que se trata de una declaración de voluntad unilateral y recepticia. En base a ello, entendemos que no basta con que la voluntad del acreedor se dirija al deudor, sino que es necesario que éste tenga noticia de la voluntad conminatoria del acreedor. Mediante el requerimiento, el acreedor hace saber al deudor su voluntad de no tolerar más retrasos, y exige formalmente el cumplimiento de la obligación; por todo ello, entendemos que los efectos de la constitución en mora no deben producirse sin que el deudor tenga conocimiento de esta voluntad del acreedor.

POTHIER describía los intereses moratorios como aquellos que «debía alguno en pena de su tardanza», y éstos los debía «desde el día de su emplazamiento» ⁹⁰. En este mismo sentido lo viene entendiendo la doctrina mayoritaria, que interpreta el artículo 1.100 en el sentido de que la mora

⁸⁸ Resolución de la DGRN de 17 de noviembre de 1978 (El Derecho 1978/36).

⁸⁹ En el mismo sentido, SSTS de 23 de Noviembre de 1917, n.º 168 JC, Tomo 141-3.º, pág. 777 y 15 de marzo de 1926, n.º 37 JC, Tomo 170-2.º, pág. 230.

⁹⁰ *Tratado de las obligaciones*, pág. 364.

debe comenzar desde que el requerimiento de cumplimiento, sea en forma judicial o extrajudicial, se notifica al deudor ⁹¹.

Por otro lado, también debemos plantearnos si la constitución en mora se produce de modo inmediato al momento en que el deudor recibe la intimación del acreedor, o si debe transcurrir un período de tiempo desde dicha recepción ⁹². Utilizando un criterio teleológico y en base al principio de buena fe previsto en el artículo 7 del CC, hemos de tener en cuenta que la finalidad del requerimiento del acreedor es una intimación a cumplir, en la cual el acreedor manifiesta formalmente que cesa la situación de tolerancia que se mantenía hasta tal momento. Si entendiéramos que la mera recepción del requerimiento por el deudor lo constituye en mora, imposibilitaríamos el objetivo del acreedor, que no es constituir en mora al deudor, sino compelerlo para que cumpla la prestación, y en caso contrario, el deudor se constituye en mora. En aquellos casos en que el deudor manifieste no estar dispuesto a cumplir la prestación, sea expresa o tácitamente, incurrirá en mora, pero en el resto de los casos, entendemos que el acreedor podrá y deberá conceder un plazo al deudor, cuya duración dependerá de la naturaleza de la prestación, el cual una vez transcurrido sin haberse cumplido la obligación constituirá al deudor en mora.

La jurisprudencia ha adoptado diversas posturas sobre el momento en que el deudor incurre en mora:

- a) Desde la interposición de la demanda: la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, entiende constituida la mora desde la «interposición de la demanda ⁹³», aunque no siempre utiliza esta dicción, sino que suele referirse a la «interpelación judicial ⁹⁴».

La constitución en mora desde la «interposición de la demanda», lo basa en la literalidad del artículo 1.100, «desde que el acreedor les exija judicialmente». Esto conlleva la paradójica situación de que el deudor estará incurso en mora sin tener conocimiento de ello, puesto que desde la interposición material de la demanda, hasta que sea emplazado por el Tribunal, transcurrirá un plazo de tiempo nada desdeñable. En la mayoría de estos casos, se trata de obligaciones pecuniarias, por lo que la condena de abonar intereses moratorios tiene como consecuencia su abono desde la fecha de interposición de la demanda. No obstante, ésta es

⁹¹ SANTOS BRIZ, ob. cit., pág. 448; ALBALADEJO, Vol. 2.º pág. 575; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, pág. 264; HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 359; DÍAZ PAIRÓ, A., ob. cit., pág. 42.

⁹² HERNÁNDEZ GIL, F., ob. cit., pág. 359.

⁹³ STS de 18 de julio de 1982, Ponente DE CASTRO GARCÍA (RAJ 3429): «La demanda iniciadora de la reclamación civil de cantidad es el momento a partir del cual se deben los intereses moratorios de la suma reclamada (SSTS de 16 de febrero de 1918, 28 de noviembre de 1930, 6 de marzo de 1948, 29 de mayo de 1957, 20 de noviembre de 1959, 10 de abril de 1970 y 26 de marzo de 1976)». Más reciente, STS de 8 de febrero de 2000, Ponente O'CALLAGHAN (RAJ 623), aunque expresamente reconoce que la intimación es una declaración de voluntad unilateral y recepticia del acreedor al deudor, entiende que el requerimiento judicial queda cumplido «en el momento de interposición de la demanda, que es la intimación al deudor hecha judicialmente».

⁹⁴ STS de 3 de julio de 1984, Ponente MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (RAJ 3793): «El devengo de intereses de una cantidad líquida debe computarse, no a partir de pronunciarse la sentencia, sino desde la fecha de la interpelación judicial». En el mismo sentido, STS de 30 de diciembre de 1994, Ponente SANTOS BRIZ (RAJ 10242).

una especialidad de las obligaciones pecuniarias, no aplicable al resto de obligaciones, y supone minorizar la importancia de la constitución en mora del deudor, que tiene otros efectos tal como hemos señalado anteriormente.

En los numerosos casos en que el Tribunal Supremo entiende que el deudor se constituye en mora «desde la interpelación judicial», volvemos al principio de la cuestión, pues no se aclara si se refiere al momento en que el acreedor ha exteriorizado su declaración de voluntad—interposición de la demanda—, o se refiere al momento en que dicha declaración se ha notificado al deudor—emplazamiento del demandado—.

En otros casos, el Tribunal Supremo ha manifestado que la constitución en mora se produce desde la «interposición de la demanda, porque con ello se inicia la litispendencia»⁹⁵, extremo que también ha sido defendido por la doctrina procesalista⁹⁶, que entiende que por el hecho de que exista litispendencia se producen fuera del campo estrictamente procesal una serie de efectos de tipo material: el deudor se constituye en mora (art. 1.100 CC); debe pagar intereses, aunque no hayan sido pactados (art. 1.109); la litispendencia determina el carácter litigioso de los bienes con los efectos que se contemplan en los artículos 1.291 y 1.535 del CC; se interrumpe la prescripción (art. 1.973 CC). Todos estos efectos se producen por la demanda siempre y cuando la sentencia sea estimatoria; o dicho de otra manera, declarados en la sentencia se retrotraen al momento de la demanda. Entendemos que este planteamiento supone conceder a la litispendencia, figura propia del derecho procesal actualmente regulada en el artículo 410 y siguientes de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, una función que no le es propia, y que no venía tampoco recogida en la anterior Ley procesal, ni en el CC.

- b) Desde el emplazamiento: entendemos que ésta es la interpretación correcta que debe darse al artículo 1.100 del CC, teniendo en cuenta la naturaleza recepticia del requerimiento de cumplimiento que éste exige, y es en el momento del emplazamiento cuando el deudor es notificado de la exigencia de cumplimiento del acreedor. Así lo ha entendido en diversas ocasiones tanto el Tribunal Supremo⁹⁷ como la jurisprudencia menor⁹⁸. Como elemento clarificador de nuestra postura a favor de la constitución en mora mediante el emplazamiento, reproducimos el contenido de la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 1968, Ponente RODRÍGUEZ-SOLANO Y ESPÍN (RAJ 1733), que aunque resolvía un supuesto de la litispendencia como excepción dilatoria, realiza un análisis de los efectos de la interposición de la demanda y del emplazamiento del demandado deudor:

⁹⁵ STS de 30 de noviembre de 1982, Ponente SANTOS BRIZ (RAJ 6940).

⁹⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal*, Tomo I, Vol. 1, pág. 382.

⁹⁷ SSTS de 13 de julio de 1904, n.º 151 JC, Tomo 98.2.º, pág. 879; 15 de febrero de 1905, n.º 60 JC, Tomo 100-1.º, pág. 333. Más recientemente, STS de 5 de marzo de 1992, Ponente ALBÁCAR LÓPEZ (RAJ 2389).

⁹⁸ SAP de Sevilla de 8 de octubre de 1981 [*La Ley*, 1982-2, 746 (2639-R)]: «Tratándose de una cantidad líquida, la incurrancia en mora por parte del demandado desde la fecha del emplazamiento resulta de todo punto procedente conforme a lo solicitado en la demanda y adecuada aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.100 del CC, con la obligación inherente del pago del interés legal de la suma reclamada, artículo 1.101, del citado texto legal, sin perjuicio de aquel otro a que se refiere el artículo 921 bis de la LEC desde la firmeza de esta resolución hasta su total ejecución». En el mismo sentido, SAP de Almería de 24 de abril de 1993, Ponente GARCÍA LARAÑA (Aranzadi Civil 497).

«Al declararse en la sentencia recurrida que la mera presentación del escrito de demanda no provoca el nacimiento de la relación jurídico procesal, a efectos del artículo 533.5.ª de la LEC, y al desestimar por ello la excepción dilatoria de litispendencia integrada en dicha norma y oportunamente aducida por el demandado, no incidió en su violación por falta de aplicación:

1.º Porque esta figura jurídica, como todas las ligadas al principio de consumación procesal, requiere como presupuestos fácticos ineludibles para su acogimiento, la existencia previa al proceso en que se intente hacer valer, de otro de naturaleza análoga –Ss. de 30 de abril y 29 de diciembre de 1960–, que se haya promovido ante Juez o Tribunal competente (Sentencia de 18 de diciembre de 1957), y que verse sobre la misma cuestión en segundo lugar debatida (Ss. de 19 de junio de 1914 y 17 de febrero de 1950), requisito que no surge con la simple aportación ante el órgano jurisdiccional del escrito comprendido en el artículo 524 de la LEC, sino de la intimación o llamamiento conminatorio, esto es, del emplazamiento, como han proclamado las Sentencias de 11 de julio de 1980, 9 de enero de 1958 y 29 de septiembre de 1961, porque aquél, pese a la redacción literal del precepto, no goza de otro significado que el de exteriorizar una manifestación unilateral de voluntad dirigida a impulsar la puesta en marcha de la actividad de los Tribunales, sin crear por sí mismo el genuino litigio, dada la posibilidad de modificar o alterar sus pretensiones e incluso la de desistir del procedimiento *inaudita parte*, antes de su traslado a la persona contra quien va dirigido (Ss. de 4 de noviembre de 1948 y 28 de junio de 1949).

2.º Porque aun cuando la jurisprudencia recaída con relación a los artículos 1.100, 1.109 y 1.973 del CC, 53, núm. 2.º y 944 del Código de Comercio (CCom.), y otros, otorgue a la presentación de la demanda la producción de algunos efectos jurídicos procesales y materiales, es lo cierto que lo que verdaderamente origina la mayor parte de éstos es el emplazamiento, como acto que hace público el contenido de las pretensiones ejercitadas y que las da a conocer a los otros litigantes convirtiéndolas en intangibles, con la salvedad del artículo 548, y es inmutable la posición que aquéllos ocupan dentro del proceso, aun cuando ésta se traduzca en una posición de rebeldía (art. 527), razón por la cual se le ha calificado en nuestro Derecho histórico de "raíz y comienzo de todo pleito" (proemio del Título VII de la Partida III), y por lo que por sí mismo o en unión de otras actuaciones, atribuye la cualidad de "litigiosos" a determinados contratos (art. 1.291, núm. 4.º, y Sentencia de 25 de enero de 1913) y créditos (art. 1.535, párr. 2.º).»

c) Desde la contestación a la demanda: con anterioridad a la promulgación del CC, la Ley 4.ª, Título III, Partida 5.ª, señalaba que la constitución en mora del deudor se producía al contestar la demanda interpuesta por el acreedor: «e fuere el pleyto comenzado por demanda e por respuesta» (Ley 4.ª, Título III, Partida 5.ª). Aunque después de la promulgación del CC, era evidente su inaplicación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1948⁹⁹, entendió que el deudor quedó incurso en mora desde el momento en que realizó este trámite procesal.

⁹⁹ Ponente LÓPEZ PECES (RAJ 1101).

- d) Desde la celebración del acto de conciliación: actualmente este acto no es obligatorio, pero en el momento de dictarse diversas sentencias el acto de conciliación era preceptivo y anterior a la interposición de la demanda. La importancia de citar este supuesto radica en que señalaban el momento de constituir en mora al deudor en un momento posterior al cual éste tenía conocimiento del requerimiento del acreedor, esto es, posterior al emplazamiento, incurriéndose en mora en el momento de celebración del acto conciliatorio ¹⁰⁰.

6. LA MORA AUTOMÁTICA DEL DEUDOR

La mora automática o mora *ex re* –mora derivada de la cosa–, se produce sin necesidad de interpelar al deudor y por el simple hecho de llegar una fecha a partir de la cual se considera al deudor que no cumple, constituido en mora; se trata de una dispensa de la *interpellatio* establecida convencionalmente los interesados. Se contraponen a la mora *ex persone* que es la producida mediante la *interpellatio* dirigida al obligado. En nuestro Ordenamiento anterior al CC, se sancionaba la responsabilidad del deudor si la cosa pereciese «después del día que debiera ser dada» –Ley 18, Título XI, Partida 5.^a–, y no es una figura extraña en nuestra legislación ¹⁰¹.

En el apartado 2.º del artículo 1.100 del CC, se regulan dos supuestos en los que el deudor incurre en mora de forma automática, esto es, sin necesidad de intimación. En primer lugar, no se precisa la intimación cuando la propia obligación o la ley así lo determinen de forma expresa. En segundo lugar, se excluye la necesidad de interpelación cuando así resulte de la misma naturaleza y circunstancias en que se contrajo la obligación. Por ello, estudiaremos cada caso por separado, comenzando por aquellos supuestos de mora automática por voluntad de las partes o por disposición de la ley, continuando con los supuestos en que la designación de la época de cumplimiento fue motivo determinante para establecer la obligación, finalizando con aquellos supuestos en que así resulte del contenido de la obligación.

6.1. Mora automática por voluntad de las partes o por disposición de la ley.

En base al artículo 1.255 del Código, según el cual todos los pactos son válidos entre las partes siempre que no atenten contra las leyes, la moral y el orden público, las partes de común acuerdo pueden establecer que la mora sea automática, eximiéndose del requisito de la interpelación, una vez se reúnan el resto de requisitos que hemos estudiado. La única especialidad que establece el artículo 1.100.1.2.º es que ha de declararse expresamente al constituirse la obligación.

¹⁰⁰ SSTS de 4 de julio de 1925, n.º 85 JC, Tomo 167-3.º, pág. 510, 26 de mayo de 1966, Ponente OGAYAR Y AYLLÓN (RAJ 2744) y 18 de noviembre de 1970, Ponente RULL VILLAR (RAJ 4820).

¹⁰¹ Compilación del Derecho Civil de Navarra. Artículo 491: «Todas las deudas dinerarias, aun cuando no mediare estipulación de intereses, devengarán los legales desde el vencimiento de la obligación».

Dentro de los casos en que la mora automática se establece por disposición de la ley, analizaremos los supuestos incluidos en el CC, y otros casos incluidos en otras leyes ¹⁰²: el artículo 63 del CCom., la mora del asegurador, la Directiva Comunitaria 2000/35/CE y el artículo 26 de la Ley General Tributaria.

A) En el CC: podemos encontrar en el Código diversos supuestos de mora automática en los artículos 1.185, 284, 1.682, 1.896, 1.744, 1.724 y 1.770.

El artículo 1.185 ¹⁰³ concreta la imposibilidad de la prestación en una obligación de dar cosa específica, con origen en una infracción penal. Si se produce la imposibilidad por pérdida de la cosa debida, responde el deudor en todo caso, sea o no culpable de tal imposibilidad, y deberá pagar al acreedor el valor de la cosa debida y perdida. La única excepción a dicha responsabilidad concurre si el deudor había entregado la cosa al acreedor y éste la había rechazado, culpablemente. En este supuesto, podemos observar que el deudor asume los riesgos sobrevenidos de la cosa debida, sin que sea precisa la intimación del acreedor ¹⁰⁴.

Los artículos 284 y 1682.1, tal como señala GRAMUNT ¹⁰⁵, contemplan dos situaciones similares: la falta de entrega de un capital en el momento en que éste es exigible. En el primer caso, el deudor incurre en mora «desde la aprobación de la cuenta», en el segundo «desde el día en que debió aportarla». Plantea este autor el problema que suscita el artículo 1.682.1, pues compatibiliza los intereses moratorios previstos en el artículo 1.108, con la indemnización de daños y perjuicios que puedan ocasionarse a la sociedad. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ ¹⁰⁶ no está de acuerdo con la opinión anterior, acerca de la naturaleza que tienen los intereses a que hace referencia el precepto. Entiende que los intereses que se devengan automáticamente son de carácter compensatorio o retributivo, ya que la norma diferencia claramente los intereses a que da lugar el simple uso y goce de la cosa, y los que derivan del incumplimiento, concluyendo que la expresión «sin perjuicio de indemnizar los demás daños causados», alude a los intereses estrictamente moratorios causados por el incumplimiento de la obligación.

Aunque estamos de acuerdo con esta última opinión de que los intereses devengados automáticamente tienen naturaleza compensatoria o retributiva, no estamos de acuerdo en que la «indemnización» de los daños causados deba consistir en los intereses moratorios previstos en el artículo 1.108; pese a tratarse de una deuda pecuniaria, y venir en este último artículo su régimen específico, puede interpretarse que los «daños» a que hace referencia el artículo 1.682.1 sigan el régimen general del

¹⁰² Sobre el contenido del término «ley» en este precepto: STS, Sala 4.^a, de 16 de marzo de 1982, Ponente MARTÍN DEL BURGO MARCHAN (RAJ 2128): «La invocación de la ley que hace el artículo 1.100 del CC, al decir que no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista cuando la obligación o la ley lo declaren expresamente, hay que entenderla en un sentido lato y por lo tanto comprendiendo en ella también los reglamentos, razón por la cual el artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, discurre por un cauce previsto en el CC y sería aplicable al contrato de suministro de energía eléctrica a las corporaciones locales, aunque fuese civil dicho contrato».

¹⁰³ O'CALLAGHAN, ob. cit. Comentarios al artículo 1.185.

¹⁰⁴ Artículo 1.219 del Código italiano: «No es necesaria la constitución en mora: 1. Cuando el debido deriva de hecho ilícito».

¹⁰⁵ Ob. cit., pág. 61.

¹⁰⁶ Ob. cit., pág. 545.

artículo 1.101, esto es, que la indemnización debe incluir todos aquellos daños y perjuicios cuya existencia real y efectiva pueda demostrar el acreedor, puesto que de seguir el cauce del 1.108 nos encontraríamos ante una duplicidad de intereses –los compensatorios y los moratorios–.

En el artículo 1.896 se establece la constitución en mora automática de todo aquel que ha aceptado un pago indebido. La consecuencia inmediata de haber aceptado este pago es el nacimiento de una obligación de dar cuya prestación es la restitución de las cosas y sus frutos o intereses, asumiendo la obligación de responder si la cosa se menoscaba, altera o pierde, aunque sea por caso fortuito. La diferencia entre el deudor de buena fe y el de mala fe es que éste responderá en caso de sobrevenir el evento de todos los menoscabos que la cosa haya sufrido y de los perjuicios que se le hayan irrogado al acreedor, mientras que el deudor de buena fe sólo responderá en cuanto se hubiera enriquecido por las pérdidas o desmejoras. Ambos responden de los casos fortuitos, porque se le ha atribuido automáticamente esta responsabilidad, pero uno más ampliamente que el otro. Al deudor de mala fe, que responde de todos los perjuicios que se sufran «por cualquier causa», se le permite aportar la prueba de que el deudor hubiera sufrido los mismos daños de haberse encontrado la cosa en poder de su poseedor ¹⁰⁷.

En el artículo 1.744, incluido dentro de las obligaciones del comodatario, reguladas en los artículos 1.743 a 1.748, encontramos dos obligaciones que son fundamentales: la diligente conservación y la restitución de la cosa a la terminación del contrato. El segundo de los supuestos de este artículo –conservar la cosa en su poder más tiempo del convenido– se viene entendiendo como un caso de mora automática, pues parece producirse sin necesidad de intimación. De esta forma, el artículo 1.744 concuerda con el 1.096.3.º, que pone a cargo del deudor moroso los daños fortuitos hasta que realiza la entrega ¹⁰⁸.

El artículo 1.724 prevé el hecho de que el mandatario aplique a usos propios cantidades que recibió en virtud del mandato, conducta que puede incardinarse en el delito de apropiación indebida previsto en el artículo 252 del Código Penal. La sanción civil que impone el CC al mandatario es determinar que incurre en mora automática desde ese momento, y por ello debe abonar intereses ¹⁰⁹.

El apartado 2 del artículo 1.170 se refiere al depósito irregular del dinero, y el supuesto y consecuencia son los mismos que el artículo 1.724.1 al que se remite.

GRAMUNT ¹¹⁰ entiende que estos artículos no tratan supuestos de mora automática, sino de inversión del concepto posesorio, porque en ambos supuestos son poseedores en nombre ajeno (art. 432),

¹⁰⁷ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, ob. cit., pág. 548.

¹⁰⁸ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pág. 487. En contra, GRAMUNT, ob. cit., pág. 72.

¹⁰⁹ STS de 25 de abril de 2000, Ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ (Act. Civil 854/2000) (RAJ 2674): «La sentencia recurrida condena al reintegro de una cantidad dineraria, reintegro que procede del hecho de que tal cantidad la aplicó a usos propios, por lo menos a partir de que depositó unas determinadas acciones adquiridas con aquella cantidad en una entidad bancaria a su nombre. Al no condenar al mandatario al pago de los intereses, infringe la sentencia recurrida el mencionado artículo 1.724 del CC, y debe añadirse la condena a tales intereses».

¹¹⁰ Ob. cit., pág. 83.

y realizan una conducta positiva contradictoria con la posesión superior del depositante y del mandante, consistente en la aplicación a usos propios, que impiden ilícitamente la utilización del dinero por su legítimo poseedor. Si aceptamos este planteamiento, nos encontraríamos ante una infracción posesoria, y no una infracción obligacional, por lo que las consecuencias serán las previstas en el artículo 455 y el deudor no deberá únicamente los intereses legales del artículo 1.108, sino que la deuda de intereses comprenderá la restitución de todos los intereses, tanto los percibidos por el detentador, como los posibles percibir por el legítimo poseedor. La determinación de estos últimos deberá hacerse en base a las circunstancias personales del legítimo poseedor (por ejemplo, que se dedique o no a una actividad comercial, etc.).

B) El artículo 63 del CCom.: la constitución en mora en las obligaciones mercantiles tiene en nuestro Ordenamiento su regulación en el artículo 63 del CCom.¹¹¹. El principio general establecido por la jurisprudencia para las obligaciones de dar y hacer, tanto civiles como mercantiles, es que para que se produzca la mora es requisito indispensable que se trate de una obligación exigible, vencida y determinada o líquida¹¹². Asimismo, se exige que la mora o retraso en el cumplimiento sea voluntario, debido a dolo o culpa del deudor; no incurrirá, por tanto, en mora el deudor que por causas ajenas a su voluntad no pueda cumplir su obligación en el momento oportuno.

De la comparación del artículo 1.100 del CC y el artículo 63 del CCom. se deduce que la constitución en mora de forma automática en el CC se produce en las obligaciones en que así se haya pactado expresamente, así se establezca por ley o cuando por la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación de la época de cumplimiento, fue un motivo determinante para establecer la obligación. El artículo 63.1 del CCom. establece la mora automática al día siguiente del vencimiento de la obligación, en aquellos contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, sea por voluntad de las partes o por disposición de ley. Podemos incardinar el supuesto del artículo 63.1 del CCom. en el artículo 1.100 del CC desde dos puntos de vista: por un lado, porque es un supuesto de mora automática previsto en la ley –CCom.– y, por otro lado, teniendo en cuenta que los comerciantes nunca tienen su dinero ocioso, es fácilmente colegible que para éstos la designación de la época de cumplimiento, es siempre un motivo determinante para establecer la obligación.

En relación con la constitución en mora, al «día siguiente» del vencimiento del plazo según el CCom., podemos ver que el CC también utiliza este criterio; cuando el vencimiento se pacta que se producirá el día X, durante las 24 horas de ese día el deudor podrá cumplir sin incurrir en mora, y si no cumple durante todo ese día, incurrirá en mora cuando llegue el «día siguiente».

El estudio del apartado 2.º del artículo 63 del CCom. plantea mayores incógnitas. El punto de partida son las obligaciones mercantiles que no tengan día señalado para su cumplimiento –ha de

¹¹¹ Artículo 63 del CCom.: «Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: 1.º En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento. 2.º En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario y otro oficial público autorizado para admitirla».

¹¹² SSTs de 8 de junio de 1966, Ponente OGAYAR Y AYLÓN (RAJ 2744) y 8 de febrero de 2000, Ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ (RAJ 623).

referirse al pactado por las partes—. La solución que da el artículo 62¹¹³ del CCom. es que son exigibles a los 10 días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y el día inmediato si llevaren aparejada ejecución. Por ello, todas las obligaciones mercantiles tienen un momento de exigibilidad, sea por voluntad de las partes o sea por disposición de la ley –art. 62–, por lo que la mora sería siempre automática según el artículo 63.1.º.

Por ello, a simple vista, pudiera dudarse de la utilidad del apartado 2.º de este artículo. La respuesta que encontramos es utilizar la doctrina de la mora del artículo 1.100 del CC; tal como hemos expuesto anteriormente, uno de los requisitos de la constitución en mora es la exigibilidad de la obligación, y a ello hay que añadir el requerimiento de cumplimiento; por ello entendemos que hay que interpretar desde esta óptica el artículo 63.2 del CCom. Las obligaciones mercantiles que no tengan día señalado para su cumplimiento son exigibles en los plazos que establece el artículo 62. Tras esta exigibilidad, será preciso requerir judicialmente al deudor, o intimarle la protesta de daños y perjuicios, sea judicial o notarialmente. Aunque la redacción del CCom. ciertamente se presta a confusión, entendemos que es ésta la interpretación correcta, pues de otro modo, todas las obligaciones mercantiles serían casos de mora automática.

Tal como hemos podido observar, no existen grandes diferencias entre ambos cuerpos legales, y la «importantísima novedad» en materia de morosidad que proclama la Exposición de Motivos del CCom., hemos de referirla al momento de su promulgación, anterior al CC.

La disposición del último párrafo del artículo 1.100 del CC, referente al comienzo de la mora en las obligaciones recíprocas, entendemos que es aplicable a las obligaciones mercantiles, que por ley tienen día señalado para su cumplimiento, cual ocurre cuando uno de los obligados cumple su prestación, en cuyo momento, *ministerio legis*, se entiende comenzada la mora para el otro.

El artículo 63 del CCom. señala el momento en que comienzan los efectos de la morosidad en las obligaciones mercantiles; pero no establece cuáles son esos efectos. A falta de disposición general en el CCom., hay que acudir a los artículos 1.106 y 1.108 del CC.

C) La Directiva Comunitaria 2000/35/CE: desde la adhesión de España a las Comunidades Europeas, se ha venido incorporando la normativa comunitaria a nuestro Ordenamiento, sea por la aplicación directa de aquélla, sea por la obligación de ajustar nuestra normativa a sus directrices. Desde antiguo, uno de los problemas que ha preocupado a la Unión Europea ha sido la morosidad en el pago de las transacciones comerciales, por entender que la misma representa un obstáculo cada vez más fuerte para el éxito del mercado interior.

El primer paso para solucionar este obstáculo fue dado por la Comisión, que adoptó una Recomendación relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales.

¹¹³ Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este Código serán exigibles a los 10 días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y el día inmediato si llevaren aparejada ejecución».

Posteriormente, la Comisión elaboró un Informe sobre los retrasos en el pago de las transacciones comerciales (DOCE de 10 de junio de 1995). Posteriormente, este Organismo elaboró un Informe sobre los retrasos en el pago de las transacciones comerciales (DOCE de 17 de julio de 1997) en el que se resumieron los resultados de la evaluación de los efectos de dicha Recomendación.

Entendiendo que las cargas administrativas y financieras de las empresas, especialmente sobre las pequeñas y medianas, son onerosas debido a los plazos de pago excesivos y a la morosidad, y que todo ello constituye una de las principales causas de insolvencia de las mismas, recientemente se ha adoptado la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de junio de 2000 (DOCE L-200, de 8 de agosto de 2000), por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales ¹¹⁴.

El ámbito de aplicación de la Directiva se limita a las operaciones comerciales realizadas entre empresas (públicas o privadas) o entre empresas y poderes públicos, que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación. Por ello, de su ámbito de aplicación quedan excluidos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones en las que intervengan consumidores y los intereses relacionados con otros pagos –por ejemplo, los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio y los pagos de indemnización por daños, incluidos los pagos realizados por compañías de seguros–.

El artículo 3.1 de la Directiva constituye un ejemplo nítido de mora automática similar a los casos previstos en los artículos 63.1 del CCom. y 1.100 del CC: en su apartado a) establece que los efectos de la mora, en los contratos que tengan establecida una fecha de cumplimiento, comenzarán al día siguiente de su vencimiento.

El apartado b) regula el momento de comienzo de los efectos de la morosidad, en los casos en que no se haya establecido la fecha de pago en el contrato, solucionando el problema de la exigibilidad de las obligaciones puras ¹¹⁵, y establece que los efectos de la mora se producirán automáticamente, sin necesidad de aviso de vencimiento.

¹¹⁴ Esta Directiva Comunitaria ha sido parcialmente transpuesta por Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE de 20 de diciembre de 2002), aunque sólo ha recogido la penalización de intereses de demora. Aunque el plazo de transposición finalizó el 8 de agosto de 2001, pese al tiempo transcurrido, se han elaborado dos Proyectos de Ley, uno remitido a las Cortes el mes de junio de 2003, y el segundo en idéntico mes del año 2004, cuyo texto puede consultarse en el BOCG de 24 de junio de 2004.

¹¹⁵ «b) si no se fija la fecha o el plazo de pago en el contrato, el interés será pagadero automáticamente, sin necesidad de aviso de vencimiento:

- i) 30 días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente, o
- ii) Si la fecha de recibo de la factura o de la solicitud de pago equivalente se presta a duda, 30 días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, o
- iii) Si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, 30 días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios, o
- iv) Si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes o en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, 30 días después de esta última fecha.»

El apartado c) condiciona los efectos de la mora a dos requisitos: que el acreedor haya cumplido sus obligaciones, principio también exigido en el CC, y que el acreedor no haya recibido a tiempo la cantidad debida, «a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso». Tal como sucede en nuestro CC, se produce una inversión de la carga de la prueba y será el deudor quien deba probar su no imputabilidad, que podrá venir determinada por existir mora credendi, caso fortuito o fuerza mayor.

En el apartado d) se regulan los efectos de la mora. Tratándose de obligaciones pecuniarias, el régimen previsto coincide con el regulado en el artículo 1.108 del CC, pero difiere de nuestra normativa en que el tipo de interés moratorio será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate (tipo de referencia) más, como mínimo, 7 puntos porcentuales (margen), salvo que se especifique otra cosa en el contrato. Dicho de otra manera, el tipo de interés (tipo de referencia) se aplica durante un período completo de seis meses: desde el 1 de enero al 30 de junio, y desde el 1 de julio hasta finales de año.

La diferente cuantía de los intereses moratorios es evidente. Según el artículo 1.108 del CC, éste consistirá en el interés legal, consistente en el 3,75 por 100 durante el año 2004 ¹¹⁶, y el «tipo de referencia» para el primer semestre del año 2004, se ha establecido en el 2,02 por 100 ¹¹⁷, al cual habrá de añadirse, como mínimo, 7 puntos porcentuales (margen).

Por último, en el apartado e) se prevé que, salvo que el deudor no sea responsable del retraso, el acreedor tendrá derecho a reclamarle una «compensación razonable por todos los costes de cobro» que haya sufrido a causa de su morosidad. Entendemos que dicha «compensación razonable» se refiere a los daños y perjuicios causados, previstos con carácter general en el artículo 1.106 del CC, y en ellos se podrían incluir, tanto en concepto de daño emergente como de lucro cesante, los consistentes en costes por operaciones bancarias, costes administrativos, etc. No obstante, debemos recordar que el artículo 1.108 del CC establece un sistema especial de responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias y la indemnización consistirá en primer lugar, la que se hubiese pactado; a falta de pacto especial, consistirá en pago de intereses, los cuales serán los convenidos y, a falta de convenio, el interés legal ¹¹⁸. La previsión de la Directiva

¹¹⁶ Disposición adicional 6.ª de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2004 (BOE de 31 de diciembre de 2003).

¹¹⁷ Diario Oficial de la Unión Europea C-3, de 7 de enero de 2004, pág. 1.

¹¹⁸ Tal como había señalado POTHIER, ob. cit., pág. 100, n.º 170, «se sigue una particular cuando se trata del retardo puesto por un deudor en el cumplimiento de las obligaciones que consisten en dar una cierta suma de dinero. Como los diferentes daños que pueden resultar del retardo del cumplimiento de esta especie de obligación varían al infinito, y que es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos como por una especie de tanto alzado, a un tanto fijo. Que es lo que se hace cuando se fijan los intereses de la suma debida a la tasa de la Ordenanza. Estos intereses principian a correr contra el deudor, desde el día en que ha sido requerido hasta el día en que paga, por cuanto son el precio común del provecho legítimo que el acreedor había podido retirar de la suma que le ha sido debida, si le hubiese sido pagada. En consecuencia de esta especie de precio alzado, por grande que sea el daño que el acreedor haya sufrido del retardo que el deudor haya llevado al pago de la suma debida, ya sea que el retardo proceda de una simple negligencia, ya que proceda de dolo o contumacia afectada, el acreedor no puede pedir otra indemnización que los intereses. Mas en cambio, no está sujeto para exigirlos más que a dar una justificación del daño que el retardo del pago de la suma le ha causado».

difiere de lo establecido en el artículo 1.108 que establece un privilegio del acreedor, pues le exonera de la carga de probar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, pero al mismo tiempo le impide obtener una indemnización mayor, aunque se pruebe el mayor daño ¹¹⁹.

D) El artículo 26 de la Ley General Tributaria: la Ley 58/2003, de 19 de diciembre, General Tributaria, incluye en su articulado un supuesto de mora automática, por lo que realizaremos un somero análisis del mismo desde la óptica del Derecho Civil. Dicho artículo establece que: «1. El interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, del cobro de una devolución improcedente o en el resto de casos previstos en la normativa tributaria.

La exigencia del interés de demora tributario no requiere la previa intimación de la Administración ni la concurrencia de un retraso culpable en el obligado».

Los requisitos generales que se precisan en el ámbito civil para constituir en mora al deudor son el retraso en el cumplimiento, imputable al deudor, la existencia de una obligación líquida y vencida y, por ello exigible, y en último lugar, que el acreedor requiera de pago al deudor.

En relación al retraso en el cumplimiento, viene precisado en la Ley fiscal como «pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar, una vez finalizado el plazo establecido en la normativa tributaria».

En cuanto a la exigibilidad de la deuda, dada su liquidez y vencimiento, coincide con los aspectos civiles. Las deudas tributarias tienen unos plazos para su pago (por ejemplo, Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica, cuyas fechas se determinan en el calendario fiscal) o para la presentación de la autoliquidación (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales: plazo de 30 días desde la realización de la operación objeto de gravamen); en ambos casos, resulta una obligación pecuniaria, determinada por la Administración Tributaria en el primer caso, o por el propio sujeto pasivo mediante unas operaciones aritméticas, en el segundo.

Al incurrirse en mora automáticamente, no es preciso el requerimiento de cumplimiento, y los intereses de demora son exigidos cuando no se paga una deuda tributaria en el plazo establecido –arts. 1.100.1.º y 1.108 del CC– ¹²⁰.

¹¹⁹ Muestran su desacuerdo, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, ob. cit., pág. 584, y BONET CORREA, J. [1979] *La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias*. ADC, pág. 371. La jurisprudencia, esporádicamente, ha compatibilizado simultáneamente los intereses del artículo 1.108 del CC y otros gastos en que incurrió el acreedor (gastos bancarios, etc.) SSTS, Sala 4.ª, de 10 de abril de 1978 (RAJ 1576), 30 de mayo de 1978 (RAJ 2145) y 22 de noviembre de 1978 (RAJ 4262).

¹²⁰ SSTS de 14 de febrero de 1976 (RAJ 649) y 18 de junio de 1973 (RAJ 2981).

La parte más difícil de cohonestar con la normativa civil es la relativa a la imputabilidad del deudor. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tiene declarado que «el retraso no culpable no origina la mora»¹²¹. Sin embargo el precepto estudiado, para exigir intereses de demora, «no precisa la concurrencia de un retraso culpable en el obligado».

La anterior Ley 230/1963, General Tributaria, hasta su modificación por la Ley 10/1985, exigía intereses moratorios en caso de retraso culpable, y dichos intereses cumplían una función indemnizatoria del daño que sufre el acreedor como consecuencia del retraso culpable del deudor en el cumplimiento de una obligación pecuniaria.

Este panorama se modificó tras la reforma realizada a través de la Ley 10/1985, de 26 de abril. En materia de intereses, la reforma se caracterizó por una ampliación de los supuestos en que son exigibles intereses moratorios, e incluyendo entre dichos supuestos numerosos casos en que no existe retraso culpable, lo que de hecho ha implicado una configuración objetiva de la responsabilidad por mora, modificándose el concepto originario de intereses moratorios, cuyo fundamento deja de estar en el retraso culpable del deudor para situarse en la idea de compensación del coste financiero que supone para el acreedor el retraso en el ingreso. En definitiva, los intereses moratorios en materia tributaria se desvirtúan y se asemejan cada vez más a los intereses retributivos o compensatorios¹²³ (art. 1.095 CC), cuya función es compensar por el uso del dinero ajeno. No obstante, recordemos que el mismo fenómeno se ha observado en el ámbito civil, en el que, pese al artículo 1.105 del CC, la responsabilidad por mora en las obligaciones pecuniarias opera como si fuera una responsabilidad objetiva.

6.2. La designación de la época de cumplimiento como motivo determinante para establecer la obligación.

Inicialmente, la doctrina –tal como indica PUIG BRUTAU¹²⁴– entendió que era muy probable que este supuesto se trate de un plazo esencial, y que en lugar de simple retraso, se trate de un incumplimiento total¹²⁵. A este respecto, hay que distinguir entre plazo o término ordinario y esencial. El término ordinario es el que no excluye la posibilidad de que la obligación pueda cumplirse después de transcurrido, conforme a las reglas de la mora; en cambio, cuando el término señalado para el cumplimiento de la obligación es esencial, la falta de puntual cumplimiento excluye que pueda ser admisible su ejecución posterior. Es decir, que en el caso de término esencial el incumplimiento al llegar el día señalado supone la frustración radical del interés del acreedor, sin que el mismo pueda ya satisfacerse con el cumplimiento a destiempo, por consistir tal interés exclusivamente en el cumplimiento del plazo fijado, como consideración determinante de haberse contraído la obligación. En

¹²¹ STS de 16 de diciembre de 1968, Ponente AGUADO GONZÁLEZ (RAJ 5862).

¹²² STS de 15 de noviembre de 1977, Ponente RODRÍGUEZ-SOLANO ESPÍN (RAJ 4222) y Resolución del TEAC de 9 diciembre de 1970 (RAJ 1972/1240).

¹²³ La STS de 21 de febrero de 1967, Cdo. 3.º, distingue entre intereses compensatorios e intereses moratorios.

¹²⁴ Ob. cit., pág. 143.

¹²⁵ STS de 3 de noviembre de 1990, Ponente LÓPEZ VILAR (RAJ 8460).

tal supuesto, por tanto, el acreedor podrá estimar incumplida la obligación y solicitar los daños y perjuicios correspondientes al incumplimiento total y definitivo.

No obstante, debemos recordar que uno de los presupuestos de la mora es la posibilidad del cumplimiento tardío. Por ello, la jurisprudencia ¹²⁶ ha interpretado este apartado del artículo 1.100 entendiéndolo que se alude a aquella época que tiene un valor de gran importancia para el acreedor por los perjuicios que le ocasiona el incumplimiento, pero no esencial hasta el punto de hacer imposible el cumplimiento posterior de la obligación. Aunque esta interpretación parece chocar contra la letra del Código, ha sido utilizada por la jurisprudencia.

Entendemos acertada la interpretación realizada por ALBALADEJO ¹²⁷, que afirma que el precepto establece la mora automática para el caso de que siendo útil la prestación al acreedor, a pesar del retraso, y no habiéndose establecido ni expresa ni tácitamente la mora automática, de la naturaleza y circunstancias resulta que la época de cumplimiento fue motivo determinante, pero no determinante exclusivo ¹²⁸ para establecer la obligación. Es sumamente clarificador el ejemplo con que ilustra su afirmación: A y B contratan la instalación de refrigeración en el piso de aquél, especificando que es para tenerla ya en el próximo verano; y si llega éste sin que haya sido instalada, B incurre en mora, aunque a A la instalación le sirve para otros años.

6.3. La mora en las obligaciones recíprocas.

El último párrafo del artículo 1.100 regula la constitución en mora en las obligaciones recíprocas. Dicho precepto tuvo su origen en el Código de Luisiana ¹²⁹, de donde lo incorporó GARCÍA GOYENA a su Proyecto de 1851 ¹³⁰, y sirvió de modelo al precepto vigente.

La interpretación y aplicación de este último párrafo ha planteado tres cuestiones: la crítica a la expresión «obligaciones recíprocas», el significado del término «se allana a cumplir» y, por último, determinar si este párrafo constituye un supuesto de mora automática, o se deben aplicar las reglas generales de la constitución en mora, y a dichos requisitos, añadir el requisito del cumplimiento previo o del allanamiento a cumplir debidamente.

¹²⁶ STS de 15 de noviembre de 1977, Ponente RODRÍGUEZ-SOLANO ESPÍN (RAJ 4222).

¹²⁷ Vol. 1.º, pág. 185.

¹²⁸ En el mismo sentido, O'CALLAGHAN, ob. cit., Comentarios al artículo 1.100.

¹²⁹ Artículo 1.907: «En los contratos que contienen obligaciones recíprocas, el que quiere constituir al otro en mora, debe, por su parte, cumplir las obligaciones».

¹³⁰ Artículo 1.007: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le es respectiva».

6.3.1. Cuestión terminológica.

La expresión «obligaciones recíprocas» utilizada en el artículo 1.100, CRISTÓBAL MONTES¹³¹, por entender que se trata de una especie obligacional de muy dudosa justificación dogmática, pues confunde y mezcla el efecto con la causa, afirmando que los códigos de factura técnica superior no la utilizan. Frente a este término, utilizado tanto por el Código español como por el argentino¹³², señala que el término utilizado por los Códigos de Chile y Colombia¹³³ –obligaciones bilaterales– es superior.

No estamos de acuerdo con la crítica terminológica de este autor, y estimamos correctos los argumentos de réplica que se le han formulado ante su directa alusión al CC argentino, también válidos en defensa de nuestro Código. Entiende PADILLA¹³⁴ que no es cierto que sea de dudosa justificación dogmática y que merezca denostarse el empleo del giro «obligaciones recíprocas». Es más acertado éste que el de contrato bilateral, ya que lo que nos interesa es el incumplimiento de las obligaciones que ostentan esa cualidad –la de ser recíprocas–; son los deberes obligacionales los que se incumplen o cumplen, no el contrato, sea o no bilateral. Por comodidad de lenguaje se habla de cumplimiento del contrato, cuando en verdad se trata de cumplimiento o pago de las obligaciones que ese contrato engendra –o modifica, o extingue, etc.–; esa postura confunde la causa –contrato– con el efecto –obligaciones, cuando aquel actúa en función genética–. La previsión legal es acertada cuando alude a las obligaciones recíprocas, pues éstas pueden tener otra fuente que no sea el contrato, como por ejemplo, las restituciones recíprocas que se deben luego de anulado un acto o contrato. Pero hay más, se puede predicar reciprocidad obligacional en los contratos plurilaterales como los de sociedad –y en general en la numerosísima gama de los atípicos asociativos–, pero no se puede decir, sin yerro, que se trate de contratos bilaterales.

Desde nuestro punto de vista, las obligaciones bilaterales no coinciden exactamente con las obligaciones recíprocas. Aunque nuestra jurisprudencia utiliza ambos términos como sinónimos, realmente hace referencia a las obligaciones recíprocas¹³⁵. Tal como habían distinguido DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS¹³⁶, dentro de las obligaciones bilaterales se distinguen dos tipos diversos: en el primer tipo, las obligaciones se caracterizan por su reciprocidad –por ejemplo, la obligación

¹³¹ *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, pág. 26.

¹³² Artículo 510 del Código argentino de 1869: «En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva».

¹³³ Artículo 1.609 del Código chileno de 1855: «En los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos». En semejantes términos se pronuncia el artículo 1.609 del Código de Colombia de 1887.

¹³⁴ Ob. cit., pág. 463.

¹³⁵ STS de 8 de julio de 1954, Ponente OCA ALBARELLOS (RAJ 2027): «Para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta no sólo que en el mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que en la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra». STS de 3 de julio de 1995, Ponente BURGOS PÉREZ DE ANDRADE (RAJ 5425): «En las obligaciones bilaterales y recíprocas existe un sinalagma doble, cuya primera condición es que cada una de las atribuciones patrimoniales debe su existencia a la otra, de tal forma que el reclamante tiene que demostrar que ha cumplido lo que le incumbía, para poder pedir el cumplimiento a su contraria».

¹³⁶ Ob. cit., Vol. 2.º, pág. 224.

del vendedor de entregar la cosa y la obligación del comprador de pagar el precio–; en el segundo tipo, aparecen lo que se llaman obligaciones bilaterales imperfectas o *ex post facto* –por ejemplo, el depósito y el comodato determinan la obligación fundamental del depositario o del comodatario de restituir la cosa, pero pueden determinar obligaciones a cargo del depositante o del comodante en orden a indemnizar gastos, etc.– Las relaciones obligatorias son sinalagmáticas cuando determinan obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes. Cada una de las partes tiene frente a la otra un derecho de crédito y un deber de prestación de carácter correlativo o recíproco. Los dos recíprocos deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo –sinalagma– de interdependencia, doctrina esta que ha sido acogida por la jurisprudencia ¹³⁷.

En definitiva, tal como indicaba DE DIEGO ¹³⁸, la esencia de la reciprocidad no consiste en el mero concurso de la doble cualidad de acreedor y deudor en cada una de las obligaciones; este concurso no debe ser de mera superposición de cualidad en la misma persona, sino de recíproco acoplamiento y con nexo de interdependencia; faltando este nexo, habrá dos obligaciones separadas y distintas entre las mismas personas, pero no una obligación recíproca.

6.3.2. *Allanamiento a cumplir.*

Por otra parte, observamos en el precepto estudiado, que en las obligaciones recíprocas no se incurre en mora si el otro «no se allana a cumplir». Realmente, no es de fácil inteligencia esta previsión legal del allanamiento. Esta figura, ciertamente conocida en el derecho procesal –art. 21 LEC–, parece responder a una exigencia previa del acreedor –cuya obligación aún no es exigible, por lo que no está obligado a cumplir aún–, dirigida al deudor –cuya obligación si es exigible y no ha cumplido–, indicándole en el requerimiento que exige el cumplimiento de la obligación –vencida– y que se allana a cumplir su prestación –cuando venza–. Por esto, parece que esta figura encontrará su campo de acción en las obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo.

Creemos que la norma ha de entenderse como una solución para la parte cuya obligación aún no ha vencido, y ante el incumplimiento de la otra parte –cuya prestación ya debió realizarse– le notifica su decisión de allanarse a cumplir su obligación cuando llegue su vencimiento, constituyendo en mora al incumplidor.

6.3.3. *Necesidad de interpelación.*

En relación con las tres cuestiones que plantea el último párrafo del artículo 1.100, la relativa a la necesidad o no de intimación para que exista mora en las obligaciones recíprocas, ha sido la más estudiada, elaborándose diversas teorías, sin que hasta el momento se haya conseguido unanimidad.

¹³⁷ STS de 18 de noviembre de 1994, Ponente ALBÁCAR LÓPEZ (RAJ 8844): «Las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genético en cuanto una atribución obligacional debe su origen a la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos obligaciones tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga.»

¹³⁸ DE DIEGO, Clemente [1959] *Instituciones de Derecho Civil español*, Tomo II, Madrid, pág. 56.

La doctrina tradicional ¹³⁹ y la jurisprudencia ¹⁴⁰, interpretando literalmente el texto del tercer párrafo del artículo 1.100, ha venido entendiendo que en las obligaciones recíprocas, incurre en mora el deudor que no cumple, automáticamente y sin necesidad de intimación, por el mero hecho de que la otra parte cumpla la obligación a su cargo. Dicho de otro modo, en los requisitos de la constitución en mora que ya hemos estudiado, el cumplimiento viene a sustituir al requerimiento, siendo el cumplimiento de una parte lo que constituye en mora a la otra.

CRISTÓBAL MONTES ¹⁴¹ destaca que esta interpretación tiene a su favor la aparente claridad del precepto legal y lo equilibrado de la consideración de que el artículo 1.100 formula en su principio la regla general de constitución en mora mediante intimación, y que el resto de la norma incluye las excepciones a tal regla, regulando los supuestos de constitución en mora automática sin necesidad de intimación, incluidas las obligaciones recíprocas.

Esta doctrina tradicional ha sido objeto de diversas críticas, elaborándose diferentes doctrinas de suma importancia y que ha provocado que actualmente encontremos sentencias de todos y cada uno de nuestros Tribunales que, en función de la corriente doctrinal que apliquen, lleguen a uno u otro resultado ¹⁴².

¹³⁹ CARDENAL FERNÁNDEZ, J. [1979] *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, pág. 200; CASTÁN TOBEÑAS, J. [1986] *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Obligaciones*, Tomo III, Madrid, pág. 214; CLEMENTE MEORO, M.E. Ob. cit.; CRISTÓBAL MONTES, A. *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, pág. 18; Díez-PICAZO, L. [1996] *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Madrid, pág. 643; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. Ob. cit., pág. 574; ESPÍN [1983] *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. III, Madrid, pág. 207; JORDANO BAREA [1951] «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita». *ADC*, pág. 306 y nota 3; JORDANO FRAGA, F. [1987] «Comentario a la Sentencia de 26 de noviembre de 1987», *CCJC* n.º 15, septiembre-diciembre, pág. 5.193; MANRESA [1950] *Comentario al artículo 1.100 del CC. Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, Vol. 1.º, Madrid, pág. 133; OSSORIO MORALES [1956] *Lecciones de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos)*, pág. 136; PUIG BRUTAU. Ob. cit., pág. 426; PUIG PEÑA [1966] *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo II, Vol. 1.º, Barcelona, pág. 174; SANTOS BRIZ [1995] *Comentario al artículo 1.100 del CC. Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por ALBÁCAR LÓPEZ. Tomo IV, Madrid, pág. 64.

¹⁴⁰ SSTs de 15 de febrero de 1905, n.º 60 JC, Tomo 100-1.º, pág. 333; 24 de octubre de 1941 (RAJ 1091), 9 de noviembre de 1944 (RAJ 1183), 22 de marzo de 1950 (RAJ 710), 1 de mayo de 1950 (RAJ 728), 17 de marzo de 1956, Ponente EYRE VARELA (RAJ 1168), 17 de enero de 1967 (RAJ 77), 27 de enero de 1978, Ponente RODRÍGUEZ-SOLANO ESPÍN (RAJ 16), 29 de noviembre de 1982, Ponente DE LA VEGA BENAYAS (RAJ 6938), 26 de febrero de 1985, Ponente DE LA VEGA BENAYAS (RAJ 775), 29 de marzo de 1985, Ponente DE CASTRO GARCÍA (RAJ 1256), 27 de mayo de 1985, Ponente DE LA VEGA BENAYAS (RAJ 2814), 13 de marzo de 1987, Ponente DE LA VEGA BENAYAS (RAJ 1478), 21 de abril de 1987, Ponente SÁNCHEZ JAUREGUI (RAJ 2719).

¹⁴¹ *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, pág. 17.

¹⁴² Indica la coexistencia de las diferentes teorías la SAP de Oviedo de 4 de mayo de 1993, Ponente BARRAL DÍAZ (RGD 94/2637): «Tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas en la interpretación de tal artículo, ya que para unos dicho párrafo no constituye una excepción la regla general de que la mora se produce mediante requerimiento (ya que no va numerada como las verdaderas excepciones de los números 1.º y 2.º del artículo en cuestión) y quiere decir únicamente que en las obligaciones recíprocas, además de los requisitos generales de la mora (según sea normal o automática) hay que añadir el cumplimiento o allanamiento a cumplir del otro obligado. Ésta parece ser la posición que adopta la sentencia apelada.

Segundo. La tesis contraria vendría representada por los que afirman que en las obligaciones recíprocas incurre en mora el incumplidor, automáticamente y sin necesidad de intimación, por el puro hecho de que la otra parte cumpla la obligación a su cargo. Es preciso reconocer que la literalidad de la ley parece dar la razón a esta postura interpretativa.

Modernamente, sin embargo, y dentro de la primera de las posiciones enunciada, se viene distinguiendo entre obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo o no simultáneo. Así, en las primeras parece lógico que, en virtud del principio de simultaneidad de las prestaciones, cuando uno cumple su parte en la obligación, ponga automáticamente en mora

.../...

Entre las diversas posturas en contra de la doctrina tradicional, debemos destacar y tratar por separado las elaboradas por ALBALADEJO y por Díez-PICAZO.

a) Posición de ALBALADEJO. Tras promulgarse el CC, un sector minoritario de la doctrina comenzó a dudar de si en las obligaciones recíprocas era precisa la intimación para la constitución en mora o si, por el contrario, se trataba de un caso más de mora automática. En el artículo 1.100, se observa que el párrafo primero se dedica a la mora *ex persona*; el segundo, con dos párrafos numerados, a la mora *ex re*, en cuyo caso no es necesaria la intimación; el tercer párrafo del artículo 1.100, a la mora en las obligaciones recíprocas. La cuestión que surge es si esta última disposición es aplicable conjuntamente a la mora *ex persona* y a la mora *ex re*, o si es un supuesto de mora *ex re*.

Tal como hemos señalado anteriormente, desde un principio la doctrina mayoritaria consideró que la mora en las obligaciones recíprocas se incluía entre los casos excepcionales de constitución en mora sin requerimiento, comenzando para cada uno de los obligados desde el momento en que el otro cumple su prestación; no obstante, DÍAZ PAIRÓ¹⁴³ se inclinaba por pensar que el Código sólo ha querido advertir que, en ciertas obligaciones, a pesar de la reclamación de pago o de concurrir las circunstancias que producen la mora *ex re* no surgirá la mora, sino que será necesario el cumplimiento por parte del que interpela o de la otra parte, de la obligación que le incumbe y que se ha establecido en relación de reciprocidad a favor del interpelado o aparente moroso *ex re*. De modo que si el que reclama el cumplimiento no ha cumplido la obligación que le corresponde o no la ha cumplido debidamente, el otro obligado no puede incurrir en mora; para que la reclamación produzca su eficacia –cumplimiento o, en su caso, constitución en mora– el que la dirige debe haber cumplido su obligación recíproca; y de igual modo, para que puedan darse los supuestos de mora *ex re*, los obligados han de haber cumplido su obligación recíproca. El propio Tribunal Supremo, en diversas Sentencias, había planteado esta posibilidad¹⁴⁴. En este estado de la cuestión, ALBALADEJO procedió a sistematizar y desarrollar esta tesis¹⁴⁵, la cual ha ampliado posteriormente¹⁴⁶. Entiende este autor¹⁴⁷ que cuando se trata de obligaciones recíprocas (bilaterales), dada su interdependencia –y siempre salvo que se haya fijado que una de ellas se cumpliría antes que la otra–, para que uno de los deudores incurra en mora no basta la simple llegada del momento del cumplimiento –si se trata de obligación en la que la mora se produce automáticamente– o el requerimiento del acreedor

.../...

al contrario que no ha cumplido, excluyendo de esta forma la necesidad de una especial intimación por el contrario, cuando se trata de prestaciones recíprocas, aunque de cumplimiento no simultáneo, el párrafo final del artículo 1.100 no es aplicable de una manera directa y el problema tiene que ser resuelto partiendo de los principios generales que rigen las obligaciones sinalagmáticas, ya que la incidencia de la mora no puede ser la misma frente al incumplimiento de la obligación primeramente vencida, que frente al incumplimiento de la obligación primeramente vendida, que frente al incumplimiento de la obligación recíproca de vencimiento posterior».

¹⁴³ Ob. cit., pág. 148.

¹⁴⁴ SSTS de 13 de abril de 1931 (RAJ 2010), 15 de marzo de 1934 (RAJ 462), 20 de febrero de 1950 (RAJ 520) y 26 de mayo de 1966 (RAJ 2744).

¹⁴⁵ [1968] «La mora en las obligaciones recíprocas», *RCDI*, n.º 464, pág. 9 y ss.

¹⁴⁶ [1988] *De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas*. Estudios homenaje a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO. Vol. I. Madrid, pág. 30.

¹⁴⁷ Volumen 1.º, pág. 186.

cuando éste sea preciso para constituir en mora al obligado, sino que hace falta además –y aquí el punto divergente– que el otro acreedor-deudor cumpla o se allane a cumplir debidamente lo que le incumbe –su contraobligación–. Entonces, es decir, a partir de este cumplimiento o allanamiento; o, si habían tenido lugar previamente, a partir del requerimiento de pago –en la mora normal– o de la llegada del momento en el que debió pagar –en la mora automática–, comienza la mora para el deudor que no cumplió (art. 1.100, último párrafo).

Para este autor, es éste el espíritu del Código en materia de mora en obligaciones recíprocas, aunque reconoce que en algunos puntos el texto legal no es suficientemente inequívoco, o bien su letra no ha recogido exactamente su espíritu, pues frecuentemente se le interpreta en el sentido de que exime del requerimiento, comenzando, sin necesidad de éste, la mora para un deudor tan pronto como el otro cumple su obligación.

Entiende que el sentido que hay que atribuir al artículo 1.100, último párrafo, se apoya:

- 1.º En que entendido literalmente, y aislado del resto, resulta insólito, pues si no hace falta requerimiento, y basta que una de las partes cumpla para que comience la mora para el otro, se daría el caso de poder incurrirse en mora aun antes de que el moroso tuviese conocimiento de que la otra parte había cumplido ¹⁴⁸.
- 2.º En que la distribución de este artículo en párrafos y apartados numerados se deduce que se divide en tres partes: una primera (contenida en el primer párrafo) para la mora normal o mediante requerimiento; otra segunda (que comprende los restantes párrafos, menos el último) para la mora automática (a cuyo efecto se establecen, numerándolas, las excepciones a la regla general sentada en el párrafo primero: «No será, sin embargo, necesaria la intimación –requerimiento– del acreedor para que la mora exista: 1.º ... 2.º ...»); y bajo esos dos números se encierran otros dos párrafos). Ambas primeras partes, para las obligaciones unilaterales. Y la parte tercera, contenida en el párrafo último, para las obligaciones bilaterales. Luego este párrafo último del artículo 1.100 no constituye una excepción al principio general ¹⁴⁹ de que la mora se produce mediante requerimiento (si la constituyera no se comprende por qué no se la habría numerado –3.º– como se hizo con las verdaderas excepciones), sino una regla especial para las obligaciones bilaterales, que añade a los requisitos de la mora (bien normal, bien automática) en las obligaciones unilaterales –requisitos establecidos en las dos partes primeras– otro nuevo para las bilaterales: el cumplimiento o allanamiento del otro obligado.
- 3.º La especial contextura de las obligaciones recíprocas justifica que no haya mora para un deudor sin que el otro haya cumplido o se allane a cumplir (porque no se tiene deber de

¹⁴⁸ Objeta Díez-PICAZO, *Fundamentos*, pág. 641, que, probablemente, en un caso como el descrito, el ignorante tenía el deber de conocer tanto su propia obligación y el momento del cumplimiento de la misma, como el cumplimiento de la otra parte.

¹⁴⁹ Discrepa CRISTÓBAL MONTES, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, pág. 34, de que sea un principio general de nuestro ordenamiento que para que un deudor incurra en mora haga falta que se le requiera de pago y que dicho principio no conozca más derogaciones que las que taxativamente prescribe la ley.

cumplir –y, por tanto, no hay retraso posible– hasta que el otro cumple), pero no justifica que se derogue la regla general de exigencia de requerimiento para constituir en mora (derogación que sólo procederá en aquellas obligaciones recíprocas que, independientemente de ser recíprocas, reúnan los requisitos de los casos de mora automática).

4.º En que la relación entre el último párrafo del artículo 1.100 y el artículo 1.501, pide que aquél sea entendido como produciéndose la mora en las obligaciones recíprocas mediante el requerimiento ¹⁵⁰, ya que si se parte de la necesidad de requerimiento, el artículo 1.501 tiene todo él un sentido perfectamente natural, mientras que si se considera lo contrario hay que hacer verdaderos juegos malabares para encontrarle un sentido y una utilidad que, con todo, resultan dudosos. Si se parte de que el solo cumplimiento de una de las partes es suficiente para constituir en mora a la otra parte, y si se tiene como presupuesto que la cosa haya sido entregada, cabe estimar una de las dos hipótesis siguientes:

- a) O que los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.501 son inútiles, puesto que, estando constituido en mora el comprador desde la entrega de la cosa, bastaría el apartado 3.º para dejar establecido que, a tenor del apartado último del artículo 1.100, debe intereses. Intereses que se deberían, pues, sin necesidad de los apartados 1.º y 2.º, también en los casos de los mismos, ya que, con ello, como está entregada la cosa, está en mora el comprador y debe intereses desde la entrega, y no sólo si han pactado o si la cosa produce fruto o renta, sino también, si no se han pactado o si la cosa no produce fruto o renta.
- b) O que esos apartados 1.º y 2.º se refieran al caso de que, a pesar de que la cosa esté entregada, el comprador no esté en mora. Lo cual no puede tener lugar sino cuando el vendedor debía cumplir su obligación antes que el comprador la suya; hipótesis cuyo caso más corriente será el que las partes hubiesen pactado aplazamiento en el pago del precio o que éste, a pesar de estar entregada la cosa, no puede ser exigido hasta el otorgamiento de la Escritura Pública de venta.

Si se acepta este planteamiento, el artículo 1.501, supondría que el comprador debe intereses del precio cuando esté constituido en mora, lo que tiene lugar automáticamente desde que la cosa le fue entregada –1.503.3.º– y los debe también, aunque no esté en mora, si, habiendo recibido la cosa, se pactó de ese modo –1.501.1.º– o si la cosa produce fruto o renta –1.501.2.º–. Dar este sentido al artículo 1.501 supone restringir la efectividad de sus dos primeros apartados en el supuesto de que el pago del precio esté, por cualquier motivo, aplazado o diferido.

Para ALBALADEJO, tal restricción limita también el deber de pagar intereses por el precio, en los supuestos de pago diferido, y así como se muestra que se trata de un sentido forzado, pues el natural es el que se obtiene si se parte de que hace falta el requerimiento para la constitución en mora. Si, por el contrario, se parte de la necesidad del requerimiento, estas disposiciones significan que, si el vendedor ya ha cumplido, el comprador debe intereses:

¹⁵⁰ Ob. cit., pág. 186.

1. Cuando, aun sin estar en mora –porque no fue requerido– y sin producir tal cosa fruto o renta, se pactó así –1.501.1.º–. Lo que es natural, pues se basa en la libertad de pacto.
2. Cuando, aún sin estar en mora –porque no fue requerido–, la cosa produce fruto o renta –para que no obtenga éstos y los rendimientos del precio que no pagó aún, 1.501.2.º–.
3. Cuando, requiriéndolo, el vendedor lo constituya en mora –1.501.3.º–.

De esta forma se da al artículo 1.501.3.º un sentido que, además de ser perfectamente natural, concuerda por completo sus antecedentes, ya que fue tomado del Código francés, artículo 1.652, cuyos dos últimos apartados dicen que el comprador debe intereses del precio si ha sido requerido de pago, y que los debe desde el requerimiento. Y fue tomado del Código francés a través del Proyecto de 1851, según cuyo artículo 1.430, el comprador debe intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio «si se hubiese constituido en mora, con arreglo al artículo 1.007»; siendo así, que la constitución en mora, a tenor de ese artículo 1.007, apartado penúltimo, no es automática por el hecho de que cumpla la otra parte, sino que, como ya vimos, de lo que advertía GARCÍA GOYENA, se deduce que hace falta el requerimiento ¹⁵¹.

La línea de interpretación de ALBALADEJO, relativa a la necesidad de requerimiento en las obligaciones recíprocas para la constitución en mora, ha sido seguida por un sector de la doctrina ¹⁵², y se puede apreciar en diversas sentencias del Tribunal Supremo ¹⁵³.

¹⁵¹ CRISTÓBAL MONTES, ob. cit., pág. 40, disiente del intento de coordinar los artículos 1.100 y 1.501, porque es normal que se produzcan discrepancias entre las normas de carácter general del Derecho de Obligaciones y las de carácter especial que regulan específicamente cada tipo contractual. Aunque entendamos necesario el requerimiento en las obligaciones recíprocas, no por ello carece de sentido y utilidad el artículo 1.501 del CC, ya que este artículo no tiene aplicación cuando las entregas de la cosa y del precio se realizan simultáneamente, pero si entre la entrega de la cosa y el pago del precio media un lapso de tiempo, se produce una situación consistente en que el vendedor se ve privado de la cosa y de sus utilidades y, además, tampoco dispone del precio de la cosa vendida que todavía no le ha sido satisfecho por el comprador. Por el contrario, éste tiene ya la cosa en su poder y, además, el importe del precio, por lo que con el fin de evitar el enriquecimiento sin causa, se establece la obligación de pagar intereses en los casos a los que alude el citado artículo, que son casos de excepción, ya que, por regla general, el precio no produce intereses.

Asimismo, este autor entiende que tanto si se acepta la idea de que en las obligaciones recíprocas la constitución en mora es automática, como si se defiende que es mediante requerimiento, los dos primeros apartados del artículo 1.501 quedan fuera del tema en estudio, porque precisamente por sus propias características y punto de partida, excluyen el juego de la figura de la mora. Y ello al margen de que el apartado primero del artículo se refiera a un supuesto de intereses convencionales y el apartado segundo a otro de intereses compensatorios, esto es, unos intereses no moratorios que representan no una «pena civil» del que ha incurrido en mora, sino la contrapartida de otra utilidad producida en el patrimonio del que está obligado a ellos. El supuesto del artículo 1.501 cobra sentido tratándose de un contrato de compraventa con precio aplazado, pues en otro caso los intereses se deberán en concepto de indemnización de daños y perjuicios, tanto si el vendedor opta por la resolución contractual, como si solicita el cumplimiento.

¹⁵² BADOSA COLL, F. [1993] *Comentario al artículo 1.100 del CC. Comentario del CC del Ministerio de Justicia*, Tomo II, Madrid; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS [1990] *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. [1978] *La mora*, Madrid; OGAYAR Y AYLLÓN [1983] *Efectos que produce la obligación bilateral*, Pamplona; O'CALLAGHAN, ob. cit., nota 81.

¹⁵³ STS de 26 de febrero de 1970, Ponente LINARES FERNÁNDEZ (RAJ 1013), 22 de octubre de 1971, Ponente GARCÍA-MONGE MARTÍN (RAJ 4724); 26 de marzo de 1974, Sala 4.ª, Ponente BOTELLA TAZA (RAJ 1632); 28 de noviembre de 1978, Ponente CASTRO GARCÍA (RAJ 4293); 2 de enero de 1980, Ponente GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO (RAJ 77); 9 de junio de 1986, Ponente SERENA VELLOSO (RAJ 3298); 19 de septiembre de 1988, Ponente MARINA MARTÍNEZ-PARDO (RAJ 6840); y 21 de noviembre de 1994, Ponente ALMAGRO NOSETE (RAJ 9324).

b) Posición de Díez-Picazo. Por su parte, Díez-Picazo¹⁵⁴, postura que también ha sido seguida por la jurisprudencia¹⁵⁵, interpreta el último párrafo del artículo 1.100, distinguiendo según se trate de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo o de cumplimiento no simultáneo. Para este autor, la órbita de aplicación del precepto excluye de su seno el caso de que se hubiese establecido un tiempo de cumplimiento de una de las obligaciones posterior al de la otra, en cuyo caso para la constitución en mora del deudor se aplican las reglas generales establecidas en los dos párrafos anteriores del citado artículo, que establecen un régimen de constitución en mora distinto, dependiendo solo y exclusivamente del término de cumplimiento –salvo siempre la derogación que sufren estas normas si legal o convencionalmente se ha previsto una traslación de riesgos anteriores al momento del incumplimiento obligacional–¹⁵⁶.

Tal como ha sintetizado Manrique de Lara¹⁵⁷, en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, son dos los supuestos posibles: el primero, cuando uno de los contratantes ha cumplido y el otro no; y el segundo, cuando ninguno de ellos ha cumplido.

En el primer supuesto, el contratante cumplidor tiene derecho a considerar en mora al no cumplidor, de modo automático, y sin perjuicio de que pueda ejercitar la excepción de incumplimiento contractual. Si cumple tiene derecho a considerar a la contraparte constituida en mora. Es el sinalagma funcional el que interpellat pro homine, y el que excluye la exigencia de la interpelación, siendo ésta la hipótesis genuina y la más evidente del inciso final del artículo 1.100.

En el segundo caso, si ninguno de los contratantes ha cumplido, y ambas obligaciones son de cumplimiento simultáneo, las dos son ya exigibles, y cualquiera de las partes puede constituir en mora a la otra, pero, en este caso, se exige la interpelación y, además, que aquel que requiera se allane a cumplir debidamente su obligación.

En lo referente a las obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo, el párrafo final del artículo 1.100 directamente no es aplicable a este supuesto y el problema ha de ser resuelto mediante la aplicación de los principios generales del sistema y, especialmente, los propios de las obligaciones recíprocas.

En este modelo también se distingue entre dos hipótesis diferentes, según que la situación de mora se proyecte frente al incumplimiento de la obligación primeramente vencida o de cara al incumplimiento de la obligación posterior. En la primera, cuando el primer obligado no ha ejecutado la

¹⁵⁴ *Fundamentos*, Vol. II, pág. 643 y *Sistema*, Vol. II, pág. 263.

¹⁵⁵ STS de 5 de marzo de 1999, Ponente GONZÁLEZ POVEDA (RAJ 1403): «La mora automática sólo se produce en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo». SSTS de 29 de marzo de 1985, Ponente DE CASTRO GARCÍA (RAJ 1256) y 23 de marzo de 1992, Ponente GONZÁLEZ POVEDA (RAJ 2277): «El juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución en mora de uno de los obligados cuando el otro sujeto del contrato cumplió las suyas, efecto que se produce de modo automático cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempos diversos».

¹⁵⁶ Díez-Picazo Giménez, ob. cit., pág. 578.

¹⁵⁷ Ob. cit., pág. 466.

prestación en el momento señalado para ello, el otro contratante, sin necesidad de cumplir la suya, que aún no ha vencido, puede constituir en mora al primero, pero, en este caso, se exige la interpe-lación o el requerimiento por su parte.

Si la deuda del primer obligado, en el anterior supuesto, ha vencido, parece que si éste no cum-ple no puede constituir en mora al segundo. Pero si la obligación del segundo ha vencido también y no ha cumplido, éste último podrá constituir en mora al primero mediante intimación, pero para ello es preciso que ponga su prestación a disposición de aquél o que realice una oferta de pago, como indica el artículo 1.100 *in fine*.

Por último, si el primer obligado ha ejecutado la prestación a su cargo y, llegado el vencimiento del plazo para cumplir por parte del segundo, éste no lo efectúa, se considera que la constitución en mora de este último sigue el régimen normal, definido en los anteriores párrafos del artículo 1.100.

7. CONCLUSIONES

Tras examinar el estado actual de la cuestión objeto de estudio, observamos la incertidumbre jurídica que provoca el hecho de que la jurisprudencia sea oscilante en temas tan importantes como la constitución en mora en las obligaciones recíprocas, que son la mayoría que normalmente estable-cemos. Asimismo, se constituye en mora al deudor desde el momento de interponerse la demanda judicial, por estimarse la solución más justa por tratarse de obligaciones pecuniarias, sin tenerse en cuenta que dicha solución deberá aplicarse también a las obligaciones de dar cosa específica; en estos últimos casos, si la cosa se pierde entre el momento de interponerse la demanda y antes de ser empla-zado el deudor –ser requerido formalmente según nuestra opinión–, toda vez que se le han traslada-do los riesgos de pérdida de la cosa, será plenamente responsable de dicha pérdida, sin haberse cum-plido la característica básica de la intimación como declaración recepticia: el conocimiento del requerido.

Sobre los efectos de la mora en las obligaciones pecuniarias, deberemos valorar en cada caso concreto si es más conveniente constituir en mora al deudor, y obtener solo el interés legal como indemnización, o accionar en base al incumplimiento genérico de la «cuarta causa» que hemos seña-lado, lo que nos permitirá obtener un resarcimiento integral de los daños sufridos.