

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

La mora del acreedor

ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Alicante

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE CONTEMPLAN LA MORA DEL ACREEDOR.—III. AUTONOMIA CONCEPTUAL DE LA MORA DEL ACREEDOR.—IV. PRESUPUESTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR: 1. Realización por el deudor de todo lo necesario para la ejecución de la prestación.—2. Falta de la necesaria cooperación del acreedor.—3. La mora del acreedor no presupone la culpa.—4. No es precisa una especial interpelación.—V. EFECTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR: 1. La mora del acreedor impide que el deudor incurra en mora y, en su caso, excluye la *mora solvendí* ya comenzada.—2. El acreedor moroso soporta todas las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, siempre que ésta no sea imputable al deudor.—3. El acreedor moroso ha de abonar al deudor los gastos derivados de la conservación y custodia de la cosa debida.—4. El deudor puede liberarse de la obligación mediante la consignación de la cosa debida cumpliendo los requisitos legalmente establecidos.

I. INTRODUCCION

Se denomina mora del acreedor a aquella situación en la que se produce un retraso en la producción del resultado de la prestación como consecuencia de un comportamiento debido a una causa que es exclusivamente imputable al acreedor.

Nuestro Código civil, a diferencia de otros Códigos civiles, como el alemán, el italiano o el portugués, no ha establecido una disciplina unitaria de la mora del acreedor, aunque realiza aplicaciones de los principios en que se inspira esta figura (artículos 1.176, 1.185, 1.452, último párrafo, 1.505, 1.589 y 1.590). También aparecen aplicaciones concretas en el Código de Comercio (artículos 332 y 369) y en la Ley Cambiaria y del Cheque (artículo 48).

La situación legal apuntada hace que sea especialmente importante la doctrina del Tribunal Supremo, en su actividad de complementación del ordenamiento jurídico (artículo 1,6 del título preliminar del Código civil), para configurar el régimen jurídico de la mora del acree-

dor. En una serie de importantes sentencias, el Tribunal Supremo ha reconocido la autonomía conceptual de la mora del acreedor en relación con el ofrecimiento de pago y la consignación y configurado su régimen jurídico, es decir, sus presupuestos y efectos.

En este estudio partimos del dato indiscutible de que el conocimiento de las sentencias del Tribunal Supremo es imprescindible para advertir el *significado real* del ordenamiento jurídico y, en nuestro caso, de la mora del acreedor (1). La reflexión sobre los presupuestos y efectos enumerados en las numerosas sentencias que contemplan la mora del acreedor, teniendo en cuenta los principios que la informan en nuestro Derecho y los precedentes históricos y legislativos en que se apoya, es el objetivo que perseguimos.

II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE CONTEMPLAN LA MORA DEL ACREEDOR

Nuestra jurisprudencia, fundamentalmente a partir de la sentencia de 9 de julio de 1941, proclama la autonomía conceptual de la mora del acreedor. Hay que tener en cuenta también, según señala la sentencia de 31 de octubre de 1968, a la sentencia de 27 de diciembre de 1892, dentro de la amplia jurisprudencia interpretativa que ha suplido el relativo vacío que se nota a los efectos del ofrecimiento sin consignación en relación con el cumplimiento de las obligaciones.

La sentencia de 27 de diciembre de 1892 (2) considera que no incurre en *mora solvendi* el arrendatario obligado al pago de determinada cantidad por indemnización que ha de abonar al desocupar el local, si al mismo tiempo que las llaves de la casa puso aquella suma y siguió teniéndola a disposición del dueño, que no quiso recibirla (sin consignarla judicialmente).

En el pleito que decidió la sentencia de 13 de marzo de 1930 (3) se trataba de un arrendamiento con opción de compra de casa barata. El arrendatario comprador no había pagado las cuotas, pero se denegó la resolución del contrato, porque se estimó probado que la otra parte se había negado a recibirlas para imponer determinadas modificaciones en el contrato. Concretamente afirma el Tribunal Supremo que la acción resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas que ejercitó el recurrente, amparándose en el artículo 1.124 del Código civil, necesita para que prospere, según jurisprudencia de esta Sala,

(1) Sobre este planteamiento *vid.* DÍEZ-PICAZO, *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «RDP», 1964, pp. 925 y ss., y *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, Madrid, 1973, pp. 10 y ss.

(2) C.L. núm. 185.

(3) R.A. núm. 763.

la justificación de que el incumplimiento de las obligaciones del deudor se debe a causas imputables al mismo, y como en el caso actual, el Tribunal sentenciador atribuye al actor la causa de que los demandados no continuaran satisfaciendo las cuotas mensuales convenidas, cuotas que ellos quisieron pagar y que aquél rechazó a partir de cierta fecha para imponer con ello la modificación que trataba de introducir en el contrato primitivo y los plazos fijados anteriormente, es incuestionable que al no ser deudor el culpable del no pago de las cuotas, sino el acreedor, el supuesto de hecho resulta contrario y opuesto a lo que exige la jurisprudencia citada para que pueda aplicarse al repetido artículo 1.124, que no ha sido infringido.

En el caso de autos de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1941 (4), el demandante tenía concertado un seguro contra incendios con la sociedad demandada. En 1937 el frente de guerra le impidió hacer el pago de sus cuotas anuales y estando en descubierto sobrevino el siniestro. La sentencia recurrida por el actor había estimado que la sociedad de seguros mutuos podía resolver el contrato en vista de que el ofrecimiento de pago no produjo efectos liberatorios en razón de que no fue inmediatamente seguido de la consignación. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó errónea la decisión y declaró que olvidó las fundamentales diferencias que existen entre la llamada oferta real, base inexcusable del pago liberatorio, que, por serlo, está regulado en nuestra Ley sustantiva, en el capítulo que en ella se consagra al estudio de la extinción de las obligaciones, y la oferta no seguida de consignación, cuyo efecto más interesante es, según la doctrina más autorizada, el de constituir el acreedor en mora, *mora accipiendi*, que si no permite que el deudor quede liberado, ni tiene trascendencia en orden al pago de intereses, ni en la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida, impide, en cambio, a aquél dar al deudor trato de moroso y obsta a la declaración autorizada por el artículo 1.124 cuando, como en el caso de autos, se acredita que el retraso, sólo temporal, obedeció a una causa cuya evidencia y legitimidad no es preciso encarecer.

En la sentencia de 6 de diciembre de 1943 (5), relativa a un caso de desahucio por falta de pago, el Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de la Audiencia Territorial, se refiere a la *mora accipiendi* como figura diferenciable de la consignación, señalando que el supuesto contemplado en el artículo 1.176 del Código civil no se da en el caso del presente litigio, pues afirmado en la sentencia —sin que la afirmación se impugne en legal forma— que el día 1 de enero de 1942 la arrendadora requirió al arrendatario para que abonase el importe de la renta que se hallaba debiendo y que el requerimiento

(4) R.A. núm. 905.

(5) C.L. núm. 74; R.A. núm. 1301.

no fue atendido, es visto que el posterior ofrecimiento de pago realizado por el deudor mediante un acto de conciliación no desvirtúa aquella reclamación por la acreedora, demostrativa de que por parte de ésta no existía negativa o resistencia al cobro, excluyente, por tanto, de la *mora accipiendi* a que el citado precepto se refiere.

De notable interés es también la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1944 (6). Según el actor, habiendo infringido el contrato de promesa de venta de una casa el demandado en el particular de pago de intereses, el deudor ha dado motivo con su culpa exclusiva a la resolución del contrato. El demandado se opuso a la resolución, alegando que el actor se negó a aceptar el pago de todos los intereses debidos, a fin de basarse en ello para pedir la resolución de contrato. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, dando lugar a la demanda, declaró la resolución del contrato de promesa de venta de la casa. La Audiencia Territorial revocó la sentencia, declarando no haber lugar a la rescisión del contrato. No prosperó el recurso de casación, considerando el Tribunal Supremo que el artículo 1.176 del Código civil, preceptivo de que el ofrecimiento de pago seguido de consignación libera al deudor de la responsabilidad procedente de la obligación cuando el acreedor se niega sin razón a admitir el pago que se le ofrece, no autoriza a deducir que en estas condiciones el ofrecimiento no seguido de depósito carece de eficacia jurídica, ya que tiene la de excluir las consecuencias de la *mora solvendi*, o sea, el impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades ni resoluciones, pues, como concretamente dice la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1941, obsta a la declaración autorizada por el tan repetido artículo 1.124. Y de esto es consecuencia que debe entenderse improcedente el tercer motivo del recurso, que, con desconocimiento de la expresada doctrina, acusa la infracción de este precepto y del artículo 1.504 del mismo Código.

El caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1947 (7) tiene que ver con la celebración de un contrato de compraventa de una finca con determinadas condiciones. La compradora pretendió cumplir sus obligaciones dentro del plazo convenido y, al efecto, requirió a los vendedores para que aceptasen el pago de la cantidad debida, poniendo a su disposición el precio y los intereses de que era deudora, tanto en razón del mismo como por el importe del préstamo hipotecario. Ante la negativa a entregar la finca y recibir el precio ofrecido, la compradora solicitó la resolución de la compraventa, que fue estimada por el Juzgado y la Audiencia Territorial. En el recurso de casación, los vendedores señalaron que el Tribunal de Instancia al decretar la resolución vulnera el artículo 1.124 del Có-

(6) C.L. núm. 10; R.A. núm. 941.

(7) C.L. núm. 165; R.A. núm. 778.

digo civil, porque, no habiéndose realizado la consignación de todas las cantidades debidas, era ineficaz el ofrecimiento de pago realizado.

El Tribunal Supremo rechaza los argumentos alegados por los recurrentes porque, de una parte, la recurrida puso a disposición de los mismos, dentro del término fijado, el importe íntegro de las cantidades de que por todos los conceptos era deudora y porque, de otra parte, los indicados argumentos se apoyan en la tesis de que el ofrecimiento de pago no seguido de la consignación de lo debido carece de toda eficacia, tesis errónea, pues, como han declarado las sentencias de esta Sala de 9 de julio de 1941 y 5 de junio de 1944 —cuya doctrina aplica acertadamente el Tribunal de Instancia—, si bien la oferta de pago no seguida de consignación no libera de su obligación al deudor, produce el efecto de constituir en mora al acreedor.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1950 (8) se ocupa, igualmente, de la cuestión que examinamos. En el recurso de casación la entidad arrendataria alegó que la Sala sentenciadora no ha tenido presente la diferencia que existe entre el ofrecimiento de pago y la consignación, que define la sentencia de 9 de julio de 1941, de aplicación porque no niega que el pago haya sido ofrecido. Que son instituciones diferenciables la oferta real de pago y la oferta no seguida de consignación; la primera es base inexcusable del pago liberatorio; la segunda tiene por efecto fundamental el de constituir al acreedor en mora, que en todo caso sería lo que podría ocurrir en este caso.

Frente al razonamiento expuesto, el Tribunal Supremo tiene en cuenta la *mora accipiendi* de que tratan las sentencias de 9 de julio de 1941 y 21 de junio de 1947, pero considera que no puede darse valor jurídico de notificación a la consignación, ni siquiera a los efectos de la *mora accipiendi* de que tratan las sentencias citadas, el que dijera de palabra el Secretario del Juzgado al actor (el acreedor) que habían dejado para él en el Ayuntamiento unos dineros sin liquidación alguna, que reconoce la sentencia recurrida como cuestión de hecho.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1953 (9) se refiere a la mora del acreedor en las obligaciones mercantiles. Esta sentencia contempla un supuesto de compraventa de azúcar, quedando la mercancía a disposición del comprador en los almacenes de las fábricas productoras. Entre las facturas expresivas de tal operación figuraban las dirigidas por la Unión Agrícola Azucarera al comprador en 2 de mayo de 1936, referentes a la venta de determinadas cantidades de azúcar de diversas clases, envasadas en sacos de 60 ki-

(8) C.L. núm. 383; R.A. núm. 1833.

(9) C.L. núm. 102; R.A. núm. 3152.

los cada uno, con indicación del número de sacos, precio del kilo y haciendo constar en cada factura la fábrica en cuyos almacenes quedaba la mercancía a disposición del comprador, y que el pago y la retirada total de la misma había de verificarse al final de cada uno de los meses de mayo y junio. Al iniciarse la guerra civil, las fábricas expresadas quedaron situadas en la zona roja, siendo incautado todo el azúcar que existía en ellas por elementos marxistas y, por lo tanto, las cantidades que no había retirado el comprador.

El Tribunal Supremo, revocando la sentencia de la Audiencia Territorial, consideró que, finalizado el plazo señalado al comprador (acreedor) para retirar la mercancía comprada, comenzaron para él los efectos de la mora, conforme a lo establecido en el número 1.º del artículo 63 del Código de comercio, que, en materia de obligaciones mercantiles, sustituye el principio de interpelación judicial, adoptado como norma específica para la regulación de la mora en el Derecho civil, por el principio del vencimiento de la obligación, cuando éste aparece determinado por la Ley o por la voluntad de los contratantes.

Siguiendo la línea descrita, nos encontramos con la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1962 (10), relativa a un supuesto de venta de diversas fincas, reservándose la vendedora para sí y sus herederos el derecho de retraer las fincas vendidas durante un plazo de cuatro años, con derecho a prorrogar a su elección hasta el máximo de diez años, contados desde la fecha de la escritura. Durante el referido plazo de cuatro años o su prórroga, en su caso, llevaría la vendedora o sus herederos las fincas en arrendamiento. La falta de pago de cuatro anualidades del arriendo sería causa bastante para consumir de derecho la adquisición, perdiendo la vendedora o sus herederos el derecho a prorrogar el plazo establecido. Era condición necesaria para el ejercicio del derecho de retracto que la arrendataria estuviera al corriente de pago de todas las anualidades o parte de ellas vencidas del arriendo pactado. Una heredera de la vendedora transmitió el derecho de retracto a un tercero, que se subrogó en la posición de la vendedora. Poco tiempo después de la adquisición ejercitó el derecho de retracto, requiriendo al comprador para que otorgase escritura de retroventa de las fincas citadas, aceptando el pago ofrecido. El comprador se opuso a ello, por lo que el titular del derecho de retracto consignó la cantidad ofrecida, consignación a la que se opuso el comprador. Estimando la demanda interpuesta por el titular del derecho de retracto, el Juez de Primera Instancia declaró que el comprador está obligado a formalizar en favor de aquél la retroventa de las fincas compradas. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prosperó el recurso de casación.

(10) C.L. núm. 840; R.A. núm. 4294.

Según el Tribunal Supremo, la conducta recalcitrante del demandado (el comprador) recurrente opuesta a aceptar todo ofrecimiento de pago y consignación, obstaculizando los expedientes que a dicho efecto se hicieron, le constituye en *mora accipiendi*, que, si bien no permite al deudor quedar liberado de la obligación de pago, sí impide que pueda dársele trato de moroso y enervar con ello el ejercicio del derecho de retracto que asiste al actor.

Algunos años después de la última sentencia expuesta se publica la de 31 de octubre de 1948 (11). Encargada la construcción de un motor Arana de 80 HP, con variador de velocidad, tiene lugar la mora del comprador a partir de la carta de 16 de noviembre de 1964, en la que manifiesta que no se hace cargo del motor, a cuya confección no se pone tacha, y que fue puesto a su disposición en los almacenes del fabricante, de donde había de retirarlo, dado que los plazos para poder exigir el pago habían de contarse a partir de dicho acto: *mora accipiendi*, invocada en el segundo motivo del recurso, por falta de cooperación del comprador al cumplimiento del contrato; pero al no haber hecho la consignación judicial de la cosa debida, no obstante los reiterados ofrecimientos que de ella se hicieron al que había de recibirla y el haberla tenido en todo momento a su disposición, lo que no ha sido puesto en duda por el demandado, se ha de determinar, y es la tesis jurídica que se plantea en el recurso de casación, si esta mora ha de considerarse como incumplimiento por parte del demandado (comitente) o si, para que ése se dé, es necesaria la consignación judicial, siendo absolutamente ineficaz, para el efecto perseguido, cualquier otro medio de puesta a su disposición.

En el segundo considerando de la sentencia se afirma, reproduciendo la doctrina jurisprudencial, lo siguiente: Que una amplia jurisprudencia interpretativa ha suplido el relativo vacío que se nota en los artículos 1.176 y 1.124 del Código civil en cuanto a los efectos del ofrecimiento sin consignación, en relación con el cumplimiento de los contratos, entre las cuales destacan: la de 27 de diciembre de 1892, que absuelve al deudor de la *mora solvendi* cuando al tiempo de entregar las llaves de la casa (en un contrato de inquilinato) puso la suma debida y la siguió teniendo a disposición del dueño, que no ha querido recibirla (sin consignarla oficialmente); y la de 9 de julio de 1941, que se refiere al ofrecimiento, no aceptado por la aseguradora, del pago de una prima de un seguro, y cuando el asegurador pide la resolución, alegando el incumplimiento del contrato por el asegurado, la sentencia afirma que aquel ofrecimiento, aun no seguido de consignación, obsta a la declaración autorizada por el artículo 1.124 del Código civil, o sea, a la de incumplimiento por parte del deudor; y la de 5 de julio de 1944, que dice: el artículo 1.176 del Código

(11) C.L. núm. 669; R.A. núm. 4960.

civil, preceptivo de que el ofrecimiento de pago, seguido de la consignación, libera al deudor de la responsabilidad procedente de la obligación, cuando el acreedor se niega, sin razón, a admitir el pago que se le ofrece, no autoriza a deducir que, en estas condiciones, el ofrecimiento no seguido de depósito, carece de eficacia jurídica, ya que tiene la de excluir la *mora solvendi*, o sea, la de impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades ni reclamaciones, orientación digna de ser seguida y que puede quedar condensada en los siguientes términos: la consignación libera al deudor de la obligación del pago, porque se da por realizado; el ofrecimiento real sin consignación libera al deudor de la posible tacha de incumplimiento; y si aplicamos la doctrina de las sentencias citadas, todas referentes a entregas de dinero, de tan fácil consignación al caso debatido (maquinaria pesada, fácil de identificar y difícil de transportar), procede estimar el segundo motivo de este recurso, suscribir el criterio de la sentencia de primera instancia que condena al pago y a la entrega simultánea de la cosa de la que no ha sido liberado el vendedor por el ofrecimiento real no seguido de consignación, y rechazar el de la Audiencia que conduce a que la falta de consignación, aun mediando el ofrecimiento real, no sólo priva al oferente de la acción que le concede en este caso el artículo 1.599 del Código civil para reclamar el pago, sino aquella que dicen infinidad de sentencias, entre otras, las de 12 de diciembre de 1914 y 11 de abril de 1924: que el incumplimiento no produce la resolución *ipso facto*, sino a petición del perjudicado, que si en este caso hubiera sido el demandado, como supone la instancia al liberarlo del pago, hubiera tenido que alegarlo en la contestación a la demanda, y en ella para nada se refirió dicha parte al incumplimiento del contrato por el actor.

Semejante a la anterior sentencia es la de 12 de junio de 1969 (12). Al no cumplir el comprador el contrato mediante el cual compró el piso que disfrutaba en arrendamiento por temporada, pues con diversas excusas no entregó el precio, los vendedores solicitaron que se dictase sentencia declarando resuelto el contrato de compraventa. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando sustancialmente la demanda. La Audiencia Territorial la confirmó. En el recurso de casación el comprador alegó, entre otras cosas, la infracción, por violación, del párrafo 1.º del artículo 1.124 del Código civil, señalando como determinante de la violación el hecho de que, habiéndose pactado en el contrato que el resto del precio aplazado se pagase mediante letras de cambio, suscritas al efecto, la parte actora no se cuidó de su emisión y puesta en circulación.

Según el Tribunal Supremo, aun dando por acreditada la realidad del hecho, pese a la desestimación del motivo primero, en que se

(12) C.L. núm. 398; R.A. núm. 3425.

trata de ponerlo de relieve, basta para guardar la fuerza del motivo con tener en cuenta: A) Que dentro de nuestro Derecho (y suponiendo que exista en el caso de autos), la *mora accipiendi* no libera al deudor, ni aun permite que éste incurra, a su vez, en retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, sino que para cancelar su débito, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.180 del Código civil, ha de efectuar la consignación del importe de aquél, conforme al párrafo 1.º del artículo 1.176 y concordantes del expresado Código. B) Que el requisito de la buena fe que ha de presidir el cumplimiento de los contratos... obliga —so pena de incidir en la causa resolutoria prevista en el artículo 1.124— cuando un contrato aparece, por entero, consumado por una de las partes y no así por la contraria, que queda en situación privilegiada e injusta de gozar de los derechos nacidos del contrato sin cumplir las obligaciones recíprocas, a procurar que se solventen éstas, sin acudir a subterfugios, disculpas o pretextos para prolongar su incumplimiento, en perjuicio de la contraparte.

También hemos de referirnos a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1978 (13). El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación, porque la sanción resolutoria pretendida por la entidad vendedora no puede entenderse suplida por una situación que la entidad compradora hace deducir de tener patentizada una ausencia de conducta deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo pactado, y que esencialmente trata de amparar en el hecho de que en 15 de junio de 1972 hubiese ofrecido por conducto notarial a dicha entidad vendedora la suma de 1.068.808 pesetas, no seguido de consignación judicial, correspondiente al último plazo vencido del precio asignado a la compraventa de que se trata, en tendencia a enervar la expresada sanción resolutoria contractual instada de contrario, con base en el criterio jurisprudencial sancionado, entre otras, en sentencias de este Tribunal de 5 de febrero de 1944, 18 de mayo de 1957, 28 de marzo de 1961 y 31 de octubre de 1968, dado que, según señala el Tribunal Supremo en la sentencia que exponemos, bajo el aspecto de la cuestión, si ciertamente la oferta no seguida de la consignación puede llegar a producir el efecto apreciado en las sentencias de este Tribunal de 7 de julio de 1941, 5 de junio de 1944 y 21 de junio de 1947, citadas en el segundo de los considerandos de la sentencia recurrida, de constituir al acreedor en *mora accipiendi*, que si no permite que el deudor quede liberado, impide, en cambio, dar a éste por el acreedor carácter de moroso, es sobre la base de que el comportamiento posterior de dicho deudor no ponga en evidencia que esa su aparente voluntad de cumplimiento no era real, cual sucede en el supuesto ahora contemplado, olvidando y desconociendo (la entidad compradora) que el ofrecer cuando el destinatario reclama no es pagar, de-

(13) C.L. núm. 257; R.A. núm. 2452.

jando transcurrir el tiempo desde entonces sin tampoco abonar tal descubierto, ni tan siquiera con posterioridad a haber sido efectuado el requerimiento tantas veces aludido de 14 de septiembre de 1973.

Muy importante es la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1986 (14).

Los hechos de esta sentencia son los siguientes: El 31 de octubre de 1977, el actor compró a la demandada una oficina de farmacia en documento privado por precio que deberá ser satisfecho antes del 25 de diciembre del mismo año. Una vez efectuada la venta, la vendedora pretendió abrir una nueva farmacia en otra localidad, por lo que instó reiteradamente al comprador a que llevase a cabo las actuaciones pertinentes para que pudiera hacerse cargo oficialmente de la farmacia comprada; el comprador reconoció la urgencia de la contraparte, motivada por el hecho de la apertura de su nueva farmacia, y acordó con la vendedora un plazo que vencía en agosto de 1978. Para entonces, el comprador se había posesionado de la farmacia (despidiendo a un mancebo que trabajaba en ella y haciendo suyas las ganancias obtenidas de la venta de medicinas) y había comparecido ante Notario con la vendedora el 14 de abril de 1978, al objeto de formalizar en escritura pública un contrato de cesión de la referida farmacia, si bien a nombre de tercera persona a quien representaba el comprador. No obstante lo indicado, y ante la pasividad del comprador, la vendedora, el 28 de agosto de 1978, cursó instancia al Colegio Oficial de Farmacéuticos en solicitud de baja colegial y el consecuente cierre de la oficina a su nombre, lo que le fue concedido. El comprador formuló demanda en súplica de que se dictara sentencia resolviendo la venta y con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios. La sentencia fue desestimatoria de la demanda, al igual que la dictada en apelación por la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación en el que se denunció que el recurrente (comprador de la farmacia) había cumplido sus obligaciones sin que contrariamente mediase un parigual cumplimiento por parte de la vendedora recurrida, por lo que era procedente la resolución de contrato de compraventa de la farmacia.

Según el Tribunal Supremo, el motivo expuesto debe ser rechazado en atención a diversas razones. Primera, que, por lo que afecta a la vendedora recurrida, y como ya se ha hecho constar en el anterior fundamento, por parte de la misma se produjo una conducta integradora de un verdadero y propio cumplimiento de sus deberes contractuales, toda vez que entregó la farmacia vendida en las condiciones estipuladas y fue con posterioridad a tal entrega, y cuando después de advertir al comprador de su urgencia en que por éste se

(14) R.A. núm. 2835. Esta sentencia ha sido comentada por RUBIO TORRANO, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1986, núm. 11, pp. 3697-3705.

hiciera el cambio de titularidad, advertencias que fueron aceptadas por el citado comprador, quien, sin embargo, no operó el cambio de titularidad, cuando aquélla, obligada por tales circunstancias, se dio de baja en el Colegio de Farmacéuticos de Murcia, por lo que no cabe atribuirle las consecuencias que, en orden a la cosa vendida, se pudieran producir por tal hecho de la citada baja colegial. Segunda, que por lo que se refiere al comprador, y si bien es cierto que cumplió su obligación del pago del precio, también lo es que, como acertadamente razona la resolución recurrida, incurrió en la figura jurídica que la doctrina científica y jurisprudencial conoce por el nombre de mora del acreedor o «mora accipiendi», toda vez que se cumplen los requisitos que para su ocurrencia viene exigiendo la aludida doctrina, como son una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor, la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación y, finalmente, la falta de cooperación por parte del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación, determinando con ello su incumplimiento, figura ésta de la «mora accipiendi», cuyos efectos principales, son no sólo la exclusión de la mora del deudor, sino también la atribución al acreedor del riesgo de la pérdida de la cosa, por lo que en modo alguno puede en el caso que nos ocupa atribuirse a la vendedora la pérdida de la farmacia vendida, cuando consta no sólo su conducta de cumplimiento contractual, sino también la concurrencia de una mora por parte del comprador que hace recaer sobre el mismo el riesgo; razones todas ellas por las que procede la expresa desestimación de este segundo motivo.

Es evidente que el comprador de la farmacia no observó la carga de darse de alta en el Colegio de Farmacéuticos, a pesar de que la vendedora hubiese cumplido todas las obligaciones, habiendo tenido lugar la entrega de la farmacia y su toma de posesión por el comprador. El Tribunal Supremo destaca con claridad en la sentencia que la vendedora recurrida «entregó la farmacia vendida en las condiciones estipuladas».

No cabe duda de que el alta en el Colegio de Farmacéuticos es una carga del comprador para no perder la titularidad de la farmacia adquirida en virtud de la compraventa; pero con la entrega de la farmacia y la posesión de la misma por el comprador, dándose de baja la vendedora, se produjo la total liberación de ésta.

A nuestro juicio, una vez liberada la vendedora, es lógico que el comprador, que es propietario *civilmente* de la farmacia, aunque no se diera de alta en el Colegio de Farmacéuticos, habiéndose dado de baja la vendedora, sea el único que deba soportar el riesgo de la pérdida de la farmacia, al derivar exclusivamente de su conducta negligente.

Por último, hay que mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987, en la que se parte de que la vendedora puso a disposición de la compradora un equipo técnico para su instalación inmediata, de cuya programación estaba confeccionado a la fecha de la comunicación el 90 por 100, pero la oferta de entrega fue rechazada por carta de la compradora resolviendo el contrato, lo que impidió la entrega de todo ello, provocándose el incumplimiento contractual al incurrir en *mora accipiendi* la compradora. Para la implementación de lo programado urgía necesariamente la colaboración de la compradora, cuyos datos comerciales y contables tenían que ser objeto de análisis previo, ya que lo requería dicha labor informática, a lo que no se prestó la compradora.

La Audiencia Territorial, revocando en parte el fallo del Juez de Primera Instancia, condenó a la demandada a cumplir el contrato suscrito con la actora para la adquisición del equipo técnico, con abono íntegro del precio correspondiente, devengando intereses legales desde el 18 de diciembre de 1981 solamente la cantidad de 931.950 pesetas, y el resto del precio a partir del 28 de febrero de 1982. Además, a pagar la cantidad de 216.694 pesetas, importe de los gastos de hospedaje del empleado de la demandada, y a pagar la cantidad que resulte de deducir de 532.532 pesetas el importe de los gastos de programación por albaranes y facturas llevados a cabo por el empleado de la demanda y que se determinaran en ejecución de sentencia.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la demandada.

Según el Alto Tribunal, ante la situación fáctica declarada en la sentencia recurrida y no desvirtuada, no cabe deducir la infracción del ordenamiento jurídico que se invoca por la recurrente, tanto más cuanto que la consignación de la cosa, que en el motivo se califica como paradigmático en el justo cumplimiento de la obligación de entregar, cuando hay oposición a tal entrega, aparte de que no es viable enteramente cuando se trata de objetos de unas características como las de la implementación de programas, cuya ejecución precisa rigurosamente la actividad de quien los ha de recibir, es lo cierto que la consignación con todos sus requisitos legales lo que comporta es una liberación total del pago, pero la oferta real también tiene efecto positivo, aunque de menor alcance jurídico, cual es el de la constitución al acreedor en mora, que imposibilita la atribución del incumplimiento a quien ha de entregarla y no puede hacerlo por la negativa de quien ha de recibirla (sentencias de 9-7-41 y 5-6-44).

III. AUTONOMIA CONCEPTUAL DE LA MORA DEL ACREEDOR

Las sentencias expuestas parten de una base importante: la oferta no seguida de la consignación constituye al acreedor en mora, tal como afirma la importante sentencia de 9 de julio de 1941 y las sentencias que siguen su doctrina, cumpliéndose determinados requisitos.

De esta manera, nuestra jurisprudencia proclama, con carácter general, la autonomía conceptual de la mora del acreedor; lo cual es sumamente importante en nuestro Derecho al no existir en él una normativa que discipline en su conjunto la mora del acreedor. Precisamente, en la sentencia de 9 de julio de 1941 se cuestionó la autonomía conceptual de la mora del acreedor al referirse los artículos 1.176 y siguientes del Código civil al ofrecimiento de pago y la consignación, sin aludirse expresamente a aquélla.

Para determinar la importancia de la doctrina del Tribunal Supremo es oportuno reflejar el debate surgido en este punto, partiendo fundamentalmente de la teoría de Saleilles y de su comentario crítico.

Numerosos autores franceses han puesto en cuestión la propia existencia de la mora del acreedor en el Derecho francés, porque los artículos 1.257 y siguientes del Código civil francés se refieren exclusivamente a la oferta de pago y la consignación, que producen como efectos principales la liberación del deudor y la transmisión de los riesgos al acreedor (15).

La falta de normas en el Código civil francés que, con carácter general, se refieran al fenómeno de la colaboración del acreedor en el cumplimiento y la mora del acreedor es lo que ha hecho pensar de esta manera. Con notable claridad, Saleilles (16) afirma que en la legislación francesa no existe una teoría sobre la mora del acreedor, ya que en el caso de falta de aceptación del acreedor sólo se conoce la oferta real y la consignación. La oferta no es más que condición previa de la consignación y no produce efectos por sí misma. Este sistema contrasta con el alemán, que admite la mora del acreedor. Además, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.382 y siguientes del Código civil francés y los principios generales en materia de obligaciones, no parece posible construir una teoría de la mora del acreedor en el Derecho francés.

(15) SALEILLES: *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, París, 1901, p. 32. PLANIOL: *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, París, 1921, pp. 150 y ss. ESMEIN: *Obligations*, 2.^a parte, t. VIII, «Traité pratique de droit civil français», dirigido por PLANIOL y RIPERT, París, 1954, pp. 613 y ss.

(16) SALEILLES: *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, cit. p. 32.

Ante el panorama descrito, la doctrina francesa (17) más moderna destaca que el procedimiento especial configurado para resolver el problema que surge cuando el acreedor no acepta la prestación regularmente ofrecida por el deudor, a través del ofrecimiento real del pago y de la consignación del objeto debido, es demasiado complicado, si se compara con el configurado por otros ordenamientos extranjeros, como el alemán, que lo solucionan a través de la mora del acreedor, que es el contrapunto de la mora del deudor, ya que desde el momento en que el acreedor cae en mora, los riesgos son a su cargo y la deuda deja de producir intereses.

No parece irrefutable la argumentación de Saleilles y de los autores que sustancialmente piensan como él, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 1.382 y las normas que regulan la oferta real y la consignación. El propio Laurent (18) ya señala que el Código no habla de mora del acreedor (*demeure du créancier*), al menos no lo hace con términos formales. Sin embargo, no puede admitirse que la obligación no pueda ser cumplida por la culpa del acreedor; en este caso se dice que el acreedor está en mora.

Comentando la opinión de Laurent, Crome (19) precisa que no da razón alguna para justificar que la *mora accipiendi* implica la culpa del acreedor.

Para Pothier (20), la consignación es válida y equivalente al pago cuando el acreedor ha sido puesto en mora (*être mis en demeure de recevoir*) por oferta válida.

Precisamente, Domat (21) sólo se refiere a la consignación como medio de liberación del deudor, si bien implícitamente se está refiriendo, de igual manera que Pothier, a la mora del acreedor cuando dice que sólo está permitido al deudor consignar si el acreedor ha rehusado recibir el pago.

Parece, por tanto, evidente que, si bien Pothier y Domat no desarrollaron una teoría de la mora del acreedor, estos autores parten de ella. Esto se advierte con claridad en los trabajos preparatorios del Código de Napoleón, donde se tiene presente el pensamiento de

(17) WEILL y TERRÉ: *Les obligations*, en «Droit civil», París, 1980, p. 1035. H. L. y J. MAZEAUD: *Obligations. Théorie générale*, 6.^a edición, por CHABAS, en «Leçons de droit civil», París, 1978, p. 913.

(18) LAURENT: *Principes de droit civil français*, t. VI, París-Bruselas, 1875, p. 312. Ver también TOULLIER: *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, Bruselas, 1829-1834, t. IV núm. 221, p. 103.

(19) CROME: *Teorie fondamentali delle obbligazioni del diritto francese*, traducción con notas de ASCOLI y CAMMEO, Milán, 1908, p. 190, nota 16.

(20) POTHIER: *Traité des obligations*, en «Oeuvres de POTHIER contenant les Traités de droit français», vol. I, nueva edición de DUPIN, París, 1835, p. 339.

(21) DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1767, p. 284.

Domat y Pothier (22). Precisamente Mouricault (23) señala que el deudor debe cumplir todas las formalidades para que el acreedor sea advertido, para que sea puesto en mora..., y es a la observancia escrupulosa de estas formalidades que la validez de las ofertas y de la consignación están vinculadas, ya se trate de pagar una suma, ya se trate de entregar una cosa.

Es sorprendente que la doctrina francesa no haya tenido en cuenta la importante aportación de Crome (24), que examina la mora del acreedor en el Derecho francés, contrastando con la actitud de la doctrina italiana, claramente influida por el pensamiento de este autor alemán, cuya obra ha sido traducida al italiano por Ascoli y Cammeo. Crome acepta básicamente los postulados de Kohler, que en lo esencial no están en contra de la normativa del Código civil francés.

Señala Crome (25) que la teoría de la *mora accipiendi* es pobremente tratada en la literatura francesa. Casi todos los autores la abordan con dos palabras, por el motivo de que el Código civil francés no la trata de modo especial, no produciendo otro efecto que el de atribuir al deudor el derecho a depositar la cosa debida. Cuando aparece en el Código alguna referencia a la mora del acreedor, consideran la norma como disposición especial o como excepción. De esta manera se olvida, según Crome, que la Ley no es un tratado y que ha de considerarse como un mérito de ésta la limitación a las disposiciones estrictamente necesarias. El Código civil francés parte del concepto conocido en su tiempo de que la mora del acreedor y la mora del deudor no son dos institutos paralelos, sino que se fundan en bases esencialmente diversas. La falta de una definición de la *mora accipiendi* en el Código civil no puede conducir a engaño. Los requisitos de la misma derivan del concepto de la obligación y de varios puntos de apoyo en la Ley. Una cosa deriva ante todo del concepto. La obligación constituye para el acreedor un derecho a la prestación, no un deber: el deudor es el obligado, no el acreedor; el deudor debe llevar a cabo la prestación, el acreedor no está obligado a recibirla. Si el mismo estuviese obligado no sería acreedor. Por este razonamiento es ilógico el hacer depender la *mora accipiendi* de la culpa del acreedor. La *mora accipiendi* y la *mora debendi* tienen fundamentos tan diversos como el del derecho y el del deber.

Tampoco el Código civil italiano de 1865 disciplinó con carácter general la mora del acreedor, estableciendo sus requisitos y efectos.

(22) FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, reimpresión de la edición de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 313 y 414.

(23) FENET: *Recueil complet*, t. XIII, *cit.*, p. 433.

(24) CROME: *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, *cit.*, pp. 185 y ss.

(25) CROME: *Loc. cit. ant.*

Sólo se ocupó el legislador italiano de 1865 de disciplinar la oferta real y el depósito liberatorio. Sin embargo, Chironi (26) y Scuto (27) no aceptan el razonamiento de Saleilles, de tal manera que en el caso de falta de cooperación, es decir, de aceptación tempestiva de la prestación, sólo se conoce la oferta real y del depósito liberatorio. Según Scuto (28), la mora del acreedor aparece contemplada en varios artículos (artículos 1.635 y 1.637), estando implícitamente aceptada en la normativa sobre la oferta real y el depósito liberatorio.

Nuestro Código civil no ha establecido una disciplina general sobre la mora del acreedor. En los artículos 1.176 y siguientes se habla exclusivamente del ofrecimiento de pago y de la consignación, siguiéndose así el ejemplo del Código civil francés (artículos 1.257 y ss.). En el artículo 1.776 se alude igualmente tan sólo a la consignación. Precisamente, García Goyena (29), al comentar los artículos 1.107 y siguientes del Proyecto de 1851, pone en conexión estos preceptos con el Código civil francés y también con las Partidas (Ley 8, título 14, Partida 5.^a). En esta línea no falta autores (30) que, al examinar la normativa del Código civil sobre el ofrecimiento de pago y la consignación, no se refieren a la mora del acreedor. Sin embargo, esto no implica que nuestro Código civil la desconozca, de tal forma que, como señaló Saleilles en relación con el Derecho francés, no sea posible configurar su régimen jurídico en nuestro Derecho. El artículo 1.176 del Código civil presupone la mora del acreedor, pues la negativa sin razón a admitir el pago regularmente ofrecido constituye al acreedor en mora. Refiriéndose a la consignación como modo de extinguir las obligaciones en todos los contratos, ya decía Heineccio (31) que procede siempre que el acreedor es moroso en recibir, o que no quiere o no puede recibir el dinero que se le ofrece, con lo cual, lógicamente, Heineccio, de igual manera que nuestro Código civil, conecta la mora del acreedor a la oferta de pago y la consignación. Esta idea aparece nítidamente descrita por la doctrina del Derecho común, por los comentaristas de las Partidas, por Pothier y en los trabajos preparatorios del Código de Napoleón, y por nuestra doctrina del

(26) CHIRONI: *La culpa en el Derecho civil moderno* (trad. esp. por POSADA), Madrid, 1907, p. 811.

(27) SCUTO: *La mora del creditore*, Catania, 1905, pp. 9 y 10.

(28) SCUTO: *Loc. cit. ant.*

(29) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (reimpresión de la edición de Madrid de 1852), Zaragoza, 1974, p. 593.

(30) SCAEVOLA (*Código civil*, t. XIX, 2.^a edición redactada por MARÍN PÉREZ, Madrid, 1957, pp. 577-578), considera que la negativa del acreedor a recibir la prestación no tiene nada en común con la definición y los efectos de la mora. No se ha inventado la palabra morosidad, sino para señalar un accidente del cumplimiento de las obligaciones.

(31) HEINECCIO: *Recitaciones del Derecho civil romano* (traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por COLLANTES y BUSTAMANTE), Valencia, 1888, p. 140.

siglo XIX, tal como vamos a exponer al evidenciar que la culpa del acreedor no es en nuestro Derecho un presupuesto necesario de la mora del acreedor, y, en definitiva, que no se basa en el incumplimiento culpable de una obligación de cooperación del acreedor.

El reconocimiento legal de la mora del acreedor en nuestro Derecho se deduce, a nuestro juicio, con claridad meridiana del artículo 332 del Código de comercio, que pone en conexión expresamente la mora del comprador, por no hacerse cargo de las mercancías, y el depósito judicial, es decir, la consignación a que se refieren los artículos 1.176 y siguientes del Código civil. En realidad, lo que nuestro legislador ha hecho es regular el más importante efecto de la mora del acreedor, o sea, la posibilidad de la liberación del deudor mediante la consignación de la cosa debida.

Para comprender todo lo afirmado hay que tener en cuenta también que en diversos preceptos se aplica el instituto de la mora del acreedor. Los artículos 1.185, 1.452 (último párrafo), 1.505, 1.589 y 1.590 del Código civil, 332 y 369 del Código de comercio y el reciente artículo 48 de la Ley Cambiaria y del Cheque constituyen aplicaciones concretas de la mora del acreedor.

Los artículos 1.505 del Código civil y 332 del Código de comercio hablan expresamente de la constitución en mora. El artículo 1.505 del Código civil permite la resolución de la venta de bienes muebles cuando el comprador no se presente a recibirlos o, lo que es igual, cuando incurre en mora. A su vez, los artículos 1.589 y 1.590 del Código civil se refieren a la morosidad en recibir la obra construida. Finalmente, el artículo 48 de la Ley Cambiaria y del Cheque parte de la morosidad en la presentación de la letra de cambio al pago.

Parece, por consiguiente, fuera de toda duda el reconocimiento de la figura de la mora del acreedor en nuestro Derecho (32), resi-

(32) En este sentido, OYUELOS: *Digesto*, t. V, Madrid, 1928, p. 164. EYRE: *Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial*, en «RJC», 1946, página 26. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, 2.ª edición al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1954, pp. 295 y ss. SANTOS BRIZ: *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. III, Madrid, 1974, pp. 543 y ss. ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1978, pp. 210 y 211. ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, «Derechos y obligaciones», vol. 1.º, Barcelona, 1983, pp. 152 y ss. DíEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., pp. 152 y ss. DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1959, p. 53. BELTRÁN de HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, p. 476. NART: *Pago por consignación*, en «RDP», 1951, p. 208. CANO MATA: *La consignación*, en «ADC», 1969, página 755. BERCOVITZ, RODRIGO: *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, Madrid, 1980, p. 239. DE DIEGO LORA: *La consignación judicial*, Barcelona, 1952, p. 44. NÚÑEZ BOLUDA: *Notas para un estudio sobre la consignación*, en «RGLJ», 1982, p. 179. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. X, Madrid, 1905, pp. 696 y 697. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, «Derecho de obligaciones», vol. 1.º, Barcelona, 1977, pp. 112 y si-

diendo los problemas, no tanto en esta cuestión como sobre todo en perfilar su régimen jurídico, ya que existen solamente en nuestro Derecho aplicaciones concretas.

IV. PRESUPUESTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR

El problema que representa la ausencia de una normativa que regule unitariamente la mora del acreedor ha sido solucionado en buena medida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, lógicamente, por la doctrina científica, que inspirándose en los principios que informan la figura ha precisado sus presupuestos.

Para que la mora del acreedor surja se requiere la concurrencia de varios presupuestos, que vamos a analizar a la luz de la jurisprudencia.

1. Realización por el deudor de todo lo necesario para la ejecución de la prestación

Todas las sentencias que declaran la mora del acreedor parten de la base de que el deudor ha realizado todo cuanto dependía de él para que tenga lugar el pago o cumplimiento del deber de prestación. Así, ha llevado a cabo un ofrecimiento de pago que se ajusta perfectamente a los requisitos subjetivos y objetivos que son exigidos por la Ley para el pago o cumplimiento. Con carácter general, la sentencia de 30 de mayo de 1986 menciona como requisito necesario de la mora del acreedor el referente a la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación.

No cabe duda de que el artículo 1.177, párrafo segundo, del Código civil evidencia este presupuesto de la mora del acreedor, ya que la consignación presupone la misma. La carga del acreedor de cooperar en el cumplimiento facilitando la liberación del deudor está en relación directa con la existencia de un ofrecimiento de pago que sea exacto y regular.

guintes. CAÑO MARTÍNEZ DE VELASCO: *La mora*, Madrid, 1978, pp. 85 y ss. CRISTÓBAL MONTES: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, p. 198. PASCUAL ESTEVILL: *El pago*, Barcelona, 1986, pp. 366 y ss. RUIZ SERRAMALERA: *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Madrid, 1981, p. 230. TORRALBA: *Lecciones de Derecho civil*, vol. 1, Barcelona, 1984, p. 494. OSSORIO MORALES: *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos. Parte general*, 2.ª edición revisada y puesta al día por Ossorio Serrano, Granada, 1986, p. 123. CASTÁN-GARCÍA CANTERO: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, «Derecho de obligaciones», Madrid, 1983, p. 217. PUIG BRUTAU: *La mora*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. XVI, Barcelona, 1978, p. 648. MALUQUER DE MONTES: *Ofrecimiento de pago*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. XVIII, Barcelona, 1986, p. 430.

Nuestro Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, determina que para que el ofrecimiento de pago produzca los efectos previstos en los artículos 1.176 y siguientes del Código civil (los derivados de la *mora creditoris* y la consignación) es preciso que responda fielmente a todos los requisitos del pago y, en concreto, a los siguientes:

1.º) *Tiene que ser incondicional.*— Según la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1906 (33), es razón bastante para rechazar el ofrecimiento y consignación si aquél se hace de forma condicional. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1958 (34): Que disponiendo el artículo 1.177 del Código civil que toda consignación para ser eficaz ha de ajustarse de modo estricto a las disposiciones que regulan el pago, y el 1.157, que no se aprovechase éste sino cuando se entregue completamente, *sin condiciones ni reserva alguna*, siendo tal forma la única que libera y extingue la obligación que presupone, al no haber sido éste así efectuado a los arrendadores, respecto a la renta adecuada, y ser la consignación verificada con la salvedad de que, al ser ofrecida la cantidad, fuesen los demandados requeridos para otorgar en escritura pública el contrato de arrendamiento a que responde la indicada suma, ingresándose, de no acceder, la suma entrega en la caja de depósito, es visto que tanto el ofrecimiento como la consignación no han estado ajustados a las reglas establecidas en los artículos 1.176 a 1.178 del Código civil.

Como es lógico, el requisito del carácter incondicional no se elude, tal como se infiere de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1977 (35), cuando en las obligaciones recíprocas la oferta de una de las partes se condiciona a la de la otra.

2.º) *Tiene que ser hecho al acreedor o a su apoderado.*— Según la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1946 (36), el pago, como modo extintivo de la obligación con su efecto liberatorio del obligado, y lo mismo su oferta al acreedor que voluntariamente no lo acepta, exigen para que puedan reputarse bien hechos y producir aquel efecto, entre otros requisitos, además del que se entreguen totalmente la cosa prestada o el dinero en la misma cuantía y especie que la cantidad debida, el que se hagan a persona a quien la prestación se debe o a otra autorizada para recibirla en su nombre, según se preceptúa en los artículos 1.157, 1.162 y 1.170 del Código civil; y de ello se sigue que acertadamente procedió la Sala de lo civil de Valencia al no estimar bien hecho y liberatorio un pago que, prescindiendo de la circunstancia de haberse intentado en moneda que

(33) C.L. núm 145.

(34) C.L. núm 34; R.A. núm. 545.

(35) C.L. núm. 7.

(36) C.L. núm. 835; R.A. núm. 141.

como la puesta en circulación en tiempo y zona de dominio rojo, ya al final de éste, se hallaba notoriamente depreciada, caso previsto en el contrato de préstamo, se ofreció a quien no era entonces representante, con facultad para recibirlo, del acreedor.

En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1943 (37) considera que la Ley exige, como trámite primero, el ofrecimiento de pago a la persona a cuyo favor estaba constituida la obligación, extremo que no aparece acreditado en autos se llevase a cabo, como indirectamente exige el artículo 1.178 del Código civil.

3.º) *Tiene que hacerse en momento oportuno y en el lugar del pago.*— Siguiendo el camino emprendido por la sentencia de 3 de marzo de 1928 (38) y proseguido por las sentencias de 24 de noviembre de 1943 (39), 27 de abril de 1945 (40) y 18 de junio de 1948 (41), nuestro Tribunal Supremo considera en la importante sentencia de 26 de noviembre de 1948 (42) que el ingreso en cuenta bancaria cumple el requisito exigido por el artículo 1.162 del Código civil como pago hecho a quien está autorizado para recibirlo y constituye una de las múltiples formas de eficaz extinción de las obligaciones, salvo que el acreedor rehúse justificadamente el ingreso por no ser ajustado a las normas que en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación regulan el pago, según los artículos 1.166, 1.169, 1.170 y 1.171 del referido texto legal, debiendo entenderse que el silencio del acreedor, tal como se precisan sus efectos en la sentencia de 24 de noviembre de 1943, puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago.

En sentido semejante se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de noviembre de 1950 (43).

Muchos de los casos de pago en cuenta corriente se producen mediante transferencia bancaria. La sentencia de 3 de marzo de 1928 (44) acepta sin más un pago realizado mediante transferencia bancaria. En cambio, la sentencia de 29 de mayo de 1978 (45) no declara válido el pago por transferencia porque la Caja de Ahorros carecía de autorización para cobrar.

(37) C.L. núm. 94; R.A. núm. 100.

(38) C.L. núm. 34.

(39) C.L. núm. 62; R.A. núm. 1292.

(40) C.L. núm. 129; R.A. núm. 685.

(41) C.L. núm. 257; R.A. núm. 960.

(42) C.L. núm. 257; R.A. núm. 1273. Comentada por Díez-PICAZO, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 1.º, Madrid, 1979, pp. 495-496.

(43) C.L. núm. 381; R.A. núm. 1551.

(44) C.L. núm. 34.

(45) C.L. núm. 200; R.A. núm. 1925.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1896 (46), es motivo para rechazar la consignación ofrecerse después de haber vencido el plazo de la obligación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1917 (47) rechaza la eficacia de una consignación por haber transcurrido con exceso el plazo convenido para el pago del precio estipulado respecto a la casa a que el recurso se contrae, negándose, con razón, a admitirla el vendedor, y no se infringe, por tanto, el artículo 1.176 del Código civil.

También tiene un gran interés la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1924 (48) al decir que la sentencia recurrida declara probado hasta por las propias manifestaciones de la parte demandada que ésta no ha hecho entrega a la demandante de parte del precio de las mismas a que se refiere el presente pleito, que quedó aplazado hasta que aquéllas fueran inscritas a nombre del comprador; y que el hecho de haber depositado la expresada cantidad en el *Crédit Lyonnais*, primeramente, y después en el Banco de Bilbao, sin que conste que el depósito estuviera a disposición de la vendedora, no puede estimarse como pago que extingue la obligación, de donde resulta que no existe el error de hecho que se alega ni infracción del artículo 1.176, toda vez que el Tribunal de instancia ha interpretado acertadamente el citado artículo y las demás disposiciones legales y doctrina citada en el mismo motivo al negar eficacia a la obligación contraída.

En un caso de desahucio de finca urbana por falta de pago del alquiler, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 enero 1930 (49) afirma que comprobada la morosidad en el cumplimiento de la obligación de pago no puede quedar enervada en los efectos que la Ley atribuye a dicha infracción contractual, ni por la consignación, ni por la posterior entrega de lo consignado a los dueños del inmueble; porque la consignación liberatoria de la obligación de pago debe ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación y ajustarse a los términos en que el pago se hubiese estipulado si se negase a recibirlo al acreedor para que pudiera producir los efectos que previene el Código civil en los artículos 1.176 y 1.177 y para que sirviese a los arrendatarios de arma procesal con que impedir el desahucio y conseguir la próroga voluntaria del arrendatario.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1941 (50), la consignación, como medio de extinguir las obligaciones,

(46) C.L. núm. 39.

(47) C.L. núm. 4.

(48) C.L. núm. 2.

(49) C.L. núm. 21; R.A. núm. 543.

(50) R.A. núm. 323.

requiere para ser eficaz que se ajuste estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, entre ellas las de los artículos 1.169 y 1.555, número 1.º, del Código civil, que exigen el pago «total» y en la «fecha» convenida, y si además del efecto meramente liberatorio de deuda ha de servir para evitar el desahucio de finca rústica, ya intentado, es preciso que se realice dentro de los ocho días siguientes al de la citación para el juicio, quince días señalaba la Ley de 2 de junio de 1936, y que sea extensiva a la renta en descubierto, e intereses de demora y costas, según dispone el artículo 29, párrafo segundo, de la Ley de 15 de marzo de 1935; por lo que es visto que la consignación hecha por el demandado el 30 de septiembre de 1938, cuando había transcurrido más de cuatro meses desde que había sido citado, y limitada al importe de las rentas vencidas, carece de eficacia para impedir el desahucio por extemporánea e insuficiente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1970 (51) accede a la resolución de una compraventa, a pesar de la consignación del precio pendiente, por no haberse hecho a tiempo. Concretamente se afirma lo siguiente: Si los demandados requirieron primero y llegaron a consignar judicialmente después la cantidad que como precio de los locales había sido fijada lo fue con posterioridad al plazo concedido en el requerimiento del que antes se hizo mérito, el contrato estaba incurso en causa de resolución bastante para justificar la negativa de los actores a recibir dicha suma, puesto que no podía purgar tan extemporánea consignación el señalado vicio.

No sólo importa que no se haga demasiado tarde, sino también, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1971 (52), que no se realice antes de tiempo.

4.º) *La prestación ofrecida ha de ser íntegra e idéntica a la que constituye el objeto de la obligación, incluidos los accesorios.*— En diversas sentencias nuestro Tribunal Supremo no concede eficacia a la consignación realizada en moneda fuertemente devaluada. Las sentencias de 29 de abril de 1946 (53), 23 de noviembre de 1946 (54), 12 de marzo de 1946 (55), 22 de marzo de 1947 (56), 4 de junio de 1944 (57), 9 de enero de 1950 (58), 25 de junio de 1948 (59), 11 de mayo de 1951 (60) y 3 de octubre de 1955 (61) son muy significativas

(51) C.L. núm. 510; R.A. núm. 4751.

(52) C.L. núm. 614; R.A. núm. 5233.

(53) C.L. núm. 102; R.A. núm. 691.

(54) C.L. núm. 225; R.A. núm. 127 (año 1947).

(55) C.L. núm. 65; R.A. núm. 267.

(56) C.L. núm. 82; R.A. núm. 447.

(57) R.A. núm. 949.

(58) C.L. núm. 12; R.A. núm. 19.

(59) C.L. núm. 192; R.A. núm. 965.

(60) C.L. núm. 154; R.A. núm. 1321.

(61) C.L. núm. 361; R.A. núm. 2733.

sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1982 (69), ya que los artículos 1.166 y 1.176 del Código civil se contraen a la entrega de cosa distinta de la debida, es decir, a la específica obligada a entregar, pero no a una cantidad superior a la de hacer efectiva, dado que esto simplemente significa entregar más de lo obligado, que como de tal índole es eficiente a efectos de ofrecimiento de pago y consignación, en aplicación del principio esencial en Derecho de que lo más cuantitativo evidentemente comprende lo menos.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1946 (70), 9 de enero de 1950 (71), 9 de febrero de 1950 (72) y 11 de mayo de 1951 (73) rechazan la validez de las consignaciones realizadas por no comprender los intereses de las cantidades adeudadas.

El requisito que estamos examinando impide que la oferta y consiguiente consignación se puedan hacer cuando la obligación sea indeterminada o no sea líquida.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1916 (74), no procede tener por bien hecha ni por eficaz la consignación, a fin de librar de responsabilidades a un deudor, cuando al hacerla se desconoce si lo consignado es lo debido en una o en varias obligaciones que nacieron sin convenio y las partes interesadas no están de acuerdo, ni los Tribunales competentes hicieron declaración previa sobre la existencia de la deuda, su cuantía y límites de lo que deba entregarse en pago al acreedor, porque, en tal supuesto, y así ocurre en el caso de autos, falta el elemento indispensable para que puedan declararse extinguidas aquellas obligaciones tan indeterminadas.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1950 (75) afirma que no reúnen las condiciones de los artículos 1.176 y siguientes del Código civil la entrega en el Juzgado de Paz de cantidades de dinero sin expresar concretamente a qué períodos de arrendamiento se referían, y sin previo aviso al acreedor, ni menos puede darse valor jurídico de notificación de la consignación, ni siquiera a los efectos de la *mora accipiendi* que tratan las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1941 y 21 de junio de 1947, al que dijera de palabra el Secretario del Juzgado al actor que habían dejado para él en el Ayuntamiento unos dineros sin liquidación alguna.

Este requisito presupone, como se desprende de lo expuesto, que la obligación es objetivamente cumplible y que el deudor

(69) C.L. núm. 77; R.A. núm. 1278.

(70) C.L. núm. 65; R.A. núm. 267.

(71) C.L. núm. 12; R.A. núm. 19.

(72) C.L. núm. 67; R.A. núm. 343.

(73) C.L. núm. 154; R.A. núm. 1321.

(74) C.L. núm. 80.

(75) C.L. núm. 383; R.A. núm. 1833.

en este sentido, refiriéndose todas ellas a la consignación hecha en moneda republicana. Así, la sentencia de 25 de junio de 1948 afirma que de la indiscutida desvalorización del signo monetario marxista, casi total en el mes de enero de 1939, ha de seguirse necesariamente que la consignación discutida quedó desprovista del efecto extintivo de una deuda que, conforme al artículo 1.157 del Código civil, no se puede entender pagada al no haberse consignado completamente su importe.

En otro caso, la sentencia de 23 de noviembre de 1946 precisa que pactada la devolución del préstamo en moneda corriente y legítima de oro o plata gruesa, la consignación hecha en moneda roja no produce, por evidente depreciación de la misma, los efectos liberatorios que el artículo 1.177 del Código civil atribuye al pago.

Es ineficaz el ofrecimiento de pago y la consignación de una suma de dinero que es inferior a la debida, como ha puesto de relieve la jurisprudencia.

Las sentencias de 18 de junio de 1902 (62) y 15 de febrero de 1905 (63) afirman que no libra de responsabilidad al deudor ni carece de razón el acreedor que rechaza la consignación de cantidad menor a la adeudada.

La sentencia de 3 de noviembre de 1943 (64) señala que afirmado por la sentencia recurrida como hecho cierto que no era la cantidad debida, sino otra mayor que no fue ofrecida ni consignada, es evidente que tal consignación no puede producir la liberación total del deudor, toda vez que, según el artículo 1.177 del Código civil, la consignación es ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, y entre éstas se encuentra el artículo 1.557 del mismo Código, que establece que no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiera entregado la cosa o hecho la prestación en que consistía.

En análogo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1955 (65), 8 de junio de 1952 (66), 8 de febrero de 1957 (67) y 25 de septiembre de 1986 (68).

Lógicamente, el ofrecimiento de pago de mayor cantidad de la debida es eficaz a los efectos de la consignación. Así lo afirma la

(62) C.L. núm. 176.

(63) C.L. núm. 60.

(64) C.L. núm. 41; R.A. núm. 1166.

(65) C.L. núm. 361; R.A. núm. 2733.

(66) C.L. núm. 270; R.A. núm. 1554.

(67) C.L. núm. 102; R.A. núm. 390.

(68) R.A. núm. 4789.

actitud de activa cooperación en interés ajeno (76). La buena fe se dirige no sólo al deudor, sino también al acreedor, señalando que éste ha de actuar según las normas de la lealtad y la confianza. Por ello, el concurso del titular del derecho de crédito a la liberación entra de lleno en el clima de la buena fe negocial (77), ya que la buena fe es una «standard» jurídico, o sea, una conducta socialmente considerada como arquetipo o, si se quiere, una conducta social que es exigible conforme a un imperativo ético (78). Ha de ser entendida como un criterio de valoración de determinadas conductas, que tiene en cuenta no sólo la honradez subjetiva de la persona, sino especialmente las reglas objetivas de honradez en el tráfico jurídico. Como precisa Larenz (79), uno de los sectores de orientación para la concreción del principio de la buena fe son los usos del tráfico. Tienen importancia, porque, en general, se puede suponer que cuando no aparece ningún otro criterio, el otro contratante se comportará como es normal en el tráfico. Wieacker habla por esto de «reglas elementales en la práctica» que han encontrado su precipitación en la totalidad de las decisiones conocidas, *rationes decidendi*, máximas, reglas y directrices que en una jurisprudencia dada se han ido convirtiendo en convenciones de validez general (80).

La doctrina italiana ha subrayado con precisión la conexión que existe entre la buena fe y la cooperación del acreedor cuando tiene lugar el ofrecimiento de pago.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil italiano de 1942, Bellini (81) ya puso de relieve que la cooperación del acreedor en el cumplimiento deriva de una ley moral que impone actuar

(76) BETTI: *Teoría general de las obligaciones* (trad. esp. por De los Mozos), Madrid, 1969, pp. 81 y ss.

(77) BETTI: *Loc. cit. ant.* DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., p. 363, y *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 157 y 158. LARENZ *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, Munich, 1982, pp. 128 y 129. BRECCIA: *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, 1968, pp. 55 y ss. ALPA: *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, en «Revista di Diritto Commerciale», 1971, pp. 287 y ss. VISINTINI: *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979, pp. 81 y ss. ALONSO PÉREZ: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pp. 46 y ss.

(78) DIEZ-PICAZO: *La doctrina de los propios actos*, cit., pp. 137 y 138. MONTES: *Comentario al artículo 7-1 del Título Preliminar*, en «Comentarios a las reformas del Código civil», t. I, Madrid, 1976, pp. 361 y ss. COSSÍO: *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pp. 33, 34, 244 y 245. LASARTE: *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, en «RDP», 1980, pp. 75 a 78. JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 138. ESPERT: *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968, p. 127.

(79) LARENZ: *Derecho justo* (trad. esp. por Diez-Picazo), Madrid, 1985, pp. 97 y 98.

(80) *Vid.* también MONTES, *Loc. cit. ant.*

(81) BELLINI: *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, en «Revista di Diritto Civile», 1921, pp. 50 y ss.

es capaz de cumplirla. Ha de existir una obligación exigible y vencida, como dice la mencionada sentencia de 30 de mayo de 1986, y el deudor ha de haber realizado ya cuanto estaba en su mano para que el resultado de prestación pudiera ser alcanzado por el acreedor.

Es fácil comprender, por tanto, que no surge la mora del acreedor si, antes del término fijado para el cumplimiento, se ha producido la imposibilidad sobrevenida de la prestación, aunque sea por causa imputable al acreedor. En tal caso se aplicarán los artículos 1.182 y 1.184 del Código civil, de forma que el deudor quedará liberado. En esta hipótesis no se puede hablar de mora, porque ésta sólo puede surgir cuando la prestación es posible y la obligación continúa subsistiendo.

2. Falta de la necesaria cooperación del acreedor

Como antes decíamos, el deudor ha ejecutado cuanto estaba en su mano para que el acreedor alcance su satisfacción, por lo que ésta ya solamente depende del mismo. Por ello, la causa de la mora del acreedor se encuentra en que no coopera en el cumplimiento como es necesario, negándose sin justa causa a recibir el pago ofrecido.

Nuestra jurisprudencia se refiere a este presupuesto de la mora del acreedor al decir la sentencia de 30 de mayo de 1986 que la mora del acreedor requiere la falta de cooperación por parte del acreedor.

La sentencia de 15 de junio de 1987 destaca la importancia de la colaboración del acreedor en el cumplimiento, máxime cuando la implementación de lo programado urgía necesariamente la colaboración de la compradora, cuyos datos comerciales y contables tenían que ser objeto de análisis previo, ya que lo requería dicha labor informática, a lo que no se prestó la compradora, que incurrió en *mora creditoris*.

Hay que tener en cuenta que la implementación de programas precisa necesariamente la actividad de quien los ha de recibir.

La necesidad de dicho concurso se desprende del artículo 1.176 del Código civil, ya que el acreedor no puede negarse a admitir el pago ofrecido si no existe una razón que lo justifique.

El concurso del acreedor está en clara conexión con el principio de la buena fe, de tan gran importancia en el marco de la relación obligatoria. Se señala que la buena fe contractual es esencialmente fidelidad y compromiso de cooperación. En el sentido impositivo que asume en el ámbito de las relaciones obligatorias, consiste en una

correctamente, lo cual determinada un grado de exigencia que varía según las diversas relaciones y circunstancias.

Miccio (82), al referirse a la tesis que configura la cooperación del acreedor como una carga, dice que en muchos aspectos ésta es análoga a los deberes de protección, que se fundamentan en el deber general de corrección que las partes han de observar en la relación obligatoria.

En parecida dirección, Visintini (83) sitúa la mora del acreedor en el ámbito de la cooperación del acreedor en la ejecución de la relación obligatoria en virtud del principio de la buena fe, como especificación de la corrección (*correttezza*) (artículos 1.175 y 1.375 del Código civil italiano).

Nos parece muy acertada la idea señalada por Perlingieri (84), teniendo en cuenta tanto nuestra Constitución como nuestro Código civil, de que el comportamiento diligente del acreedor (o el deudor), el comportamiento de buena fe o conforme a las normas de corrección del acreedor (o del deudor), es un parámetro que ha de entenderse según los valores fundamentales del ordenamiento, entre los que figuran en primer lugar los valores constitucionales. Así, los valores de tutela de la persona humana y los derechos fundamentales del individuo (art. 10, párrafo 1.º de la Constitución) penetran a través de las cláusulas generales, incluso en los sectores más técnicos del Derecho civil, como es el Derecho de obligaciones.

Desde esta perspectiva, la propia Constitución justificaría la carga de cooperación del acreedor en el cumplimiento. Se puede concluir, según Perlingieri, que en las relaciones entre acreedor y deudor la norma constitucional tiene una presencia y funciona como criterio de valoración de los comportamientos. Ella expresa los valores fundamentales de tipo jurídico a los que el intérprete debe referirse para decidir si la conducta es diligente o no, si es buena fe o no, si es vejatoria o no, porque este es el deseo del constituyente y es esto lo que se deduce de los principios de la teoría de la interpretación.

Apreciamos que nuestra jurisprudencia no califica jurídicamente la cooperación del acreedor en el cumplimiento, limitándose a decir que uno de los requisitos de la mora del acreedor es el de la falta de cooperación del acreedor (sentencia 30 de mayo de 1986).

Es importante señalar, sin embargo, que ninguna sentencia afirma que el acreedor está obligado a recibir la prestación oportunamente

(82) MICCIO: *I Diritti di credito*, vol. I; *Lineamenti generali*, Turín, 1971, p. 253.

(83) VISINTINI: *Obbligazioni e contratti*, en «Trattato di diritto privato», dirigido por Rescigno, t. IX, vol. 1.º, Turín, 1980, pp. 133 y ss.

(84) PERLINGIERI: *Por un Derecho civil constitucional español*, en «ADC», 1983, pp. 10 y 14. También *Aspectos problemáticos del Derecho de obligaciones*, en «RDP», 1983, p. 58.

ofrecida por el deudor o a prestar la necesaria cooperación en el cumplimiento.

La jurisprudencia italiana, en cambio, se ha pronunciado sobre el problema de la configuración jurídica del concurso del acreedor en el cumplimiento, adhiriéndose a la tesis de la carga de cooperación, negando que exista una obligación del acreedor (85). La Corte de Casación en la sentencia de 5 de junio de 1954 afirma que el acreedor no está obligado a recibir la prestación, y en la sentencia de 14 de enero de 1959 entiende que, salvo el supuesto de pacto específico, no existe en nuestro sistema un derecho del deudor a obtener que el acreedor reciba la prestación o preste la necesaria colaboración para que el deudor pueda cumplir su prestación. La colaboración del acreedor constituye una carga y no una obligación a su cargo.

En el plano doctrinal, la mayor parte de los autores no encuentran el fundamento de la mora del acreedor en el cumplimiento de una obligación del mismo, sino en la inobservancia de una carga de cooperación, dirigida a facilitar la liberación del deudor.

La doctrina alemana (86) considera que los párrafos 293 a 304 del BGB, que disciplinan la mora del acreedor, no justifican ningún tipo de obligación (*Verbindlichkeit*), sino una pura carga (*Obliegenheit*) del acreedor. La falta de aceptación de la prestación (oportuna-mente ofrecida) no representa el incumplimiento de una obligación. El paralelismo entre la mora del acreedor y la mora del deudor es sólo externo y aparente.

En la doctrina italiana es Cattaneo el autor que, a nuestro juicio, ha solucionado de forma más convincente el problema de la configuración jurídica de la cooperación del acreedor en el cumplimiento, demostrando con múltiples argumentos que constituye una carga (*onere di cooperare*), ya que está superada la tesis que estimaba incompatible con el derecho a la prestación la existencia de una carga de cooperación para recibirla o hacerla posible.

Cattaneo profundiza en el problema teniendo en cuenta los principios fundamentales del Derecho de obligaciones la función del instituto de la mora del acreedor y la normativa que la disciplina. Según

(85) *Vid.* TONDO: *Delle obbligazioni in generale, adempimento a mora del creditore*, en «Comentario teórico-práctico al Codice civile», dirigido por De Martino, Turín, 1970, p. 462. DISTASO: *Della mora del creditore. Rassegna di giurisprudenza*, en «Banca, Borsa e Titoli di Credito», 1970, pp. 442 y ss.

(86) REIMER SCHMIDT: *Die Obliegenheiten*, Karlsruhe, 1953, pp. 146 y ss. FIKENTSCHER: *Schuldrecht*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 223. WOLFF: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I; *Allgemeiner Teil*, Köln, 1978, pág. 518. KRAMER: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, en «Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch», t. II, Munich, 1985, p. 28. BRÜCK y MÖLLER: *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, t. I, 8.ª edición, por Möller, Berlín, 1961, p. 185.

este autor, si el concurso o la cooperación del acreedor constituyese el contenido de una obligación análoga a la del deudor, caería necesariamente la base y la justificación práctica de la *mora accipiendi* como fenómeno distinto de la *mora solvendi*. Se llegaría a la absurda conclusión de atribuir al deudor una acción de condena frente al sujeto activo, lo cual está en contradicción con el propio Derecho positivo, que prevé unos remedios diferentes para la tutela del deudor (87).

Las normas que regulan la *mora accipiendi*, si bien se enmarcan en el ámbito de la disciplina de las relaciones obligatorias, confirman esta tesis: su función no es la de asegurar al deudor una prestación (o el resultado de una prestación) del sujeto activo, sino solamente la de regular la incidencia de los gastos y de los riesgos derivados de un cierto tipo de impedimentos que puedan obstaculizar la prestación debida por el deudor. Naturalmente, dado que por hipótesis estos impedimentos se conectan en este caso con una conducta omisiva del sujeto activo, los gastos y los riesgos son puestos enteramente a cargo de este último. Por consiguiente, precisa Cattaneo (88), el concurso del acreedor no ha de ser considerado como un acto debido dirigido a satisfacer un interés de otro, sino tan sólo como un acto cuya falta impide la prestación del sujeto activo.

A la función descrita se vinculan todos los efectos de la *mora accipiendi*. La norma del párrafo primero del artículo 1.207, por cuya virtud si el acreedor está en mora es a su cargo la imposibilidad de la prestación por causa no imputable al deudor, no puede hacer pensar en una obligación de cooperar. Se establece simplemente uno de los criterios que sirven para distribuir entre los contratantes los riesgos relativos a la ejecución de los contratos con prestaciones recíprocas. La cooperación no es debida, sino que, como puntualiza Cattaneo (89), su falta es asumida como criterio para imputar al acreedor un riesgo inherente a la ejecución del contrato. El acreedor, desde esta perspectiva, sólo puede ser gravado con una carga de cooperación.

Según Cattaneo (90), el posible resarcimiento del daño por el acreedor y la liberación coactiva del deudor no están en contra de esta tesis. Con la liberación coactiva se trata de que el deudor pueda provocar la extinción del vínculo cuando se produce una demora debida a la falta de cooperación del acreedor en el cumplimiento. La libera-

(87) CATTANEO: *Della mora del creditore*, en «Comentario del Codice civile», bajo la dirección de Scioloja y Branca, Bolonia-Roma, 1973, p. 46; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milán, 1964, p. 47.

(88) CATTANEO: *Della mora del creditore*, cit., pp. 47 y 48.

(89) CATTANEO: *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 49; *Della mora del creditore*, cit., p. 52.

(90) CATTANEO: *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 50.

ción coactiva del deudor en modo alguno puede ser considerada como una especie de ejecución forzosa, puesto que las normas relativas a aquélla no tienden a procurar una ulterior prestación al deudor. Queda por explicar la función del resarcimiento del daño, a que alude el artículo 1.207. A primera vista, señala Cattaneo (91), tratándose de una relación entre sujetos predeterminados, la responsabilidad del acreedor puede parecer típicamente «contractual», o sea, fundada en el incumplimiento de una obligación. Pero si se inserta la norma en el sistema del Código civil, hay que llegar a la conclusión de que esta responsabilidad tiene otro fundamento. La prolongación de la duración de la obligación puede tener para el deudor un costo, representado por ulteriores gastos y también por la eventual pérdida de otras ocasiones de ganancia. Cuando la Ley establece que el acreedor reembolsará los gastos y resarcirá los daños ocasionados por su mora, no hace otra cosa que imponer al propio acreedor el costo de lo señalado. El daño resarcible, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.207, no puede ser, por tanto, asimilado al que el acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, puede reclamar, ni la responsabilidad del acreedor por *mora accipiendi* puede ser calificada como «contractual» (92).

En conclusión, los efectos de la *mora creditoris* o *accipiendi* no se configuran en la Ley como sanción de un deber o una obligación del acreedor. La protección que deriva a favor del deudor no tiene la función de asegurarle una prestación (o el resultado de una prestación) del sujeto activo, sino que el deudor no soporta un sacrificio superior al justo.

En clara conexión con la tesis expuesta, Cattaneo (93) entiende que no es preciso el requisito de la culpa del acreedor para la *mora accipiendi*. Hay que tener presente que el acreedor no soporta una obligación en sentido estricto, sino una carga de hacer cuanto sea necesario para que el deudor pueda cumplir. Es evidente que se tienen en cuenta los argumentos esgrimidos por Kohler para justificar la teoría de la *mora inculpada*. Desde el momento en que el depósito liberatorio es admitido en ausencia de toda culpa del acreedor, hay que concluir que en tal caso también puede verificarse la *mora creditoris* o *accipiendi*. Si se admite la liberación *invito creditore*, ello es porque el deudor no puede ser obligado a quedar vinculado por un tiempo indeterminado: el vínculo obligatorio constituye siempre un límite a su libertad, independientemente del carácter culposo o no de la conducta de la otra parte. Si la Ley concede, en ausencia de culpa del

(91) CATTANEO: *Della mora del creditore, cit.*, pp. 52 y 53.

(92) CATTANEO: *Della mora del creditore, cit.*, pp. 61 y ss.

(93) CATTANEO: *Della mora del creditore, cit.*, p. 62.

acreedor, el remedio más drástico consiste en el depósito del bien debido, debe también, por coherencia, admitirse que sea consentida la simple constitución en mora. Si bien los dos actos son diversos y producen efectos diferentes, es decisivo el hecho de que tienen análoga función. Hay que convenir que los efectos de la mora son un *minus* respecto del depósito, ya que éste produce por añadidura la extinción del vínculo.

El deudor, a causa de la *mora accipiendi*, no ha de prestar más de lo que debe: más exactamente, no ha de obligársele a soportar un sacrificio suplementario porque el acreedor no haya prestado la cooperación requerida, con independencia de la causa determinante de que no la haya prestado.

La expresión «sin motivo legítimo» de que habla el artículo 1.206, siendo susceptible de diversas interpretaciones, implica un reenvío a los principios de la corrección y la buena fe objetiva (artículos 1.175 y 1.375), siendo cuando menos dudoso que estos preceptos impongan en todo caso al deudor el tener que soportar los gastos y los riesgos derivados de una omisión no culpable de la otra parte (94). Además, no puede ser sostenida la existencia de un principio general procedente de normas diversas de las relativas a la *mora creditoris* para justificar —por regla general— la afirmación de que la responsabilidad del acreedor está siempre basada en la culpa (95).

La mayor parte de los autores afirman, de igual forma que Cattaneo, que el concurso del acreedor en el cumplimiento no es objeto de un deber o una obligación, sino de una carga, cuya inobservancia determina las consecuencias perjudiciales para el acreedor que el Código civil establece en las normas sobre la *mora creditoris* (arts. 1.206 y ss.), sin que la culpa del acreedor sea un requisito necesario para surja aquella (96).

Para justificar los efectos de los artículos 1.206 y 1.207 del Código civil, relativos a la mora del acreedor, Betti (97) entiende que, más que una obligación del acreedor, existe una carga: porque es evidente que concurre su interés a recibir la prestación puntualmente

(94) CATTANEO: *Della mora del creditore, cit.*, p. 62.

(95) CATTANEO: *Della mora del creditore, cit.*, p. 63.

(96) GHEZZI: *Mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milán, 1965, pp. 51 y ss. MESSINEO: *Manuale di diritto civile e commerciale*, t. III, Milán, 1954, p. 353. BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, t. I, *cit.*, pp. 65-66. D'ONOFRIO: *Offerta reale*, en «Novissimo Digesto Italiano», t. XI, Turín, 1965, p. 767. TRIMARCHI: *Istituzioni di diritto privato*, Milán, 1983, pp. 359-360. BIANCA: *Il contratto*, en «Diritto civile», t. III, Milán, 1984, p. 479, nota 26. BIANCA: *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en «Comentario al Codice civile», bajo la dirección de Scialoja y Branca, Bolonia-Roma, 1979, pp. 136 y ss. DISTASO: *Della mora del creditore. Rassegna di giurisprudenza, cit.*, pp. 441 y ss.

(97) BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, t. I, *cit.*, pp. 66-67.

con el interés que se identifica con la propia prestación. Si éste es íntegramente satisfecho por la prestación que se le ofrece, tiene la carga de aceptarla, y si no cumple voluntariamente esta carga, él sufrirá las consecuencias y los efectos perjudiciales previstos para tal supuesto por el artículo 1.207. No se puede negar —precisa Betti (98)— que el acreedor se encuentra en una posición de sujeción, que se expresa, no tanto en el deber de buena fe de colaborar a la prestación como en la carga misma de este concurso, que se produce en su propio interés: carga cuya inobservancia se resuelve en su perjuicio.

En esta línea, Bianca (99) precisa que un balance riguroso de los intereses de las partes aconseja adoptar la tesis que pone a cargo del acreedor una posición de carga excluyendo que el deudor deba soportar el riesgo de una falta de cooperación por causa no imputable. La mora del acreedor, señala también este autor, está desvinculada de la noción de culpa, pues la falta de aceptación no debe perjudicar al deudor, cualquiera que sea la razón que ha impedido al acreedor llevar a cabo tal acto.

La mayor parte de los autores niegan que estemos ante una obligación del acreedor.

Influidos por la doctrina alemana, Pérez González y Alguer (100) consideran que la aceptación o la cooperación del acreedor no es normalmente una obligación del mismo (en el sentido señalado deben interpretarse los artículos 1.161, 1.166 y 1.169 cuando hablan de compeler u «obligar» al acreedor a recibir la prestación, pues, aunque todos estos preceptos hablan de compeler u obligar en oración negativa, parecería que *a sensu contrario* el deudor puede compeler u obligar al acreedor a recibir la prestación cuando ésta se ajusta al contenido de la obligación), pero no por eso puede dejar de tener trascendencia la negativa del acreedor a recibir la prestación. En la mayoría de los casos, esa negativa, por la misma naturaleza de los hechos, tendrá por consecuencia en derecho la exclusión o la atenuación de la culpa del deudor. La mora del acreedor, dicen Pérez González y Alguer (101), se produce no sólo por la negativa sin razón a recibir el pago (cfr. art. 1.176, ap. 1), sino por otras faltas de cooperación indispensable para el cumplimiento, por ejemplo, no presentarse oportunamente a recibir la prestación.

(98) BETTI: *Loc. cit. ant.*

(99) BLANCA: *Il contratto, cit.*, p. 479, nota 26.

(100) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, *cit.*, p. 295.

(101) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, *cit.*, p. 296.

Díez-Picazo (102) no se limita a negar la existencia de una obligación o un deber del acreedor, ya que el deber supone una correlativa facultad de exigir el acto y, por tanto, en nuestro terreno una deuda y un deudor, sino que señala la existencia de una carga del acreedor de facilitación de la liberación del deudor. El acreedor ha de realizar todo aquello que en su mano esté a fin de que el deudor pueda no sólo cumplir, sino también liberarse de la deuda. En esta idea tiene su más profunda raíz el fenómeno de la mora del acreedor. Esta entraña una falta de cooperación o de concurso al resultado de la prestación.

Lacruz y Delgado (103) señalan también que el acreedor no tiene estricta obligación de prestar el concurso para el cumplimiento, pero su falta no puede impedir la liberación del deudor, pues aquél no es (salvo pacto) dueño de la relación obligatoria hasta el punto de situar sus efectos en el momento en que quiere. El Código, cuando el acreedor retarda indebidamente su cooperación, habla igualmente de mora, expresión que sirve para entendernos.

Ambos autores (104) apuntan que las consecuencias de la mora del acreedor se resuelven en la extinción o disminución del crédito, pero nunca en una obligación suya independiente de indemnizar, pues no nacen de una deuda suya, y sí simplemente de la carga de no impedir la liberación, coincidiendo, como se ve, claramente con lo afirmado precedentemente por Díez-Picazo.

Cristóbal-Montes (105) puntualiza que la tesis de Lacruz es cercana a la realidad de las cosas. Para este autor no hay una obligación del acreedor de aceptar la prestación; si existiese la negativa injustificada por su parte a recibir la prestación debida (a lo que se refiere el artículo 1.176 del Código civil), no debería dar lugar a la actuación autónoma y diferenciada que es la consignación, sino que tan sólo dejaría abierta la puerta a la posibilidad de que pudiera reclamar judicialmente la ejecución coactiva de la referida obligación.

A nuestro juicio, nada indica que exista en nuestro Derecho una obligación (o un deber accesorio o de protección) del acreedor de aceptar el pago ofrecido por el deudor, aunque objetivamente sea regular. Si ello fuera así, el acreedor habría de ser considerado como un deudor (de *debitor racione accipiendi*, habla Falzea), dando lugar

(102) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *cit.*, pp. 364 y ss. y 724.

(103) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.*, p. 112. DELGADO, en Lacruz: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, 2.ª edición, Barcelona, 1985, pp. 252 y 253.

(104) LACRUZ: *Loc. cit. ant.* DELGADO: *Loc., cit. ant.*

(105) CRISTÓBAL-MONTES: *El pago: El papel de la voluntad del acreedor y del deudor*, en «ADC», 1986, p. 552, nota 22.

la no aceptación de la prestación a las consecuencias de la *mora debitoris*. Pero si examinamos el funcionamiento de la mora del acreedor comprobaremos que, aparte de faltar lo más típico de la obligación, es decir, la correlativa facultad de exigir el acto debido, el deudor, una vez que ha ofrecido el pago, puede liberarse de su deber de prestación con un instrumento que prescinde de cualquier tipo de coacción frente al acreedor moroso, la consignación. Si la falta de cooperación del acreedor en el cumplimiento determina la mora del acreedor, salvo que se pretenda la unidad conceptual de la mora del deudor y de la mora del acreedor, no cabe duda de que difícilmente puede concebirse dicha falta de cooperación como una obligación. Hay que tener en cuenta, como señala acertadamente Cattaneo, según vimos, que la función de la mora del acreedor no es la de asegurar al deudor una prestación (o el resultado de una prestación) por parte del acreedor, sino fundamentalmente la de regular la incidencia de los gastos y riesgos, que son puestos enteramente a cargo del acreedor moroso. A esta función se vinculan los efectos de la mora del acreedor y la posibilidad de su liberación coactiva a través de la consignación. La tutela que el ordenamiento jurídico dispensa al deudor cuando existe mora del acreedor se traduce en el principio fundamental de que el deudor no soporta, por una conducta imputable al acreedor, un sacrificio superior al justo, como bien dice Kohler. De aquí que no le sea imputable la imposibilidad sobrevenida de la prestación, que quede excluida la mora del deudor y que éste pueda liberarse mediante la consignación, que son consecuencias básicas de la mora del acreedor, como veremos con la necesaria amplitud.

Si bien es evidente que no existe una obligación (o un deber accesorio o de protección) del acreedor de prestar el necesario concurso en el cumplimiento, con lo cual no puede encontrarse en ella el fundamento de la mora del acreedor, partiendo de las profundas diferencias que existen entre la mora del acreedor y la mora del deudor, es evidente que no podemos limitarnos a decir que cuando el acreedor no acepta la prestación ofrecida lo único que hace es ejercitar un derecho. Parece indudable que las consecuencias desfavorables que surgen en contra del acreedor cuando tiene lugar la mora del acreedor han de tener alguna explicación razonable. Todo indica que tienen razón los autores (Diez-Picazo, Lacruz, Delgado, Cattaneo, Betti, Bianca, Reimer Schmidt, Esser y Schmidt, Fikentscher, entre otros) que consideran que exista una carga (*Obliegenheit* u *onere*) del acreedor de prestar la cooperación necesaria a fin de que el deudor pueda liberarse de la deuda. Tiene escaso sentido la tesis que considera incompatible con el derecho del acreedor a la prestación la existencia de una carga. Cuando el acreedor se niega sin razón a admitir el pago omite una conducta necesaria para que el deudor pueda liberarse de acuerdo con lo establecido en el programa de prestación. Esta conducta necesaria constituye una auténtica carga legal (art. 1.176 C.c.),

en cuanto que sólo si el acreedor facilita la liberación del deudor podrá hacer efectiva la responsabilidad en que ha incurrido éste por mora. Sólo aceptando el pago regular ofrecido por el deudor, el acreedor evitará las consecuencias desfavorables que para él derivan de la *mora accipiendi*.

El configurar la conducta del acreedor encaminada a facilitar la liberación del deudor como una carga no significa en modo alguno que no se tenga en cuenta el interés del deudor, sino todo lo contrario, pues la inobservancia de la carga genera una serie de consecuencias perjudiciales para el acreedor, vinculadas a la mora del mismo, que, a su vez, son beneficiosas para el deudor (106).

3. La mora del acreedor no presupone la culpa

Si exceptuamos la sentencia de 13 de marzo de 1930, nuestra jurisprudencia no afirma el requisito de la culpa del acreedor, ya que se alude a la negativa o resistencia al cobro (sentencia de 6 de diciembre de 1943), a la negativa sin razón a admitir el pago que se le ofrece (sentencia de 5 de junio de 1944), a la conducta recalcitrante a aceptar todo ofrecimiento de pago (sentencia de 22 de diciembre

(106) La carga es un concepto jurídico perfectamente perfilado en el ámbito del Derecho de obligaciones. El camino acertado para precisar con rigor el concepto de la carga ha sido señalado por la doctrina alemana, al decir que la carga no constituye un *sollen*, sino un *müssen*, es decir, un «tener que» para «poder hacer». Esta idea es la esencial para diferenciar la carga de la obligación y de otros conceptos afines (deber accesorio o deber de protección), ya que la carga implica una conducta que el sujeto (en nuestro caso, el acreedor) ha de observar en su propio interés para ejercitar una facultad. La inobservancia de la carga determina una imposibilidad para ejercitar el poder de actuación en que consiste la facultad.

Es lógico, pues, que si el acreedor no observa la carga de cooperación encaminada a facilitar la liberación del deudor, prestando el necesario concurso cuando tiene lugar el ofrecimiento de pago, surgirá una serie de consecuencias perjudiciales para el acreedor, derivadas de la *mora creditoris*, no estando facultado el acreedor para hacer responsable al deudor de la demora en el cumplimiento.

Desde la óptica de la distribución del riesgo, si el acreedor no acepta la prestación que le ha sido regularmente ofrecida por el deudor, soportará el riesgo en lo sucesivo. Como destacan ESSER y SCHMIDT (*Schuldrecht*, t. I, Heidelberg, 1984, pp. 95, 320 y 324), la mora del acreedor, derivada de la falta de cooperación del mismo, da lugar a que el deudor quede descargado del riesgo de la prestación (*Leistungsgefahr*).

El acreedor que no observa la carga, más que perjudicar un interés ajeno (el del deudor o el de un tercero), se perjudica a sí mismo, a su propio interés. La vinculación jurídica del acreedor consiste únicamente en tener que soportar el efecto jurídico desfavorable por omitir la conducta en que consiste la carga, sin que exista el incumplimiento de una obligación (o de un deber accesorio o de protección) que sea sancionado con la ejecución forzosa o con la indemnización de daños y perjuicios. Tal vez por ello, VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, t. I (trad. esp. por Rocés), Madrid, 1934, pp. 4 y 5, duda que la incumbencia (lo que denominamos carga) constituya un auténtico deber jurídico, en el sentido estricto del término, pues su omisión no determina las consecuencias que son usuales en toda transgresión de deberes.

de 1962), a la falta de cooperación del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación (sentencia de 30 de mayo de 1986) y a la negativa de quien ha de recibir la entrega (sentencia de 15 de junio de 1987).

El problema, sin embargo, ha preocupado extraordinariamente a la doctrina de los diversos países, dominando hoy en día la tesis contraria a la necesidad de la culpa para que surja la mora del acreedor, como vamos a mostrar con la necesaria amplitud.

a) Derecho alemán

En el siglo pasado, pensando que la doctrina del Derecho común había configurado la mora como un concepto unitario (107), algunos autores no dudaron en establecer análogos presupuestos para la *mora creditoris* y la *mora debitoris*, de tal manera que se afirmaba que la *mora creditoris* derivaba de la violación de un deber de recibir (*eine Pflicht des Gläubigers*) y, en general, de cooperar por parte del acreedor, considerándose necesaria la culpa (*Verschulden*) de éste. La mora del acreedor es un espejo (*Spiegelbild*) de la mora del deudor. Por ello se consideró como un efecto fundamental de la *mora creditoris* la obligación del acreedor de indemnizar de daños y perjuicios (*Schadensersatzpflicht*). En esta dirección se pronunciaron, entre otros,

(107) Como opiniones más significativas se citan las siguientes: *Quid est mora? Injusta dilatio solvendi, vel accipiendi quod debetur* (CUJACIO: *Opera Omnia*, t. V, Mutinae, 1777, p. 403); *Hoc ad vim huius verbi explicandam satis est intelligi moran esse deilationem eius, quod debeas, et utrumque in mora esse tum videri, cum ille quod praestare debeat, differt: vel hic, quod offertur, recusat, accipere* (DONELLO: *Opera omnia*, t. X, vol. 1.º; *Commentarium in selectos quosdam titulos Digestorum*, Florentia, 1847, p. 1469); *Mora est delictum culpabile commissum in differendo debito solvendo vel credito recipiendo* (SALICETO: *Secundum Digesti veteris Partem. 1, quod te, Dig. de rebus creditis*, Venetiis, 1574); *Mora est dilatio, que culpa sua debitor tardius solvens, aut creditor tardius recipiens admittit* (FORCATULUS: *De mora et eius effectibus ac purgatione tripartita Tractatio*, en «*Tractatus illustrium in utraque tum pontificii tum caesari iuris facultate Jurisconsultorum*», t. VI, parts. 1.ª, n. 1, Venetiis, 1584); *Mora, quantenus ad hoc institutum pertinet, definiri potest dilatio frustratoria solutionis faciendae, vel accipiendae* (RICHERI: *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia*, t. IX, Laudae Pompeja, 1827, p. 282); *Moram vocamus injustam restitutionis solutionisve aut accipiendae cessationem* (MUHLENBRUCK: *Doctrina Plandectarum*, Bruselas, 1838, p. 357); *Mora non recipiendae debiti, est culpa creditoris non recipiendis solutionem, quae a debitore idonee oblata est, unde aliquid incommodi ad debitorem pervenit* (KAHL: *Magnum Lexicon juridicum*, t. II, voz «*mora*», Coloniae Allobrogum, 1759, p. 71); *Mora est ea species doli aut culpa, quae in injusta alicuius ad certitudinem redigenti aut solvendi, i.e. dandi, faciendi, dilatione consistit* (WEHRN: *Doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni, habita doli mali, culpa, morae eiusque quod interest ratione praestandi*, Lipsae, 1795, pp. 291 y ss).

Madai (108), Wolff (109), Schey (110), Dernburg (111) y Windscheid (112), si bien con argumentos no totalmente coincidentes.

Madai (113) trae a colación un texto de Africano D.17.1.37) para justificar esta tesis: *...nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet* (114). En ambos casos (*mora solvendi* y *mora credendi*) se expresa un *stare per debitorem* o *per creditorem*, y los dos configurados simétricamente como una *frustratio*.

En el planteamiento de Dernburg tal vez existe una cierta contradicción. Después de admitir la tesis de Kohler, en el sentido de que la aceptación de la prestación ofrecida es un derecho y no un deber del acreedor (115), precisa, sin embargo, que si se hace depender la mora del deudor de la culpa, también habrá de existir tal culpa en la mora del acreedor. De igual forma que Madai y Schey, fundamenta esta opinión en el texto transcrito de Africano, señalando que si *frustratio* en la *mora debitoris* significa retraso culposo, esta palabra en la *mora creditoris* no puede tener un significado diferente. También confirma esta tesis un texto de Marcelo: *Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit* (D. 46.3.72) (116). La importancia del fragmento se encuentra en que vincula las consecuencias de la mora a la no aceptación del pago *sine iusta causa*. La falta de aceptación del pago, sin que ninguna reprobación pueda hacerse al acreedor, tiene evidentemente un justo fundamento (117).

Windscheid (118), en cambio, afirma que las fuentes no ofrecen un resultado libre de dudas. Las fuentes hablan, en general, de un *accipere nolle* (D. 24.3.26) y también de un *stare per creditorem quo minus accipiat* o de una *frustratio* (D. 17.1.37); pero ninguna de estas expresiones indica necesariamente el elemento culpa. Si en el Digesto la mora del acreedor se vincula a que él mismo *sine iusta causa*...

(108) MADAI: *Die Lehre von der Mora*, Halle, 1837, p. 227.

(109) WOLFF: *Zur Lehre von der Mora*, Göttingen, 1841, pp. 405 y ss.

(110) SCHEY: *Begriff und Wesen der Mora creditoris in österreichischen und im gemeinen Recht*, Mainz, Wien, 1884, pp. 80 y ss.

(111) DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, en «Pandette», vol. 2.º, traducción al italiano de la 6.ª edición alemana por Cicala, con la colaboración de Biermann, Turin, 1903, p. 168.

(112) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, t. II, parte 1.ª, traducción al italiano de la 1.ª edición alemana por Fadda y Bensa, Turin, 1904, pp. 336-337.

(113) MADAI: *Die Lehre von Mora*, cit., p. 228.

(114) Edición utilizada: *Corpus iuris civilis*, de Krueger, 22.ª ed. 1973, volumen *primum*.

(115) DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 168.

(116) Utilizamos la misma edición del *Corpus iuris civilis*, tanto en este texto como en todos los que exponemos a lo largo de este estudio.

(117) DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 171.

(118) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, cit., p. 336, nota 9.

accipere recusavit (D. 46.3.72), parece siempre posible sustentar que se ha querido decir que el acreedor puede rechazar una prestación irregular. No obstante, Windscheid piensa que debe considerarse decisivo que la mora produce consecuencias perjudiciales para el acreedor, y los perjuicios, cuando una disposición legal no disponga lo contrario, no pueden imponerse a quien no es culpable. No es justo que el acreedor tenga que sufrir perjuicios cuando no ha incurrido en culpa.

Algunos pandectistas se limitaron a decir que si el deudor está dispuesto a cumplir, basta para que se produzca la *mora creditoris* que el acreedor sin justo motivo no reciba la prestación ofrecida de la forma debida (119). Sin embargo, precisa Arndts (120), que si se hubiese fijado el tiempo y el lugar de la prestación, basta que el deudor esté dispuesto y el acreedor ausente para que surja la *mora creditoris*.

A partir de los importantes trabajos de Mommsen (121) y Kohler (122), la mayor parte de los autores van a rechazar la teoría expuesta (123), lo cual se acentuará con la entrada en vigor del BGB, claramente contrario a la teoría de la culpa (*Culpa-Theorie*).

Mommsen (124) niega la pretendida obligación del acreedor de aceptar la prestación u otra colaboración en el cumplimiento del deudor. En virtud de la relación obligatoria corresponde al acreedor un poder (*ein Herrschaft*) (125) que es libre de ejercitarlo o no ejercitarlo. Sin embargo, Mommsen no excluye del todo el elemento subjetivo. La no aceptación sólo es el fundamento de la mora si la misma tiene su causa en la voluntad del acreedor. El «casus» excluye la mora del acreedor. Mommsen define la mora del acreedor como arbitrario retraso (*willkürliche Verzögerung*) del cumplimiento por parte del acreedor (126).

(119) GLÜCK: *Commentario alle Pandette*, t. II, traducción al italiano por De Marinis, con notas de Ferrini y Serafini, Milán, s.f., p. 794. ARNDTS: *Trattato delle Pandette*, primera versión italiana de la 8.ª edición alemana con notas de Serafini, t. II, Bologna, 1875, p. 129.

(120) ARNDTS: *Loc. cit. ant.*

(121) MOMMSEN: *Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, en «Beiträge zum Obligationenrecht», Braunsweig, 1855, pp. 33 y ss. y 133 y ss.

(122) KOHLER: *Annahme und Annahmeverzug. Eine civilistische Abhandlung*, en «Jherings Jahrbücher», 17, 1879, pp. 261 y ss.; *Der Gläubigerverzug*, en «Archiv für Bürgerliches Recht», 13, 1897, pp. 149 y ss.

(123) SCHOMANN, PUCHTA, SINTENIS, HOLZSCHUHER, SEUFFERT y ARNDTS (citados por Serafini, en notas al *Tratado delle Pandette*, de ARNDTS, t. II, *cit.*, p. 132, nota 7).

(124) MOMMSEN: *Lehre von der Mora*, *cit.*, pp. 133 y ss.

(125) MOMMSEN: *Lehre von der Mora*, *cit.*, pp. 161 y ss.

(126) MOMMSEN: *Lehre von der Mora*, *cit.*, p. 135.

Brinz (127) tiene en cuenta la argumentación de Mommsen, y llega a la conclusión de que en el supuesto de la mora del acreedor no existe el incumplimiento de una obligación (*Verbindlichkeit*) por parte del mismo, sino que tiene lugar una reducción de su derecho (*eine Schmälerung seines Rechtes*). Así se explican los perjuicios que derivan de la mora del acreedor.

Será Kohler quien de forma más clara y convincente evidencie que no es necesario recurrir a la idea de la culpa para que surja la *mora creditoris*, sin que el acreedor, en contra de lo que piensa Mommsen, pueda disculparse invocando el caso fortuito (128). Para Kohler (129) la pretendida obligación de cooperación del acreedor (*Mitwirkungspflicht des Gläubigers*) constituye uno de los más importantes errores de la doctrina del Derecho de las obligaciones. El acreedor no está obligado a aceptar la prestación, ya que la aceptación es un derecho y solamente un derecho, en modo alguno un deber, situándose su ejercicio en el mismo grado que el de cualquier poder. Esta conclusión determina que Kohler rechaza la existencia de una obligación de indemnización de daños y perjuicios del acreedor como consecuencia derivada de la *mora creditoris*. Se producen otras consecuencias que motivan un alivio de la responsabilidad del deudor (*Haftunserleichterung für den Schuldner*) o la traslación del riesgo al acreedor.

Invocando razones superiores de justicia, Kohler considera que no es correcto hacer recaer sobre el deudor las consecuencias de un retraso causado por un hecho del acreedor, ya que ello procuraría a éste una injustificada ventaja y al deudor un injustificado perjuicio. El deudor no ha de soportar el riesgo más allá del momento fijado para la prestación. El deudor no debe ser dejado *a merci* del acreedor (130).

La argumentación de Kohler será tenida en cuenta en el momento de la elaboración del BGB. Así se infiere de la exposición de motivos del Proyecto de Código civil. En relación con la prestación del deudor el acreedor no está obligado a la aceptación de la prestación ni a la ejecución de la conducta de cooperación. De la *mora creditoris*, en cuanto tal, no deriva una obligación del acreedor de indemnización de daños y perjuicios frente al deudor (131).

El articulado del BGB sobre la mora del acreedor (parágrafos 293 y ss.) refleja esta concepción, pues el acreedor incurre en mora

(127) BRINZ: *Lehrbuch der Pandekten*, t. II, Erlangen, 1879, pp. 308-309.

(128) KOHLER: *Annahme und Annahmeverzug*, cit., p. 267.

(129) KOHLER: *Annahme und Annahmeverzug*, cit., pp. 261 y ss.

(130) KOHLER: *Annahme und Annahmeverzug*, cit., p. 282.

(131) *Motive zum Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich*, Berlín-Leipzig, 1898, pp. 68 y ss. Vid. HÜFFER: *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln*, Berlín, 1976, pp. 14-16. ROSENBERG: *Der Verzug des Gläubigers*, en «Jherings Jahrbücher», 43, 1901, p. 145, nota 8.

si no acepta la prestación que le es ofrecida (párrafo 293). Es lógico que los autores que comentan estos párrafos, comenzando por Rosenberg (132), los interpreten de conformidad con la teoría expuesta. Con claridad precisa Rosenberg, teniendo en cuenta la argumentación de Kohler, que no es acertado concebir la mora del acreedor como motivada por la vulneración de una obligación de aceptación (*Annahmepflicht*), puesto que el acreedor sólo deja de ejercitar un derecho. Para Rosenberg la mora del acreedor deriva de la omisión de la necesaria cooperación del acreedor para la realización de la prestación, sin que sea precisa la culpa del mismo.

De forma unánime los autores alemanes entienden hoy en día que la culpa del acreedor no es un presupuesto necesario para la mora del acreedor, porque no existe una obligación de aceptación o de cooperación que pese sobre el acreedor (133). Esto explica, según señalan Larenz (134) y Emmerich (135), que de la mora del acreedor no resulte *per se* una obligación de resarcimiento de daños y perjuicios.

Los párrafos 293 a 304 del BGB, que disciplinan el instituto, no justifican ningún tipo de obligación (*Verbindlichkeit*), sino una pura carga (*Obliegenheit*) del acreedor. La falta de aceptación de la prestación (oportunamente ofrecida) no representa el incumplimiento de una obligación. El paralelismo entre la mora del acreedor y la mora del deudor es sólo externo y aparente. Las consecuencias de la mora del acreedor no derivan del incumplimiento culpable de una obligación, sino sólo de la inobservancia de una carga (*Obliegenheit*) (136).

(132) ROSENBERG: *Der Verzug des Gläubigers*, cit., pp. 143-145.

(133) LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, cit., pp. 358 y ss. ESSER y SCHMIDT: *Schuldrecht*, t. I, cit., pp. 320 y ss. EMMERICH: *Das Recht der Leistungsstörungen*, München, 1978, pp. 178 y ss. REIMER SCHMIDT: *Die Obliegenheiten*, cit., páginas 146 y ss. REIMER SCHMIDT: *Schuldrecht*, t. I, en «Soergel y Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch», Stuttgart, Berlín, Mainz, 1967, p. 327. FIKENTSCHER: *Schuldrecht*, cit., pp. 223 y ss. WALCHSHOFER: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, en «Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht», t. II, München, 1985, p. 685. MEDICUS: *Schuldrecht*, tomo I, *Allgemeiner Teil*, München, 1984, pp. 685 y ss. LÖWISCH: *Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil*, t. II, vol. 1.º, en «Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch», Berlín, 1979, p. 188. BATTES, en «Erman», *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. I, Münster, 1981, p. 706. HEINRICH: *Bürgerliches Gesetzbuch*, «Palandt», München, 1980, p. 317.

(134) LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, cit., p. 358.

(135) EMMERICH: *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., pp. 178 y 195.

(136) REIMER SCHMIDT: *Die Obliegenheiten*, cit., pp. 146 y ss. ESSER y SCHMIDT: *Schuldrecht*, t. I, cit., pp. 320 y 324. FIKENTSCHER: *Schuldrecht*, cit., p. 223. WOLFF: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *Allgemeiner Teil*, Köln, 1978, p. 518. KRAMER: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, en «Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch», tomo II, cit., p. 26. BRÜCK y MÖLLER: *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, t. I, cit., p. 185.

b) *Derecho suizo*

Las tesis de Mommsen y Kohler van a ser tenidas en cuenta por la doctrina suiza, apoyándose en el artículo 91 del Código de las Obligaciones, a cuyo tenor «el acreedor incurre en mora cuando rehúsa sin motivo legítimo aceptar la prestación que le es regularmente ofrecida, o cumplir los actos preparatorios que le incumben y sin los cuales el deudor no puede cumplir su obligación» (137).

Becker (138) señala las profundas diferencias jurídicas que existen entre la mora del deudor y la mora del acreedor: en la mora del deudor es necesaria la lesión de un derecho, es decir, el incumplimiento de un deber jurídico; en la mora del acreedor no existe, en cambio, la lesión de un derecho, sino la falta de ejercicio o de alegación de un derecho (Mommsen y Kohler).

Teniendo en cuenta la nueva teoría del Derecho común (Kohler) y la normativa del Código civil alemán (párrafo 292), así como el texto del artículo 91 del Código de las Obligaciones, Von Thur (139) señala que la negativa a recibir la prestación se estima injustificada cuando el acreedor no puede invocar una razón objetiva en abono de su conducta. Que en la mora del acreedor no interviene para nada la culpa, la cual es, en cambio, factor fundamental en la mora del deudor, lo demuestra el que la primera no supone una transgresión de deberes.

Entre los autores más modernos, Engel (140) precisa que la mora del acreedor es independiente de la noción de culpa, ya que es suficiente el hecho objetivo del retraso. No existe una obligación (en sentido técnico) del acreedor, sino una *démarche*, una *formalité* (*Obliegenheit*) para alcanzar el buen fin del derecho del acreedor.

En opinión de Guhl, Merz y Kummer (141), la mora del acreedor no deriva de la vulneración de un deber contractualmente asumido (*Pflicht*), pues el acreedor, en cuanto tal, no está obligado; sin embargo, los derechos han de ejercitarse de acuerdo con la buena fe (*Treu und Glauben*). Los efectos de la mora del acreedor se distinguen esencialmente de los de la mora del deudor.

(137) BECKER: *Obligationenrecht*, vol. I, *Allgemeine Bestimmungen*, en «Berner Kommentar», t. VI, Bern, 1941, p. 431. VON THUR: *Tratado de las obligaciones*, t. II, *cit.*, pp. 63 y 64.

(138) BECKER: *Loc., cit. ant.*

(139) VON THUR: *Tratado de las obligaciones*, t. II, *cit.*, pp. 63 y 64.

(140) ENGEL: *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchatel, 1973, p. 446.

(141) GUHL, MERZ y KUMMER: *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zürich, 1972, página 232.

Según Gausch, Schuluep y Tercier (142) para que exista mora del acreedor, a tenor del artículo 91 del Código de las Obligaciones, basta que el acreedor no preste su concurso «sin motivo legítimo», con o sin culpa por su parte.

c) *Derecho austríaco*

También la doctrina austríaca va a tener en cuenta las tesis defendidas por Mommsen y Kohler, abandonándose la teoría de la culpa seguida en el pasado siglo por Schey, para quien el deudor tiene un interés en la extinción de la obligación y si el acreedor no coopera viola el principio del *neminem laedere*. En relación con el parágrafo 1.419 del Código civil austríaco se afirma que la culpa del acreedor no es un presupuesto de la *mora creditoris*, porque el acreedor no está obligado a recibir la prestación ofrecida (143). Este precepto se limita a disponer que «si el acreedor se demora en aceptar el pago, él sufre las consecuencias perjudiciales que deriven de ello» (144). Koziol y Welser (145) consideran la mora del acreedor como la inobservancia de una carga (*Obliegenheit*). No existe una obligación del acreedor a la aceptación de la prestación, ya que sobre ella sólo tiene un derecho. No obstante, si bien el acreedor no está obligado a la aceptación, el mismo vulnera una carga (*Obliegenheit*). De esta manera, Koziol y Welser siguen fielmente la tesis defendida por Reimer Schmidt en el Derecho alemán, al que citan.

d) *Derecho italiano*

Los trabajos de Mommsen y Kohler son tenidos en cuenta por numerosos autores. A pesar de que el Código civil de 1865 sólo disciplina con carácter general el ofrecimiento de pago y la consignación, de conformidad con el Código de Napoleón y la doctrina de Pothier, se afirma que el acreedor tiene derecho a la prestación y no está obligado a recibirla ni a facilitarla. Para que la mora del acreedor pueda surgir, entiende Scuto (146) que es necesaria la falta de coope-

(142) GAUSCH, SCHLUEP y TERCIER: *La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile)*, Zürich, 1982, p. 52.

(143) HASENOHRL: *Das österreichische Obligationenrecht*, t. II, Wien, 1899, pp. 359 y ss. KRASNOPOLSKI y KAFKA: *Osterreichisches Obligationenrecht*, Wien, 1910, páginas 123 y ss. GSCHNITZER: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, p. 58 (citados por KOZIOL y WELSER, *Grundriss der Bürgerlichen Rechts*, t. I, Wien, 1983, p. 196).

(144) *Vid.* KAPPER: *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, Wien, 1972, pp. 1474 y ss.

(145) KOZIOL y WELSER: *Grundriss der Bürgerlichen Rechts*, t. I, *cit.*, p. 196.

(146) SCUTO: *La mora del creditore*, *cit.*, pp. 87 y 88.

ración oportuna del acreedor. Tal cooperación ha de ser prestada de forma que el deudor pueda cumplir la obligación; no ha de ser insuficiente ni tardía. El acreedor ha de llevar a cabo cuanto es preciso para que el deudor pueda cumplir adecuadamente. Según Scuto (147) tiene razón Kohler cuando observa que, en la generalidad de los casos, la aceptación de la prestación es un derecho del acreedor, jamás una obligación, que puede ejercitar con libertad. El acreedor que no coopera en el cumplimiento no viola un deber, sino que no ejercita un derecho. El acreedor puede por ello facilitar el cumplimiento, pero no puede ser obligado a hacerlo. De acuerdo con los argumentos de Kohler, es insostenible la teoría de la culpa.

También Barassi (148) y Chironi (149) siguen esta orientación, rechazando la teoría de la culpa.

Tras la entrada en vigor del Código civil de 1942, la mayor parte de los autores italianos rechazan la teoría de la culpa con argumentos semejantes a los esgrimidos por Scuto, Chironi y Barassi en relación con el Código civil de 1865.

Barassi (150), de acuerdo con la tesis que sostuvo en el año 1899, sigue manteniendo, en contra de Falzea (151), que no existe una obligación del acreedor de cooperar en el cumplimiento, y que la culpa no es un requisito necesario de la mora del acreedor, ya que con ello se gravaría injustamente al deudor. No hay que dar al motivo legítimo de que habla el artículo 1.206 una excesiva amplitud, seducidos por la tendencia al paralelismo con la *mora solvendi*.

Es Cattaneo, como hemos visto, el autor italiano que de forma más amplia y convincente configura el concurso del acreedor en el cumplimiento como una carga de cooperación, desvinculando de esta manera la mora del acreedor de la teoría de la culpa (152).

Cattaneo (153) considera superada la tesis que estimaba incompatible con el derecho a la prestación la existencia de una carga de cooperación para recibirla o hacerla posible. Como observa Betti, esta incompatibilidad subsiste en relación con una obligación de cooperación, pero no respecto a un carga, ya que ésta afecta a un derecho «en

(147) SCUTO: *La mora del creditore*, cit., pp. 93 y 94.

(148) BARASSI: *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en «Archivio Giuridico», 1899, pp. 36 y ss.

(149) CHIRONI: *La culpa en el Derecho civil moderno* (trad. esp. por Posada), Madrid, 1907, p. 811.

(150) BARASSI: *La teoría generale delle obbligazioni*, t. III, Milán, 1948, pp. 90 y ss.

(151) FALZEA: *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, 1947, pp. 178 y ss.

(152) Ver nota 93.

(153) CATTANEO: *Della mora del creditore*, cit., pp. 65 y ss.

cuanto se quiera obtener de su ejecución las consecuencias favorables que el mismo comporta».

Esta conclusión de Cattaneo se explica como hemos expuesto anteriormente con amplitud, porque el acreedor no soporta una obligación o un deber en sentido estricto, sino sólo la carga de hacer lo necesario para que el deudor pueda cumplir.

f) *Derecho español*

En clara conexión con las explicaciones expuestas se afirma en nuestro Derecho la autonomía conceptual de la mora del acreedor respecto a la mora del deudor, y se piensa que la culpa del acreedor no es un requisito necesario de la mora del acreedor, siendo una tesis admitida por la mayor parte de los autores.

Pérez González y Alguer (154) puntualizan, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.176 y 1.185 del Código civil, que no es la culpa lo que constituye en mora al acreedor, sino su negativa «sin razón». Se puede hablar de incumplimiento imputable al acreedor (cfr. sentencia de 24 de abril de 1918), pero esta imputabilidad no significa culpa ni infracción de un deber propiamente tal.

Una argumentación semejante es expuesta por Albaladejo (155), Delgado (156), Díez-Picazo (157), Castán-García Cantero (158) y Puig Brutau (159), en el sentido de que el carácter fortuito del impedimento que puede haber obstaculizado la recepción no es suficiente para excluir la mora del acreedor. El deudor no tiene por qué soportar el caso fortuito que le impide liberarse en tiempo oportuno por imposibilidad del acreedor cuando puede ejecutar la prestación. No es justo que resulte perjudicado el deudor en tal caso.

También se afirma que las consecuencias de la mora del acreedor no se resuelven nunca en una obligación independiente de indemnizar, pues no nacen de una deuda suya y sí simplemente de la carga de no impedir la liberación.

(154) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, *cit.*, p. 297.

(155) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.*, p. 153.

(156) DELGADO, en «Lacruz»: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.* p. 253.

(157) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I., *cit.*, p. 724.

(158) CASTÁN-GARCÍA CANTERO: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, *cit.*, p. 217.

(159) PUIG BRUTAU: *Mora*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. XVI, *cit.* p. 648.

g) *Opinión personal*

Hemos visto cómo algunos pandectistas no deslindaron con claridad suficiente la mora del acreedor y la mora del deudor, concibiéndolas de forma unitaria y, en base a ello, llegaron a decir que ambas derivan del incumplimiento culpable de una obligación por parte del deudor o del acreedor (160). Para justificar esta conclusión se trae a colación el Derecho romano y el Derecho común, donde, se dice, existe un concepto unitario de la mora. Sin embargo, esta conclusión no deja de ser sorprendente si se tienen en cuenta numerosos textos del Digesto que ponen en evidencia las profundas diferencias existentes entre la mora del deudor y la mora del acreedor, y lo discutible que es afirmar que ésta se basa necesariamente en la culpa del acreedor. Ciertamente se aprecia en el Derecho romano que es un presupuesto común de la mora del acreedor y de la mora del deudor la existencia de una obligación vencida y la posibilidad del cumplimiento; sin embargo, es totalmente diversa la posición del deudor en la *mora debitoris* y la del acreedor en la *mora creditoris*, pues ésta presupone, sobre todo, que el deudor está dispuesto a cumplir: *si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles* (D. 46.3.39).

Según algunos autores, sería preciso que la demora del acreedor tuviese carácter culposo, con lo cual tratan de evidenciar que la mora del acreedor se basa en el incumplimiento de una obligación por él mismo, de igual manera que sucede en la mora del deudor.

A nuestro juicio, el examen de las fuentes muestra la inexactitud de esta tesis, fundada en un pretendido paralelismo entre ambos tipos de mora. Las expresiones con las que suele designarse en los textos del Digesto a la mora del acreedor [*per actorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret; per eum (locatorem) steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur*] (D. 18.6.5; D. 19.2.36) no pueden referirse más que a la no aceptación objetiva de la prestación. Constituye una prueba evidente que en D.13.5.18 la frase *per actorem stetit* se refiera también al caso en que *valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit*.

Tampoco el texto de Pomponio en que alude a la mora del acreedor (el comprador) constituye un argumento convincente en favor de la

(160) Es evidente que la mora del deudor tiene su causa en un retraso culpable en el cumplimiento del deber de prestación. Así lo afirma de forma unánime la doctrina (DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I., cit., p. 247. DELGADO: en «LACRUZ», *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 247. ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 182) y la jurisprudencia (sentencia de 26-2-1970, en C.L. núm. 95, y 14-10-1975, en C.L. núm. 524), lo cual es acorde con una constante tradición histórica (cfr., BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pp. 928 a 930 y 13 y 14, que muestra las opiniones de BARBOSA, BARTOLO, SALICETO y otros autores del Derecho común que así lo afirman), reflejada en el comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1011 del Proyecto de 1851 (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 542).

tesis que estamos analizando críticamente: *Mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediatur, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere* (D. 19.1.3).

Es evidente que Pomponio ha querido determinar la esencia de la *mora creditoris* considerando fundamental el requisito de la disposición del deudor a cumplir, sin referirse a la culpa y a otras condiciones especiales del acreedor.

Dernburg, según dijimos, se apoya básicamente en un texto de Africano para afirmar el paralelismo entre la mora del deudor y la mora del acreedor al no aceptar el pago. Dice así este texto: *Nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet* (D. 17.1.37).

Observa Dernburg, como vimos, que si *frustratio* en la mora del deudor significa retraso culpable, esta palabra, en la mora del acreedor, no puede tener otro significado.

Frente a esta argumentación tiene razón Scuto (161) al decir que es totalmente errónea. Lo que Africano afirma es que nadie puede ser beneficiado por su propio retraso. La palabra *frustratio* es equivalente a mora, sin que pueda entenderse diversamente del *quo minus solveret aut acciperet*. Recuerda Scuto que Gotofredo, al glosar este fragmento, afirma que *frustratio mora est: qui frustratur moratur*. Con plena corrección, D'Ors, Hernández-Tejero, Fuenteseca, García Garrido y Burillo (162) traducen este fragmento del Digesto de la siguiente manera: «...salvo que dependiese del promitente el no haber pagado dentro del plazo, o del acreedor el no recibirlo, pues no debe aprovechar a ninguno de ellos su propia *mora*» (163).

Como dijimos, Dernburg tiene también en cuenta otro importante texto de Marcelo que aparece en el Digesto: *Qui decem debet, si es obtulerit creditori et ille sine iusta causa accipere recusavit* (D. 46.3.72). Sin embargo, la *iusta causa* se refiere a un motivo objetivo, es decir, hace pensar en el caso en que la cosa que se pretende entregar no es conforme a la obligación, o que el cumplimiento no se produce en el tiempo o lugar oportuno.

Aparte de lo dicho, no se comprende bien la argumentación de Dernburg, ya que acepta la tesis de Kohler, diciendo, como vimos,

(161) SCUTO: *La mora del creditore, cit.*, p. 96, nota, 17.

(162) *El Digesto de Justiano*, t. I, versión castellana por D'ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA-GARRIDO y BURILLO, Pamplona, 1968, p. 633.

(163) DE ROBERTIS: *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, vol. I, Bari, 1983, pp. 26 y 31, precisa que la mora (*debitoris* y *creditoris*) es presentada en las fuentes bajo la noción de *frustratio* (D. 17.1.37). La noción técnica de *frustratio* se refiere de manera comprensiva a ambos tipos de mora (D. 17.1.37).

que la aceptación de la prestación ofrecida es un derecho y no un deber del acreedor, lo cual, según evidencia el propio Kohler, determina las profundas diferencias entre la mora del acreedor y la mora del deudor, y hace difícil admitir que la culpa sea un requisito necesario para que el acreedor incurra en mora.

Por todas las razones expuestas, coincidimos plenamente con el juicio de Kaser (164) y Bove (165) en el sentido de que la *mora creditoris* en el Derecho romano no implica como la *mora debitoris* la violación de una obligación. El acreedor no está obligado a la aceptación y, por tanto, no responde frente al deudor cuando no acepta la prestación. No obstante, se protege al deudor que hizo cuanto pudo para cumplir su obligación, siendo indiferente que el acreedor sea o no culpable al rehusar su cooperación (166).

Tampoco es claro que en el Derecho común se señalase unánimemente que la culpa es un presupuesto de la *mora creditoris*, justificándose así que tanto la mora del acreedor como la del deudor derivan del incumplimiento culpable. Los intérpretes y comentaristas del *Corpus Iuris civilis* no establecieron una teoría rigurosa, comúnmente aceptada, sobre la *mora creditoris*. Al examinar los textos del Digesto que se refieren a la misma mantuvieron las tesis más dispares, tanto en relación con los presupuestos que habían de concurrir como a la hora de precisar sus consecuencias (167), si bien es cierto que no suelen hacer una invocación expresa a la culpa del acreedor (168).

• (164) KASER: *Romisches Privatrecht*, München, 1979, p. 155; *Römisches Privatrecht*, t. I; *Das Altrömische, das Vorklassische und das Klassische Recht*, München, 1971, p. 517.

(165) BOVE: *Offerta reale*, en «Enciclopedia del Diritto», t. XXIX, Milán, 1979, página 773.

(166) Sin embargo, en contra de lo que hemos afirmado y puesto de relieve, DE ROBERTIS (*La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, tomo I, cit., p. 32) llega a la conclusión de que la noción originaria de mora-incumplimiento comprende unitariamente tanto la mora del deudor como la mora del acreedor.

Según DE ROBERTIS (*op. cit.*, p. 31, nota 95), la noción técnica de *frustratio* se refiere comprensivamente a uno y otro tipo de mora (D. 17,1,37) e implica un tratamiento unitario, no sólo sistemático, sino también conceptual, de los dos tipos de mora.

Más todavía que en el concepto de incumplimiento, en el concepto más amplio de impedimento se encuentra el punto de convergencia originaria entre los dos géneros de mora. El sentido fundamental de la mora se encuentra en el paralelismo estructural entre los dos momentos moratorios contrapuestos del deudor y del acreedor, respectivamente.

(167) Se aprecia en este sentido un notable contraste con lo que acontece en la *mora debitoris*, donde de forma unánime los comentaristas del Derecho común mencionan la culpa del deudor, ya que la *mora debitoris*, como fuente de responsabilidad, requiere la culpa (BARTOLO, DECIUS, SALICETO, BARBOSA, DONELLO y otros muchos) (cfr., BARBOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., pp. 928-930, nota 100).

(168) DONELLO: *Comm. ad. tit. Dig. de usuris et mora*, cap. V, en *Opera Omnia*, t. X, cit., pp. 1494-1496. VOET: *Commentarius ad Pandectas*, cit., t. IV, libr.

Para evidenciar lo que acabamos de decir, nada mejor que exponer las opiniones de autores como Cujacio, Donello, Vinnio y Richeri.

Cujacio (169) distingue entre justa demora e injusta demora del acreedor en aceptar la cosa ofrecida por el deudor. La mora del acreedor surge cuando existe una *injusta dilatio accipiendi quod debetur*, lo cual no tiene lugar, según Cujacio, cuando el acreedor rechaza un ofrecimiento de pago que ha tenido lugar antes del día señalado.

Hay que destacar, sin embargo, que Cujacio define también a la *mora solvendi* como *injusta dilatio solvendi*.

Según Donello (170), *creditor moram facere in accipiendo intelligitur is, solum, qui, quod oportuno loco, et tempore offertur, recusat accipere. Quod autem secus offertur, eius recusandi honesta ratio est. L. si soluturus, de solut. L. qui Romae, in prin. verb. oblig.*

Al definir la mora del acreedor, afirma lo siguiente: *quod offertur, recusat accipere*.

Muy interesante es la afirmación de Vinnio (171) en el sentido de que el acreedor no está obligado a recibir la deuda; ni aun cuando se la ofreciese el mismo deudor se le obligaría a ello. Pero lo que el mismo deudor puede hacer en este caso puede hacerlo el extraño (tercero que ofrece el pago al acreedor), a saber: consignar y depositar el dinero ofrecido, cuya consignación hace las veces de solución, *l. 9, C. de solut.*

También es elocuente la exposición de Richeri (172), que define la mora del acreedor como *dilatio frustratoria solutionis accipiendae*.

Desarrollando la definición expuesta, afirma Richeri lo siguiente: *postremo innuimus, tum debitorem, qui congruo tempore non solverit, et loco solutionem, qui oblatam convenienti tempore, et loco solutionem accipere recusaverit, in mora constitutum judicari*.

Las opiniones de Domat (174) y Pothier (175), así como los trabajos preparatorios del Código civil francés (176), no dan base alguna

XLVI, título III, XXVIII, p. 391, y t. II, libr. XXII, I, XVII, p. 505. CUJACIO: *Opera Omnia*, t. V, cit., pp. 401 y ss. RICHERI: *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia t. IX, cit.*, pp. 282, y ss. VINNIO: *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, anotado por Heineccio y seguido de las cuestiones selectas del mismo autor (traducción al español de J. L. Y V. S.), tomo II, Barcelona 1867, p. 41.

(169) CUJACIO: *Opera Omnia*, t. v, cit., p. 404.

(170) DONELLO: *Opera Omnia*, t. X, cit., p. 1495.

(171) VINNIO: *Comentario académico y forense...*, t. II., cit., p. 41.

(172) RICHERI: *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia*, t. IX, cit., p. 282.

(173) RICHERI: *Loc. cit. ant.*

(174) DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel, cit.*, p. 284.

(175) POTHIER: *Traité des obligations*, vol. I, cit., p. 339.

(176) FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, cit., pp. 313 y ss.

para justificar la tesis que comentamos críticamente, ya que, en especial Pothier, establece un tratamiento específico de la mora del acreedor, claramente diferenciable del de la mora del deudor, examinándose su consecuencia fundamental: la liberación del deudor por medio de la consignación de la cosa debida.

Con claridad, Domat (177) señala que el deudor no puede consignar la cosa debida si existe alguna justa causa para rechazar el pago (*quelque juste cause de le refuser*), con lo cual no exige la conducta culpable del acreedor.

Pothier (178) se limita a destacar que la consignación procede cuando el acreedor rehúsa recibir la cosa o la suma a él ofrecida, siendo puesto en mora de recibir por las ofertas válidas que se le han hecho.

Nuestro Código civil, de igual forma que el Código civil francés (artículo 1.257), en el que claramente se inspira, no establece el requisito de la culpa del acreedor. El artículo 1.176 dispone que «si el acreedor a quien se hiciese el ofrecimiento de pago se negase sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida». Esta negativa sin razón a admitir el pago, que, como hemos apuntado, va a determinar la mora del acreedor, no implica necesariamente la culpa del acreedor. Cabe perfectamente pensar en una negativa sin razón que no implique una conducta culpable del acreedor, y si ello es posible, no parece lógico, a la vista del artículo 1.176, rechazar la posibilidad de la mora del acreedor. Buena prueba del acierto de esta tesis se encuentra en los casos excepcionales del párrafo 2.º del artículo 1.176, en donde, frente a circunstancias objetivas, que impiden hablar no sólo de culpa del acreedor, sino incluso de conducta del mismo, se prescinde del ofrecimiento como trámite previo a la consignación.

El comentario de García Goyena (179) a los artículos 1.107 y 1.108 del Código civil es bastante elocuente en el sentido apuntado. El artículo 1.107 dispone que «si el acreedor rehusase admitir la cosa o cantidad debida, puede el deudor extinguir su obligación por medio del ofrecimiento y de la consignación que deberá hacerse en la forma que se prescribe en los artículos siguientes». No aparece la expresión «sin razón» que figura en el artículo 1.176 del Código civil. Tal vez porque el artículo 1.257 del Código civil francés se limita a decir «cuando el acreedor rehúsa recibir el pago». Sin embargo, García Goyena, al explicar el significado de la expresión «si el acreedor rehusase», afirma: sin justa causa y concurriendo todos los requisitos del artículo siguiente. Si por faltar alguno de éstos se resistiese el acree-

(177) DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 284.

(178) POTHIER: *Traité des obligations*, vol. I, cit., p. 339.

(179) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 593.

dor, y el Juez estimase justa su oposición, el ofrecimiento y consignación se tendrán por hechos (180).

El artículo 1.108 del Proyecto de 1951, de tenor muy similar al artículo 1.158 del Código civil francés, establece: «Para que el ofrecimiento produzca efecto es necesario: 1.º Que se haga por persona legítima para hacer el pago, y a quien tenga derecho para recibirlo. 2.º Que comprenda la totalidad de la deuda líquida y exigible, con sus intereses o réditos vencidos si los hubiese. 3.º Que esté cumplida la condición si la obligación fuere condicional, o vencido el plazo si se estipuló en favor del acreedor. 4.º Que el ofrecimiento sea de cumplir la obligación en la forma que se prescribe en los párrafos 1.º y 2.º de esta sección. 5.º Que el ofrecimiento se haga por ante escribano público y dos testigos».

Todo indica que el acreedor incurre en mora cuando no admite el pago ofrecido que cumple todos los requisitos de regularidad. Cuando esto sucede, existe una negativa sin razón del acreedor a admitirlo, con independencia de que haya actuado de manera culpable o no culpable. Basta la regularidad del ofrecimiento de pago para que, en caso de negativa del acreedor a aceptarlo, incurra en mora. La negativa sin razón a que alude el citado artículo 1.176 del Código civil está en clara relación con el texto de Marcelo (D. 46.3.72), tenido en cuenta por García Goyena, donde aparece la expresión *sine iusta causa ea accipere recusavit*. Ya hemos visto cómo no se identifica esta expresión con la culpa del acreedor. De esta manera nuestro Código civil y también el Código de Comercio se apartan del criterio expresamente acogido en las Partidas. La Ley 8.^a, título XIV de la Partida 5.^a (P. 5.14.8), al regular la oferta de pago y la consignación, dispone lo siguiente: *Otrosí dezimos que si el debdor quisiese pagar el debdo al que lo deuiesse recibir, o el otro non gelo quisiesse tomar, deue fazer afrenta, ante omes buenos en logar e en tiempo guisado, mostrando los maravedis de como quiere fazer la paga. E deue poner aquellos maravedis señalados en fieldad de algun ome bueno, o en la sacristania de alguna eglesia. E dende adelante es quito del debdo e non ha el otro demanda ninguna contra el. E aun dezimos que si los maravedis se perdiessen sin culpa del debdor, despues que fuessen puestos en fieldad, asi como sobre dicho es que el daño pertenece al señor del debdo tan solamente porque fue en culpa que lo no quiso recibir quando gelo quiso pagar.*

Al comentar este texto, Sala (181) se refiere expresamente a la culpa del acreedor en no recibir el dinero que se pierde sin culpa del deudor.

(180) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, cit.*, p. 593.

(181) SALA: *Ilustración del Derecho real de España*, t. II, Madrid, 1832, p. 27.

Gutiérrez (182) destaca que el efecto más natural de la consignación consiste en hacer correr a cargo del acreedor el peligro de la cosa consignada, porque fue en culpa que no la quiso recibir.

Gómez de la Serna y Montalbán (183) indican que la justicia quiere que el acreedor, por una negativa arbitraria e injusta, no pueda hacer de peor condición al deudor, y autoriza a éste para consignar lo que debe cuando el primero no consiente en recibirlo.

Escrache (184), sin embargo, teniendo en cuenta el mencionado texto de las Partidas, no menciona expresamente el requisito de la culpa, ya que se refiere a la negativa del acreedor a recibir la cantidad debida, diciendo que sucede a veces por motivos particulares se resiste el acreedor a recibir el pago de la cosa o cantidad que se le debe, y entonces el deudor tiene el arbitrio de ofrecerle el dinero delante de hombres buenos, o ante el Juez, como se acostumbra, y depositando en seguida con aprobación de éste.

En un sentido análogo se pronuncian Elías (185) y Navarro Amandi (186).

En relación con otro texto de las Partidas (P. 5.1.8), Gregorio López y Hermosilla no se refieren a la culpa del acreedor, sino a una negativa a recibir la cosa ofrecida por el deudor.

Gregorio López (187) da a entender que la mora del acreedor surgirá *si debitor obtulit congruo loco et tempore et creditor nolluit recipere* (glosa por aventura).

Hermosilla (188), al anotar la glosa de Gregorio López al mencionado texto, puntualiza, en análogo sentido, que la *mora creditoris* se produce si *debitor vini, grani et alterius quantitatis offert creditori suum debitum in tempore debito... et ipse renuit accipere*.

Nuestro Código civil, en el artículo 1.176, siguiendo el criterio del Proyecto de 1851, y, por ende, el del Código civil francés y la doctrina de Domat y Pothier, no parece exigir la culpa del acreedor para que quepa la consignación y, por lógica, la *mora creditoris*. En

(182) GUTIERREZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. IV, *Tratado de las obligaciones*, Madrid, 1884, pp. 140-141.

(183) GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. II, Madrid, 1877, p. 200.

(184) ESCRACHE: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1874, p. 515.

(185) ELÍAS: *Derecho civil general y foral de España*, t. III, Madrid-Barcelona, 1877, p. 515.

(186) NAVARRO AMANDI: *Código civil de España*, t. II, Madrid, 1880, pp. 56-57.

(187) GREGORIO LÓPEZ: *Las siete Partidas glosadas por el licenciado Gregorio López*, Salamanca, 1555, p. 4.

(188) HERMOSILLA: *Additiones, notae et resolutiones ad 7 Partit. glos. et cogita doct. Gregori Lopetti (in Quintam Partitam)*, Matriti, 1634, p. 70.

análogo sentido, el artículo 1.776 del Código civil, en clara conexión con el artículo 1.176, al disponer que «el depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito, podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante, y si éste lo resiste, podrá obtener el Juez la consignación». Además de los citados preceptos, los artículos donde aparecen concretas aplicaciones de la mora del acreedor no exigen en ningún momento la culpa del acreedor (artículos 1.185, 1.452, último párrafo, 1.505, 1.589 y 1.590 del Código civil; artículos 332 y 369 del Código de Comercio; artículo 48 de la Ley Cambiaria y del Cheque). Es muy significativo que el artículo 332 del Código de Comercio se refiera al caso en que el comprador rechaza sin justa causa el recibo de los efectos comprados, utilizándose la expresión que García Goyena emplea al comentar el artículo 1.107 del Proyecto de 1851. El artículo 369 del Código de Comercio ni siquiera alude al rehúse sin justa causa o sin razón, sino que menciona el rehúse en recibir los efectos. La culpa del acreedor no es exigida en modo alguno.

Para fundamentar esta tesis es digno de tenerse en cuenta el argumento formulado por Kohler y que ha sido reproducido por los autores que rechazan que la mora del acreedor tenga su causa en el incumplimiento culpable de una obligación. Ciertamente, es lógico pensar que no es justo hacer recaer sobre el deudor las consecuencias derivadas de un retraso causado por un hecho imputable al acreedor, con independencia de que actúe de forma culpable o no culpable, ya que ello procuraría a éste una ventaja injustificada.

4. No es precisa una especial interpelación

Ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo que contemplan la mora del acreedor exige una especial interpelación del deudor al acreedor para que surja aquélla, semejante a la que establece el artículo 1.110 del Código civil a propósito de la mora del deudor.

La razón de que no parezca precisa una especial interpelación al acreedor se encuentra, sin duda, en las profundas diferencias existentes entre la mora del deudor y la mora del acreedor, tanto en su función como en sus presupuestos, como ya hemos expuesto. No puede admitirse la unidad conceptual de ambos tipos de mora, estableciéndose idénticos requisitos y consecuencias para una y otra. La mora del acreedor no es, tal como hemos apuntado en relación con el problema de la culpa, un espejo (*Spiegelbild*) de la mora del deudor. Por ello, el hecho de que el artículo 1.100 del Código civil exija la interpelación del acreedor para que surja la mora del deudor, no constituye un argumento decisivo para justificar la necesidad de una especial interpelación al acreedor, porque no creemos que exista identidad de razón (artículo 4-1.º del Título Preliminar del Código civil) debido

a las profundas diferencias que existen entre la mora del deudor y la mora del acreedor y, además, porque ninguno de los preceptos que constituyen aplicaciones concretas del instituto de la mora del acreedor en nuestro Derecho (189) condiciona la existencia de la misma a una especial intimación o interpelación (190).

V. EFECTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR

Uno de los problemas fundamentales que plantea en nuestro Derecho la mora del acreedor es el relativo a la determinación de sus efectos jurídicos, debido a la situación legal descrita. La solución del problema ha de acometerse desde una doble perspectiva: la subsistencia del vínculo obligatorio, a pesar de la mora del acreedor, y que no resulte agravada la posición del deudor por un hecho imputable al acreedor. Tales circunstancias están presentes en las sentencias que contemplan supuestos relativos a la mora del acreedor.

Conviene remarcar de nuevo que nuestro Tribunal Supremo rechaza en las sentencias de 9 de julio de 1941, 5 de junio de 1944, 21 de junio de 1947 e implícitamente en todas las reseñadas, los argumentos esgrimidos para apoyar la tesis de que el ofrecimiento de pago no seguido de la consignación de lo debido carece de toda eficacia.

1. La mora del acreedor impide que el deudor incurra en mora y, en su caso, excluye la «mora solvendi» ya comenzada

Este efecto no es señalado de forma expresa y categórica por el Código civil o el Código de Comercio; sin embargo, hay que afirmarlo por la sencilla razón de que la mora del deudor exige, a diferencia de la mora del acreedor, la culpa del deudor (191), que falta cuando surge la mora del acreedor, ya que, a partir de ésta, el retraso en el cumplimiento deja de ser imputable a la conducta del deudor. El retraso en el cumplimiento, a partir de la mora del acreedor, en modo alguno es imputable al deudor, sino a la conducta del acreedor, por lo que aquél no será responsable por ello de los daños y perjuicios que la demora en el cumplimiento ocasione al acreedor. Naturalmente, esta consecuencia hay que afirmarla a partir del momento en

(189) Vid. DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., p. 725.

(190) CROME (*Teoría fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., p. 194, nota 31) alegó un argumento semejante en base a los artículos 1.757 y 1.794 del Código civil francés y 1.641 del Código civil italiano de 1865.

(191) Vid. nota 160.

que surge la mora del acreedor, es decir, persisten los efectos producidos mientras existió la mora del deudor. Esta cesa con efectos *ex nunc*, subsistiendo la anterior responsabilidad en que el deudor hubiera incurrido (192).

El efecto señalado presupone que el deudor ha ofrecido regularmente el pago y que el acreedor se niega sin razón a recibirlo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1978, anteriormente señalada, afirma que en el caso de autos no existe mora del acreedor, pues para que el acreedor resulte moroso es sobre la base de que el comportamiento del deudor no ponga en evidencia que su aparente voluntad de cumplimiento no era real.

También tiene interés la citada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1943, rechazando la existencia de *mora accipiendi*, ya que por la parte acreedora no existía negativa o resistencia al cobro.

Igualmente es clara al respecto la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1950, al afirmar que en el caso de autos no se daban las condiciones precisas para que tuviese lugar la *mora accipiendi*. El que dijera de palabra el Secretario del Juzgado de Paz que el actor (acreedor) que habían dejado para él unos dineros sin liquidación alguna, no tiene valor jurídico para la consignación, ni siquiera a los efectos de la *mora accipiendi*.

El efecto jurídico señalado es afirmado de manera constante por la jurisprudencia, seguida por la doctrina (193) de manera unánime, siendo especialmente evidente en este sentido las referidas sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1982, 9 de julio de 1941, 5 de junio de 1944, 22 de noviembre de 1962, 31 de octubre de 1968, 12 de junio de 1969 y 30 de mayo de 1986.

La *mora creditotis* va a impedir, al haberse producido la exclusión o la

(192) Así se infiere de los artículos 1.101 y 1.108 del Código civil.

(193) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 154. CASTÁN-GARCÍA-CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, cit., p. 217. DíEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., p. 725. DíEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 1983, p. 281. ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, t. III, cit., p. 211. SANTOS BRIZ: *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. III, cit., p. 544. DE DIEGO LORA: *La consignación judicial*, cit., pp. 43 y 44. PASCUAL ESTEVILL: *El pago*, cit., p. 370. RUIZ SERRAMALERA: *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, cit., p. 232. PUIG BRUTAU: *La mora*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica, t. XVI, cit., p. 649. MALUQUER DE MONTES: *Ofrecimiento de pago*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica, t. XVIII, vol. 1.º, p. 430. EYRE: *Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial*, cit., p. 26. BERCOVITZ, RODRIGO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, cit., p. 239. BELTRAN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., p. 476.

compensación de la mora del deudor, que se produzcan las consecuencias derivadas del incumplimiento. Con suma claridad, las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1968 y 15 de junio de 1987 precisan que el ofrecimiento real sin consignación libera al deudor de la posible tacha de incumplimiento, es decir, a quien ha de entregar la cosa y no puede hacerlo por la negativa de quien ha de recibirla. De aquí se siguen importantes consecuencias jurídicas que conviene mostrar con rigor y amplitud. Lógicamente, el acreedor no podrá ejercitar con éxito la acción para resolver el contrato por incumplimiento al encontrarse en situación de mora. Nuestra jurisprudencia, en numerosas sentencias, y la generalidad de los autores, entienden que sólo está legitimado para resolver el contrato bilateral el acreedor que ha cumplido aquello que le incumbía, o que estaba dispuesto a cumplirlo, y que sufre el incumplimiento de la obligación de la parte contraria (194).

La inviabilidad de la resolución del contrato por el acreedor moroso aparece nítida en el caso del mutualista que contempló la sentencia de 9 de julio de 1941, anteriormente examinada, al decir que la *mora accipiendi* obsta a la declaración autorizada por el artículo 1.124 del Código civil. Esta doctrina se ha repetido en un buen número de ocasiones. Incluso con anterioridad a esta sentencia, en la mencionada de 13 de marzo de 1930 se denegó la resolución del contrato porque se estimó probado que el acreedor se había negado a recibir las cuotas mensuales para imponer determinadas modificaciones en el contrato, no siendo el deudor culpable del impago, sino el acreedor. Muy parecido es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1944, ya examinada, donde el demandado no había pagado el precio estipulado en una promesa de venta por haberse negado el promitente a recibirlo.

En esta línea hay que citar también a la referida sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1968, que reproduce la doctrina de las anteriormente citadas.

Refiriéndonos a sentencias del Tribunal Supremo más recientes, la de 8 de febrero de 1975 (195) considera que el vendedor que se

(194) Concretamente afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (C.L. núm. 189; R.A. núm. 1196) que la resolución sólo puede lícitamente exigirla quien por su parte ha cumplido sus obligaciones, habida cuenta del carácter sinalagmático e interdependiente de las recíprocas así pactadas (sentencias de 1 de febrero de 1966, 28 de septiembre de 1965, 19 de febrero de 1969, 3 de junio de 1970 y 5 de junio de 1981).

A nivel doctrinal: ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.*, p. 102. DELGADO, en LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.*, p. 273. Díez-PICAZO: *El retardo, mora y resolución en los contratos sinalagmáticos*, en «ACD», 1969, p. 397.

(195) C.L. núm. 49; R.A. núm. 147.

ha negado al cobro de lo que justamente se le ofrecía, creando voluntariamente la situación de impago, no puede ejercitar la acción resolutoria del contrato de compraventa de un piso con precio aplazado (artículos 1.124 y 1.504 del Código civil). En definitiva, que el acreedor moroso no puede ejercitar en tal caso la acción resolutoria, ya que, como se afirma en esta sentencia, de acuerdo con una constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se requiere no sólo el hecho en sí del incumplimiento, sino la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, lo que en este caso no existió. Tampoco existe una conducta del deudor que de forma continua, y sin razón que lo justifique, deje de cumplir lo pactado, que según la reciente doctrina del Tribunal Supremo justifica la resolución del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1985) (196).

Para la citada sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 sólo puede resolverse el contrato cuando existe una voluntad manifiesta de incumplir, no justificada; lo cual implica, sin duda, que si el deudor no cumple la obligación por la conducta morosa del acreedor, éste no puede resolver el contrato, ya que existe una causa que justifica que el deudor no cumpla el día señalado en el contrato: la falta de colaboración del acreedor.

Con toda razón en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1984 (197) no se considera procedente la resolución de la compraventa porque ambas partes habían incumplido sus obligaciones, descartándose lógicamente la existencia de *mora accipiendi*.

La circunstancia de que no pueda imputarse el incumplimiento al deudor, al haber incurrido en mora el acreedor, determina que no pueda éste enervar el ejercicio del derecho de retracto por el deudor, como claramente afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1962, anteriormente examinada.

En el marco de las relaciones sinalgmáticas, de las sentencias de 9 de febrero y 22 de marzo de 1985 (198) se desprende que el deudor que ofrece cumplir, aun sin proceder a la consignación judicial de lo debido, está legitimado para exigir a la otra parte el cumplimiento de sus obligaciones, de tal suerte que ésta no puede justificar el incumplimiento de las mismas basándose en que el ofrecimiento de pago no fue seguido de la consignación judicial.

(196) C.L. núm. 733; R.A. núm. 6202.

(197) C.L. núm. 385; R.A. núm. 3240.

(198) C.L. núm. 87 y R.A. núm. 541; C.L. núm. 189 y R.A. núm. 1196.

En el caso de la sentencia de 22 de marzo de 1985 las partes suscribieron un compromiso de compraventa de una finca urbana, en el que estipularon los pagos parciales abonables hasta efectuar el pago total del precio en el momento del otorgamiento de la escritura pública. Ante la demanda de cumplimiento de la compradora, que ya había entregado un millón quinientas diecisiete mil ochocientas cuarenta y dos pesetas a cuenta, las Salas de instancia estimaron tal petición y condenaron al demandado a que otorgase la escritura, por entender que dicha compradora había requerido suficientemente al vendedor con el ofrecimiento del resto del precio, y que las objeciones de éste carecían de eficacia, y que por ello la resolución que dicho vendedor solicitó era ineficaz, siendo él, contrariamente, el que, ante las reiteradas reclamaciones para otorgar la escritura, había incumplido el contrato. No prosperó el recurso de casación interpuesto por el vendedor, en el que alegó que la compradora había incumplido el contrato, ya que el ofrecimiento del precio que restaba por pagar no fue seguido de la consignación judicial.

El Tribunal Supremo justifica convincentemente la desestimación del motivo alegado por el vendedor en el recurso, porque el comprador que ofrece cumplir, según la previsión contractual, mediante la entrega del precio a la firma de la escritura, no está obligado a consignar judicialmente frente a la actitud de la otra parte que se resiste a cumplir, pues la entrega material del dinero no habrá de hacerse, sino hasta aquel momento, y, como ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 1985, ni del contenido del contrato ni de las normas generales del contrato de compraventa de inmuebles puede desprenderse que le sea exigible al comprador aumentar sus deberes de contratante cumplidor con un «plus» de garantía para el vendedor que se resiste al cumplimiento de modo injustificado, tal como imponerle la consignación judicial del precio, tema que tiene su propia dialéctica y normativa (1.500, 1.504 y 1.124 del Código civil) y garantía de los derechos del vendedor.

Al producirse la compensación o la exclusión de la mora del deudor por la mora del acreedor, es lógico que, siendo la relación que vincula a las partes sinalagmáticas, el deudor, que ha llevado a cabo infructuosamente el ofrecimiento de pago, pueda instar la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la otra parte, que no ha prestado la necesaria cooperación y que lógicamente *no ejecuta la contraprestación*. Una clara aplicación de este efecto aparece en los artículos 1.505 del Código civil y 332 del Código de Comercio.

A tenor del artículo 1.505 del Código civil, «respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibir-

la, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación».

El fundamento de este precepto, en clara conexión con la teoría que defendemos en este estudio, es señalado por García Cantero (199) al decir que inserto en el capítulo dedicado a las obligaciones del comprador el artículo 1.505 regula el ejercicio de la facultad resolutoria otorgada al vendedor en el caso de que aquél incumpla el *onus* de colaborar a la obligación de entrega de este último, y asimismo en el supuesto de no cumplimiento puntual de su fundamental obligación de pago en la compraventa mobiliaria.

No hay una obligación en sentido técnico de recibir la cosa comprada. Sólo hay un *onus* de colaborar con el vendedor para el cumplimiento de la principal obligación de éste; pero este *onus* está fuertemente protegido por el legislador, sancionándose su no realización con la resolución automática en el artículo 1.505.

Un presupuesto básico para la aplicación del artículo 1.505 es la mora del comprador. El artículo lo expresa así: Cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o presentándose, no se haya ofrecido al mismo tiempo el precio. Se trata de dos posibles actitudes, cada una de las cuales, por separado, da origen a la resolución automática del contrato; o bien el comprador no colabora con el vendedor en la entrega, incurriendo en *mora accipiendi*, o bien no paga, incurriendo en *mora solvendi*.

Aunque el precepto citado dice que el comprador ha de presentarse a recibir la cosa *antes* de vencer el término para la entrega de la cosa, ha de entenderse en el sentido de que deberá hacerlo antes de que dicho plazo haya transcurrido. No se alude a la causa de esta falta de presentación del comprador, predominando en la doctrina la opinión, consecuente con la que defendemos en este estudio sobre la no necesidad de la culpa del acreedor para que surja la mora del acreedor, de que resulta indiferente que se deba a culpa del mismo o a causas objetivas, con tal que no proceda del hecho propio del vendedor (200).

A tenor del artículo 332 del Código de Comercio, «si el comprador rehusase sin justa causa el recibo de los efectos comprados, podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías».

(199) GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XIX, Madrid, 1980, p. 439.

(200) GARCÍA CANTERO: *op. cit. ant.*, p. 441.

La rescisión del contrato, de que habla dicho precepto, constituye una auténtica resolución de la compraventa mercantil a instancia del vendedor fundamentada en la *mora accipiendi* del comprador.

Es evidente que el acreedor no podrá hacer efectiva una cláusula penal, de conformidad con un criterio que ya aparece en el Derecho romano (D. 45.1.122; D. 4.8.23.24) (201). En atención a lo dispuesto en el artículo 1.152 del Código civil, la pena convencional no parece exigible cuando no cumpla el deudor por una causa imputable al acreedor.

Parece también evidente que, a partir de la *compensatio morae*, dejarán de correr los intereses moratorios a los que se refiere el artículo 1.108 del Código civil en relación con las obligaciones pecuniarias.

Es lógico que, basándose en el carácter accesorio de la fianza, Brinz (202) apunte que la excusa, la compensación y la liberación del deudor principal deben producirse también respecto al fiador.

La *compensatio morae*, sin embargo, no determina que el pago de lo debido haya de computarse de acuerdo con el valor que tengan las cosas cuando ya existe mora del acreedor, sino que hay que atender el valor que tenían al producirse el ofrecimiento infructuoso del pago al acreedor. Sin perjuicio de que, como veremos, el acreedor moroso haya de abonar al deudor los gastos derivados de la conservación y custodia de la cosa debida.

Esta fue la solución que adoptaron Gregorio López (203) y Hermosilla (204) al glosar el texto que aparece en la Ley 8, título 1 de la Partida 5.^a (P.5.1.8), atendiendo el valor de las cosas al tiempo del ofrecimiento del pago. Así, en el ejemplo que pone Hermosilla, si el modio de trigo valía a razón de un escudo cuando tuvo lugar el ofrecimiento de pago, y después de la mora del acreedor el valor del modio aumenta a dos escudos, la estimación (*aestimatio*) ha de hacerse a razón de un escudo.

Afirma concretamente Gregorio López (glosa *según valiera*), *si debitor obtulit congruo loco et tempore, et creditor noluit recipere, an*

(201) GLÜCK: *Comentario alle Pandette*, libro II, *cit.*, p. 802. MONTEL: *Mora. Diritto romano*, en «Novissimo Digesto italiano», t. X, Turín, 1980, p. 900.

(202) BRINZ: *Lerhbuch der Pandekten*, t. II, *cit.*, p. 310, nota 14.

En el Derecho romano, la *mora accipiendi* hacía perder al acreedor las garantías reales y personales que tuviera mediante la concesión de una *exceptio* (D'ORS: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983, p. 452).

(203) GREGORIO LÓPEZ: *Las siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*, *cit.*, p. 4.

(204) HERMOSILLA: *Additiones, notae et resolutiones ad 7. Part. gloss. et cogita doct. Gregorii Lopetti (in Quintam Partitam)*, *cit.*, p. 70.

in solutione regulatur secundum valorem rei tempore oblationis, et morae creditoris, vi. Jaso, in d. l. vionum co 4.

Según Hermosilla, *nota tertio ex Glox. in verif. et id quid contra, quod si debitor vini, et grani et alterius quantitatis offert creditori suum debitum in tempore debito, quo modius tritici valebat ad ratione unius scuti, et ipse renuit accipere, et post moram creditoris, aestimatio crescat ad rationem duorum scutorum, quod deinde debitor no tenebitur absolutionem praedictarum rerum, nisi in ea aestimatio- ne quae secundim tempus oblationis, et morae a creditore factae communiter habetur, et reliquum pretium, quod creiuit, iuste sibi retinebit ex Jassone, ad quem Greg. Lop. hic se remittit, in l. vinum, sub numer. 8 ss si cert. petat; et ante eos haec fuit opinio Cyni, in l. in minorem, quaestion 9.C. de in integr. rest.*

Puntualiza también Hermosilla que *aestimatio post mora debet fieri secundum valorem quem res habebat in loco, quo tradi debuit.*

La exclusión o la compensación de la mora es, además, una consecuencia afirmada por una constante tradición jurídica que se remonta al Derecho romano.

De *emendatio morae* habla Paulo: *Sequitur videre eo, quod veteres constituerunt, quotidiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit, et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitur an, si postea in mora non fuerit extingatur superior mora, et Celsus adulecens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posee emendare eam moram postea offerendo (D. 45.1.91.3).*

La confirmación de este efecto aparece con claridad expresada en otro texto de Labeon: *Si et per emptorem, et per venditorem mora fuisset, quo minus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait quasi si per emptorem solum stetisset: non enim potest videri mora per venditorem eptori facta esse impso moram faciente emptore (D. 19.1.51).*

La conclusión a que aparece llegar Labeon es que no procede la mora del deudor si el retraso es igualmente causado por el acreedor. Ello viene además confirmado en otro texto de Pomponio, que después de exponer un caso de Labeon, añade: *Sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei (venditori) sit (D. 18.6.18).*

Según Volterra (205), en el Derecho clásico la *purgatio morae*, en los negocios de buena fe, se llevaba a efecto judicialmente a través

(205) VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. esp. por DAZA), Madrid, 1986, p. 619.

de la sentencia del Juez que absolvía al deudor moroso demandado, si había hecho la oferta; en los negocios *stricti iuris*, en cambio, tenía lugar en tanto que el pretor concedía al deudor demandado una *exceptio doli* con la que paralizaba la acción del acreedor. En el Derecho justinianeo, la oferta del deudor moroso operaba *ipso iure*, librándolo tanto de la obligación como de los efectos de la mora. Esto parece responder al principio introducido por los bizantinos de que el deudor puede, en el momento del juicio, llevar a efecto la prestación, extinguiendo así la obligación (206).

En el Derecho común se establece con claridad esta doctrina, justificándose las restantes consecuencias anudadas a la mora del acreedor en este efecto fundamental (Cujacio, Donello, Voet, Richeri) (207).

Cujacio (208) afirma que *posterior mora actoris sive creditoris extinguit priorem moram debitoris*, interpretando un texto de Paulo que contempla la *mora creditoris*, al no existir una justa causa para que el acreedor no acepte el pago: *Sed etsi alia die offerat nec actor accipere voluit nec ulla causa iusta fuit non accipiendi, aequum est succurri reo aut exceptione aut justa interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat: ut illa verba «neque fecisset», hoc significant, ut neque in diem in quem constituit fecerit neque postea* (D.13.5.17).

El fundamento de esta tesis puede advertirse en la siguiente afirmación de Richeri (209): *Diximus, non imputari debitori moram, quae ex facto creditoris profiscatur*.

También se refieren a la *compensatio morae* nuestros clásicos. Para justificar que el dolo del vendedor se compensa con el del comprador, en el supuesto de venta de una cosa quemada o destruida en parte, sabiéndolo ambos, al que se refiere Gregorio López afirmando que *non daretur actio ex empto quia inter dolosos contractus bone fidei non proficit*, Hermosilla (210) recuerda las opiniones de los que también afirman la compensación de la culpa con la culpa, de la pena con la pena y de la mora con la mora (*moram cum mora compensari*).

(206) En este sentido, también GUARNERI-CITATI: *Contributi alla dottrina della mora nel diritto romano*, en «Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo», 11, 1923, pp. 222 y ss.

(207) CUJACIO: *Opera omnia*, t. V, *cit.*, pp. 401 y ss. DONELLO: *Opera omnia*, t. X, *cit.*, pp. 1494-1496. VOET: *Commentarius ad Pandectas*, t. II y IV, *cit.*, pp. 39 y 505, respectivamente. RICHERI: *Universa civilis et criminalis Jurisprudencia*, t. IX, *cit.*, p. 285.

(208) CUJACIO: *Loc. cit. ant.*

(209) RICHERI: *Loc. cit. ant.*

(210) HERMOSILLA: *Additiones, notae et resolutiones*, *cit.*, additio glossae VIII, Ad. An et Res. Gl. VIII, L XIII, t. V, P. 5.

Un criterio semejante es adoptado por los pandectistas alemanes al examinar los textos del Digesto relativos a la *mora accipiendi* (Windscheid, Glück, Dernburg, Brinz) (211).

En rigor, como dice Kaser (212), la exclusión o la compensación de la mora (la *emendatio morae*, de que habla Paulo en D.45.1.91.3) es lo que justifica los restantes efectos de la mora del acreedor.

2. El acreedor moroso soporta todas las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, siempre que ésta no sea imputable al deudor

La sentencia de 30 de mayo de 1986 afirma con claridad que uno de los efectos principales de la mora del acreedor es la atribución al mismo del riesgo de la pérdida fortuita de la cosa, rectificando así nuestro Tribunal Supremo el criterio adoptado en la sentencia de 9 de julio de 1941, que consideró que la *mora accipiendi*, determinada por la oferta real y no seguida de consignación, no tiene trascendencia en orden a la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida.

Hay que destacar que las sentencias posteriores a la de 9 de julio de 1941 no hacen semejante afirmación, ni siquiera a nivel incidental, a pesar de tener en cuenta la doctrina dicha sentencia.

La sentencia de 30 de mayo de 1986 es plenamente acertada en este punto por múltiples razones que vamos a exponer.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil era opinión dominante que el riesgo recaía sobre el acreedor a partir del momento en que se producía la consignación de la cosa debida. García Goyena (213) analiza con detenimiento la cuestión, diciendo lo siguiente al comentar el artículo 1.107 del Proyecto de 1.851: A pesar de esta contradicción sostienen algunos intérpretes que por la *simple oferta real* queda la cosa o cantidad a riesgo del acreedor según la citada Ley 72 (D.46.3.72), que cesaba en el pacto anticrético por la Ley 11, título 32, libro 4 del Código, y la cláusula penal según la 23, párrafos 3, 4 y 43, título 8, libro 4 del Digesto, y las usuras o intereses, cuando procedían de la simple mora personal; mas si procedían de pacto o de mora *in rem*, no cesaban sino por la consignación de depósito: las citadas leyes 9 y 19 del Código y 1, párrafos 3, 7, título 1, libro 22 del Digesto.

(211) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, t. II, parte 1.^a, *cit.*, pp. 338 y ss. GLÜCK: *Commentario alle Pandette*, libro II, *cit.*, p. 802. DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, *cit.*, p. 171, nota 11. BRINZ: *Lehrbuch der Pandekten*, t. II, *cit.*, p. 309.

(212) KASER: *Römisches Privatrecht*, *cit.*, p. 155.

(213) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, *cit.*, p. 593.

Según la Ley 8, título 14, Partida 5, no basta el ofrecimiento, y es necesaria la consignación, depósito o fiabilidad para que el peligro de la cosa sea de cuenta del acreedor; en nuestro artículo 1.109 se ha adoptado esta disposición, que aleja dudas y pleitos, y corta la cuestión agitada por los intérpretes del Derecho romano.

En evidente relación con el artículo 1.257 del Código civil francés y la doctrina de Domat y Pothier (214) y lo expuesto por García Goyena, el artículo 1.109 del Proyecto de 1851 va a disponer que «el ofrecimiento seguido de la consignación pone la cosa a riesgo del acreedor y surte los demás efectos del verdadero pago».

También García Goyena cita como antecedente de este criterio la Ley 8, título 14, de la Partida 5.1, que establece: *E aun dezimos que si los maravedis se perdiessen sin culpa del debdor, despues que fuesen puestos en fiabilidad, assi como sobre dicho es, que el daño pertenece al señor del debdo tan solamente, porque fue en culpa, que non lo quiso recibir quando gelo quiso pagar.*

Como es lógico, ante la claridad del texto, Gregorio López (215) afirma (glosa *deue poner*): *Ista oblatio, depositio, et consignatio requiritur ad hoc... et ut periculum pecuniae deinde spectet ad creditorem.*

Gutiérrez (216) apunta que el efecto más natural consiste en hacer correr a cargo del acreedor el peligro de la cosa consignada, *porque fue en culpa, que non lo quiso recibir*: doctrina de antiguo establecida en el derecho: *Qui decem debet si ea obtulerit creditori et ille justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor es sine culpa sua perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quanquam alicuando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset, quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esese* (Ley 72, tít. III, lib. XLVI, Dig.).

En análogo sentido se pronuncian Esreiche, Gómez de la Serna y Montalbán y, en general, los autores que comentan las Partidas (217).

(214) DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 284. POTHIER: *Traité des obligations*, vol. I, cit., p. 284.

(215) GREGORIO LÓPEZ: *Las siete Partidas glosadas por el licenciado Gregorio López*, cit., p. 100.

(216) GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, t. IV, cit., p. 140.

(217) ESCRICHE: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, cit., p. 515. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. II, cit., p. 200. SALA: *Ilustración del Derecho real de España*, t. II, cit., p. 27. ELÍAS: *Derecho civil general y foral de España*, cit., p. 51.

Es llamativo, sin embargo, que en el Febrero, por García Goyena, Aguirre y Montalbán (218) se afirme que la pérdida o menoscabo que sobrevenga de la cosa después de la mora o retardo en su entrega, es de cuenta del deudor, como también si acontece antes por culpa suya; faltando una y otra, es de cuenta del acreedor: leyes 18, 19 y 35, tít. 11; 23 y 27, tít. 5, Part. 5, y la 41, tít. 3, Part. 6. Sin embargo, queriendo el deudor moroso entregar la cosa, y rehusando el acreedor recibirla, es de cuenta del segundo la pérdida o menoscabo posterior de aquélla: Ley 17, tít. 5, Part. 5.

También es curioso que en el comentario de los artículos 1.530 y 1.531 del Proyecto de 1.851, de tenor similar al de los artículos 1.589 y 1.590 del Código civil y 1.788 y 1.789 del Código civil francés, García Goyena (219) afirme que uno de los efectos de la mora es pasar el peligro de la cosa al moroso.

Es significativo que Navarro Amandi (220), después de señalar que es disposición muy justa que corra el riesgo a cargo del acreedor durante el tiempo que esté consignada la cosa, pone de relieve que ello se fundamenta en que no quiso recibir lo que de derecho le correspondía; nadie más que él debe sufrir las consecuencias, mucho más habiendo quedado libre el deudor de la obligación, una vez consignado el pago a que por la misma estaba sujeto.

Igualmente llama la atención que Gómez de la Serna y Montalbán (221) afirmen que la obligación de entregar una cosa determinada hace que ésta corra a riesgo del acreedor desde que debía ser propietario de ella, a no intervenir culpa o tardanza en la entrega por parte del deudor.

Debemos señalar que en el Derecho romano y en el Derecho común existe un importante apoyo para sostener que el acreedor moroso soporta las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación. A fin de evitar cualquier equívoco, no parece muy acertada la invocación del texto de Marcelo contenido en Digesto 46.3.72 para justificar que la imputación del riesgo se transfiera al acreedor en el momento de la consignación de la cosa debida, ya que se alude en el mismo al ofrecimiento de pago que el acreedor rechaza sin justa causa; lo cual pone de manifiesto que, a diferencia

(218) GARCÍA GOYENA y AGUIRRE: *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, t. II, 4.^a edición corregida y aumentada por AGUIRRE y MONTALBÁN, reformada y considerablemente aumentada por VICENTE y CARAVANTES, Madrid, 1852, p. 213.

(219) GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, cit., pp. 801-802.

(220) NAVARRO AMANDI: *Código civil de España*, t. II, cit., p. 57.

(221) GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. II, cit., p. 206.

de las Partidas, la traslación del *periculum* al acreedor tiene lugar en el Derecho romano cuando éste incurre en mora. Kaser (222) y Jörs, Kunkel y Wenger (223) lo ponen de relieve teniendo en cuenta el texto anteriormente mencionado de Marcelo (224). De la mora en la aceptación no deriva que el deudor quede libre, aunque sí un alivio en la situación de éste: a) Si el deudor antes se hallaba sujeto a estricta responsabilidad, responderá ahora sólo por *dolus* y quedará, por consiguiente, libre cuando la prestación de una cosa específica se imposibilite sin dolo por su parte (POMP. D. 18.6.18; Marcelo, D. 46.3.72). b) En las deudas genéricas o de dinero es protegido por la *exceptio doli* cuando la cosa ofrecida parece sin *dolus* del deudor (Marcelo, P. c., *supra* al comienzo); excepcionalmente, el pretor le libera aun sin que ocurra el perecimiento de la cosa (ULP. D. 46.3.30) (225).

En el Derecho común no faltan autores que afirman que el acreedor moroso soporta el riesgo del perecimiento fortuito de la cosa debida. En dos importantes pasajes lo pone de relieve Richeri (226):

§ 1.104. *Postremus, atque gravissimi momenti effectus morae in eo consistit, quod obligatio perpetua fiat, etiamsi res debita perierit, dummodo aequae peritura non fuisset penes creditorem: atque actiones temporales redduntur perpetuae, saltem si mora judicialis facta sit; cum per litis contestationem actionis omnes perpetuentur. Idem fere obtinet in creditore, videlicet ei mora in accipiendo ita nocet, ut in ipsum transferat periculum rei debitaе: atque etiam soluit antichresim, si quae in pignore constituta sit.*

§ 1.107. *Praetera excusandus est debitor, qui propter casum rei debitaе contingentem, quem avertere non potuerit, dilationem solvendi faciat: puta si servus promissus in hostium potestatem venerit; aequus debitus a latronibus subreptus sit, nec statim, aut facile redimi possit: multo magis, si creditoris ipsius factum morae causam dedit: ne alioquin in potestate creditoris est, deteriores debitoris conditionem facere, quod non sinit aequitas.*

De esta forma bastante clara Cujacio (227) imputa el *periculum* al acreedor moroso: *Et ait periculum ad creditorem pertinere, debitorem liberari: quia verum est creditorem moram fecisse in accipiendo.*

(222) KASER: *Römisches Privatrecht*, cit., pp. 155-156.

(223) JÖRS, KUNKEL y WENGER: *Römisches Recht*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1978, p. 186.

(224) También BOVE: *Offerta reale. Storia*, cit., p. 733. VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 619. OURLIAC y MALAFOSSE: *Histoire du droit privé*, vol. 1.º, *Les obligations*, París, 1969, pp. 181-182. IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1979, p. 501. D'ORS: *Derecho privado romano*, cit., p. 452.

(225) KASER: *Loc. cit. ant.*

(226) RICHERI: *Universa civilis et criminalis Jurisprudencia*, t. IX, cit., pp. 283-284.

(227) CUJACIO: *Opera omnia*, t. V, cit., p. 404.

En relación con la cuestión planteada se tiene en cuenta el aforismo *genus nunquam perit* (228) para justificar y explicar el diverso tratamiento que surge cuando la obligación es genérica y cuando es específica: cuando se produce la pérdida fortuita de las cosas ofrecidas *post moram creditoris* la liberación del deudor tiene lugar *ope exceptionis e ipso iure*, respectivamente.

Este distinto tratamiento aparece claramente formulado por los glosadores, según ha evidenciado Caffarena (229) en su documentado estudio sobre el citado aforismo, transcribiendo las opiniones de Azon, Accursio, Odofredo y Cino.

Azon, que parece que fue quien por primera vez utilizó la fórmula que luego se convertiría en la conocida máxima *genus nunquam perit*, según apunta Caffarena (230), afirma: *Item et debitorum, et principalis obligationis praestant liberationem ipso iure si tamen debitum oblatum et sine causa sit recusatum, et sine culpa debitoris debitum perierit, et hoc si debitum in specie sit. Nam si in genere, contigit non ipso iure, sed per exceptionem liberatio.*

Una explicación semejante es expuesta, respectivamente, por Odofredo, Accursio y Cino, tal como evidencia Caffarena (231).

La doctrina posterior seguirá la orientación marcada, siendo muy interesantes las opiniones de Donello y Voet.

Según Donello (232): *Itaque non solum si rem oblatam creditor accipere noluerit, eaque postea perierit, debitor liberatur, ut modo diximus: L. si servum, sequitur, de verb. obligat, sed etiam in nummis, si debitor decem quae debet, obtulerit creditori, et ille sine justa causa accipere recusaverit, deinde debitor ea sine culpa esse perdidit: doli mali exceptione poterit se tueri, quanquam aliquando interpellatus non solverit. Quamvis enim verum sit, quae decem perierunt, non ea fuisse, quae debebantur, vulgoque dici soleat genus et pecuniam debitam, perire non posse: L. incendium, C. si cert. pet. tamen rectissime Marcellus: Non est, inquit, aequum teneri, pecunia amissa eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset. L. qui decem, de solut.*

Voet (233) precisa lo siguiente: *Circa obligationem et depositionem rei debitae observandum, si ea tantum realiter oblata sit, non item consignata atque deposita, liberi demum sine culpa debitoris pe-*

(228) Sobre el aforismo: CAFFARENA: *Genus nunquam perit*, en «ADC», 1982 pp. 305 y ss.

(229) CAFFARENA: *Genus nunquam perit*, cit., pp. 303 y ss.

(230) CAFFARENA: *Genus nunquam perit*, cit., p. 301.

(231) CAFFARENA: *Genus nunquam perit*, cit., pp. 304 y ss.

(232) DONELLO: *Opera omnia*, t. X, cit., p. 1493.

(233) VOET, *Commentarius ad Pandectas*, t. IV, cit., p. 1493.

rierit, sive corpus certum sit debitum, sive quantitas vel res in genere; qui non est aequum, pecunia amissa teneri eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset...; sic ut et ipse fur, qui semper in mora esse dicitur, liberatur a conductione furtiva, si postquam domino rem furtivam obtulit, ea desierit in rebus humanis esse.

Se afirma igualmente el principio de la imputación del riesgo al acreedor moroso en el *Droit coutumier* francés.

Beaumanoir (*Coutumes*, XXXIV, 54): *Autre coze seroit, se j'avoie vendu ou convencié aucune coze et je l'offroie à tans et à hore à delivrer, et il estoit en defaute de l'acceteur ou de celi, à qui je l'avoie convencié, de penre loi, et puis l'offre fete suofisamment le coze vendue ou convencié perissoit ou empiroit par mort ou'en autre maniere par le dalai de l'aceteur ou de celi, à qui ele devoit estre baillié par le convenence, et sans mes coupes; en tel cas doit courre li damaces sor celi, qui de mi le doit recevoir; car je ne li doi baillier le coze fors tele comme ele est, et il me doit paier ce qui me fu enconveniencié par le coze. Et se les deurées qu'il dut avoir par le convenence sont perdues ou empiriés, puis qu'eles li furent ofertes à livrer, sans mes coupes, il ne se doit penre de son damace fors à sa negligence.*

Bouteiller (*Somme Rural*, tit. 67, pp. 396 y 397): *Sçachez que puisque vente est faicte d'aucune chose dont la demeure de livrer n'est au vendeur, mais est à l'acheteur, sçachez que le dommage qui s'en peut ensuyvir appartient à celui qui (est) en demeure d'accomplir le marché, soit par le vendeur ou par l'acheteur, selon la loy qui dit: «Mora sua cuilibet est nociva».*

Si la chose vendue estoit perdue par le feu ou par outre meschef, sçachez que le dommage en demeureroit à celui sur qui la demeure seroit, justa illud: «Mora sua cuilibet est nociva» (233 bis).

También los pandectistas alemanes señalan este efecto de la *mora creditoris*, siempre que la pérdida del objeto de la prestación sobrevenga sin dolo o culpa lata del deudor (234). Aunque en el Digesto se habla exclusivamente de dolo, señala Glück (235) que el *dolus malus* comprende también la culpa lata. Se citan como textos fundamentales para justificar esta consecuencia los ya mencionados de Pomponio (D.18.6.18) y Marcelo (D.36.3.72).

Al igual que los comentaristas del Derecho común se afirma que el citado efecto tiene lugar también en el caso de la obligación genérica. Brinz (236) apoya esta tesis en el tan citado texto de Marcelo

(233 bis) SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 127.

(234) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, t. II, parte 1.ª, cit., p. 338. GLÜCK: *Commentario alle Pandette*, libro II, cit., p. 805. DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 171. BRINZ: *Lehrbuch des Pandekten*, t. II, cit., p. 309. ARNDTS: *Trattato delle Pandette*, libro II, cit., pp. 128-129.

(235) GLÜCK: *Commentario alle Pandette*, libro II, cit., p. 805.

(D. 46.3.72): *Etenim non est aequum teneri pecunia amissa, qui non teneretur si creditor accipere voluisset.*

Los antecedentes expuestos, con cierta controversia en torno al momento de la traslación del riesgo al acreedor moroso, seguramente han sido determinantes de que en la normativa del Código civil sobre el ofrecimiento de pago y la consignación se guarde un elocuente silencio sobre tan importante efecto, que hace, en principio, pensar que no se precisa la consignación para que el acreedor moroso soporte el riesgo del perecimiento fortuito de la cosa debida. Esta tesis es reforzada por diversos preceptos del Código civil que de forma parecida a como sucedía en el Derecho romano imputan al acreedor moroso el riesgo por la pérdida fortuita de la cosa debida. No se formula una regla general, a diferencia del BGB, del Código civil italiano o del Código civil portugués, pero la misma se desprende de las aplicaciones concretas que aparecen en los artículos 1.185, 1.452, último párrafo, 1.589 y 1.590 del Código civil.

A tenor del artículo 1.185, «cuando la deuda de cosa cierta y determinada procediese de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiera sido el motivo de la pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que debía recibirla, éste se hubiera sin razón negado a aceptarla».

Según el artículo 1.452, último párrafo, «si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora».

En los artículos 1.589 y 1.590 la morosidad en recibir del dueño de la obra preserva el derecho del contratista a la contraprestación, no obstante la pérdida fortuita de la obra o de los materiales suministrados por el contratista.

De todos estos preceptos cabe sostener la aplicación general de la regla en ellos latente, que no es otra que la imputación del riesgo al acreedor moroso; lo que concuerda con la tesis generalmente admitida por la doctrina (237).

(236) BRINZ: *Lehrbuch des Pandekten*, t. II, cit., p. 309, nota 10.

(237) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 153. DíEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., p. 725. DíEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, t. II, cit., p. 281. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. X, cit., pp. 696 y 697. SCAEVOLA *Código civil*, t. XXIV, Madrid, 1951. p. 83. EYRE: *Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial*, cit., pp. 26 y 28. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 112. BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, cit., p. 239. NART: *Pago por consignación*, cit., p. 208. ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, t. III, cit., p. 211. PASCUAL ESTEVILL: *El pago*, cit., p. 370. RUIZ SERRAMALERA: *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, cit., p. 232. PUIG BRUTAU: *Mora*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. XVI, cit., p. 648.

Todo lo afirmado parte de la base de que la imposibilidad sobrevenida de la prestación tenga su origen en el caso fortuito o la fuerza mayor, y no en un hecho imputable al propio deudor. Nótese que, a tenor del artículo 1.182 del Código civil, «quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyese sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora», por lo que si la imposibilidad se debe a la conducta culpable del deudor, a pesar de existir mora del acreedor no se producirá la liberación del deudor. Lo mismo acontecerá si la obligación es de hacer (art. 1.184 C.c.). Para que la imposibilidad sobrevenida de la prestación sea soportada por el acreedor moroso y se produzca la liberación del deudor, tienen que concurrir todos los presupuestos que se deducen de estos preceptos.

3. El acreedor moroso ha de abonar los gastos derivados de la conservación y custodia de la cosa debida

Esta consecuencia no es afirmada de forma expresa por las sentencias que contemplan la mora del acreedor. Tampoco esta consecuencia aparece determinada en la normativa del Código civil, pues el artículo 1.179 sólo se refiere a los gastos de la consignación, que serán de cuenta del acreedor. El artículo 332 del Código de Comercio establece una concreta aplicación del artículo 1.179 al disponer que «los gastos que origine el depósito serán de cuenta de quien hubiera dado motivo para constituirlo». Sin embargo, dicha consecuencia es admitida de acuerdo con una tradición que se remonta al Derecho romano (238). Encontramos en el Digesto (D. 33.6.8) un importante texto de Pomponio sobre el resarcimiento del *damnum propter moram*: *Si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit, quo minus accipiat, periculose heredem facturum, si id vinum effundet: sed legatarium petendem vinum ad herede doli mali exceptione placuit summoveri, si id non praestet id, quod propter moram eius damnum passus sit heres.*

También es importante otro texto de Celso (D. 19.1.38): *Si venditor hominis dixit peculium eum habere decem nec quemquam adempturum, et si plus habet, totum praestet, nisi hoc actum est, ut dumtaxat decem et talem servum esse, ut tantum peculii habeat. Si per emptorem steterit, quo minus et mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Druxus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.*

(238) KASER: *Römisches Privatrecht*, cit., p. 156. VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 619. OURLIAC y MALAFOSSE: *Histoire du droit privé*, vol. 1.º, París, 1969., p. 181. IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1979, p. 501.

El *damnum* consistirá fundamentalmente en los gastos derivados de la custodia y conservación de los objetos debidos, según señalan los pandectistas alemanes (239). Kaser (240) precisa que el resarcimiento podía conseguirlo el deudor reteniendo la prestación hasta que le fuesen reembolsados los gastos (gastos por la prolongada custodia). Este derecho de retención se hace efectivo mediante la *exceptio doli* (D. 33.6.8; D. 19.1.38; D.1.6.1). Los pandectistas se refieren a este derecho: Dernburg (241) y Brinz (242) destacan con claridad que existe un derecho de retención (*Retentionsrecht*) del deudor en el supuesto apuntado, apoyándose en los citados textos del Digesto.

A diferencia del artículo 1.179 del Código civil, el precedente inmediato del mismo, el artículo 1.113 del Proyecto de 1851, establece que «los gastos que ocasione el ofrecimiento de pago y su consignación son de cargo del acreedor, siempre que se hubiesen llenado los requisitos que se han expresado».

En el comentario de este precepto, García Goyena (243) precisa que el acreedor provoca estos gastos por su injusta resistencia: debe, pues, sufrirlos; en el caso contrario, es decir, cuando el Juez declara que la resistencia u oposición es justa, los gastos deberán ser de cuenta del deudor, porque la culpa es suya; ve los artículos 1.092 y 1.388.

Concuerda este precepto con el artículo 1.260 del Código civil francés, 1.443 del hilandés, 946 del de Vaud, 1.350 del Sardo y 1.214 del napolitano. El artículo 1.260 del Código civil francés es de un tenor casi idéntico al del artículo 1.113 del Proyecto de 1851: Los gastos de las ofertas reales y de la consignación son a cargo del acreedor, si son válidas.

Es evidente que el artículo 1.113 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.260 del Código civil francés, antecedente del mismo, dan a entender que todos los gastos que surjan a partir de la demora del acreedor en recibir el pago regularmente ofrecido por el deudor (*mora creditoris*) son a cargo del acreedor por la razón afirmada por García Goyena.

Nuestro Código civil sólo se refiere en el artículo 1.179 a los gastos de la consignación, pero los precedentes expuestos y la argumen-

(239) MOMMSEN: *Die Lehre von Mora*, cit., p. 297. HIRSCH: *Zur Revision der Lehre von Gläubigersverzug*, Leipzig, 1895, p. 142. WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, t. II, parte 1.^a, cit., p. 339.

(240) KASER: *Römisches Privatrech*, cit., p. 156. También VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 619.

(241) DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 173.

(242) BRINZ: *Lehrbuch des Pandekten*, t. II, cit., p. 309.

(243) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 595.

tación de García Goyena hace que no parezca dudoso afirmar que el acreedor moroso soporta los gastos de conservación y custodia de las cosas debidas, es decir, el aumento del costo de la prestación (244). No tendría sentido que el acreedor sólo soportase los gastos derivados de la consignación y no, en cambio, los que han surgido a partir de la *mora creditoris*, ya que militan razones semejantes, tal como se infiere de la argumentación de García Goyena, en uno y otro caso. Sin embargo, Pérez González y Alguer (245) precisan que no se encuentra en el Código civil español una norma cabalmente correlativa al parágrafo 304 del Código civil alemán. Antes bien, parece que en principio y puesto que el deudor sin distinción debe conservar la cosa debida (artículo 1.094) han de ser de su cargo los gastos que ocasione. Por lo demás, el deudor tiene expedito el camino para liberarse esos gastos mediante la consignación de la cosa, gastos que serán entonces de cuenta del acreedor (artículo 1.179). Pero, con toda razón, Lacruz (246) y Delgado (247) afirman en el sentido que hemos propuesto que por equidad y por analogía con el artículo 1.179 son de cargo del acreedor moroso los mayores gastos para la liberación del deudor.

A nivel legislativo ha sido el BGB alemán el que con mayor rigor ha establecido esta solución, que arranca, como hemos visto, del Derecho romano. Según el parágrafo 304, «el deudor puede exigir el resarcimiento de los mayores gastos (*Mehraufwendungen*) que el mismo ha debido hacer por el ofrecimiento infructuoso, como también por la custodia y conservación del objeto debido». El parágrafo 381 pone a cargo del acreedor también los gastos del depósito liberatorio.

La doctrina alemana (248) justifica estas normas partiendo de que la *mora creditoris* no requiere como presupuesto la culpa del acreedor y no existe, en tal caso, una obligación de indemnización de daños y perjuicios semejante a la del deudor en caso de incumplimiento. Esta argumentación fue sostenida incluso con anterioridad a la entrada en vigor del BGB, diciendo, por ejemplo, Hirsch (249) lo siguiente: como condición de esta pretensión (la de resarcimiento de gastos) no es precisa la culpa del acreedor moroso.

(244) CATTANEO (*Della mora del creditore, cit.*, p. 128) precisa de esta manera el significado de los daños derivados de la *mora creditoris* que ha de resarcir el acreedor.

(245) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, *cit.*, p. 301.

(246) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, *cit.*, p. 112.

(247) DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.*, p. 252.

(248) EMMERICH: *Das Recht der Leistungsstörungen, cit.*, pp. 201 y ss. LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *cit.*, pp. 368-369. EESSER y SCHMIDT: *Schuldrecht*, t. I, *cit.*, p. 323. WALCHSHOFER: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, en «Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *cit.*, p. 808. MEDICUS: *Schuldrecht*, t. I, *cit.*, p. 185.

(249) HIRSCH: *Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug, cit.*, pp. 142 y ss.

Para explicar el significado del párrafo 304 del BGB, Larenz (250) afirma que a los efectos de la aplicación de este precepto son de tener en cuenta los gastos de almacenaje, primas de seguro, gastos de asistencia y alimentación de ganados; pero no las ganancias dejadas de obtener por el deudor —como, por ejemplo, el arrendamiento de uso que en otro caso hubiese podido concertar de los locales que necesitó para la conservación de las cosas—, ya que éstas son «daños (*Schaden*), pero no «gastos» (*Aufwendung*).

El Código civil portugués establece una solución similar a la del BGB, al disponer el artículo 816 que «*o credor em mora indemnizara o devedor das maiores dispensas que este seja obrigado a fazer com o ofrecimiento infrutifero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto*» (251).

A nivel doctrinal se trata de buscar una explicación del efecto apuntado. Para algunos autores, el resarcimiento de los gastos de la conservación y custodia se explican porque el deudor es un *negotiorum gestor* (252). Otros autores, en cambio, recurren a la tesis del enriquecimiento sin causa, ya que el acreedor moroso recibe una ventaja por los gastos que ha tenido que soportar el deudor (253).

A nuestro juicio, sin tener que recurrir a recursos puramente dogmáticos, la apuntada argumentación realista de García Goyena basta para explicar y justificar que el acreedor moroso tenga que resarcir los gastos derivados de la conservación y custodia de la cosa debida. El resarcimiento se justifica porque los gastos se deben a una conducta imputable al acreedor que no ha llevado a cabo la carga de facilitación de la liberación del deudor, como hemos visto. Por razones de equidad tales gastos han de ser soportados por el acreedor moroso y no por el deudor, al que la mora del acreedor libera de la posible tacha de incumplimiento (sentencias de 31 de octubre de 1968 y 15 de junio de 1987). Contribuye a reafirmar esta tesis, en el terreno del Derecho positivo, la aplicación analógica del artículo 1.179 del Código civil, a cuyo tenor «el depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada».

Si el acreedor moroso tiene que abonar al deudor el importe de los gastos que ha tenido que hacer para la conservación y custodia

(250) LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *cit.*, pp. 368-369.

(251) FERNANDES RODRIGUES BASTOS: *Código civil português, anotado e actualizado*, 6.^a edición, Coimbra, 1982, p. 284. ALMEIDA COSTA: *Direito das obrigações*, Coimbra, 1979, pp. 781-782.

(252) BELLINI: *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, *cit.*, p. 48. VON THUR: *Tratado de las obligaciones*, t. II, *cit.*, p. 66.

(253) Como bien dicen ESSER y SCHMIDT (*Schuldrecht*, t. I, *cit.*, p. 323), el deudor no actúa como *negotiorum gestor*, sino que es un típico supuesto de resarcimiento de gastos suplementarios (*Zustaufwendungen*).

de la cosa debida, es lógico que los frutos e intereses de la cosa debida, producidos durante la situación de *mora creditoris*, pertenezcan al acreedor moroso y deban, por tanto, ser reintegrados a éste (254), lo cual, a nuestro juicio, parece congruente con lo dispuesto en el artículo 1.095 del Código civil, a cuyo tenor «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla», pues hasta que no tiene lugar la consignación, en el supuesto de que el acreedor se niegue a recibir la cosa debida, no tiene lugar la extinción de la obligación de dar, operando aquélla como un subrogado en el cumplimiento (255). Von Thur (256) justifica esta solución diciendo que los intereses que no se deban a la mora del deudor siguen corriendo, a pesar de la *mora creditoris*, por ser un equivalente del uso que sigue haciendo del dinero del deudor. Este no puede eximirse del compromiso de seguir pagando los intereses más que mediante la consignación del dinero.

A nuestro juicio, en tal situación el aumento o la disminución de las cosas debe ser en beneficio o en perjuicio del acreedor (257) con tal de que no haya intervenido dolo o negligencia del deudor. Conviene destacar, a fin de evitar cualquier equívoco, que si las cosas en poder del deudor se perjudican por su conducta dolosa o negligente, ello es imputable al deudor, que, en tanto no se produzca su liberación, sigue estando obligado a conservarlas con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1.094 del Código civil). Esto implica que la responsabilidad relacionada con el deber de conservación y custodia del deudor en caso de mora del acreedor se extienda tanto a la conducta dolosa como a la simplemente culposa o negligente. Dicho con otras palabras, el deudor responde no sólo por dolo sino también por culpa, dados los términos del artículo 1.094 del Código civil. En este punto, nuestro Código civil se aparta de una tradición jurídica que se remonta al Derecho romano, donde el deudor sólo quedaba obligado por dolo o por culpa grave, de tal suerte que el deudor, cuando el acreedor moroso reclamaba daños fundados en otra causa que no fuera el dolo o la culpa grave del obligado, podía defenderse con éxito oponiendo una *exceptio* (Pomponio, D. 16.6.18; Pomponio, D. 24.3.9; Paulo, D. D18.6.5) (258). A falta de una específica previsión legal, como la del Código civil alemán o la del Código civil

(254) En este sentido, EYRE: *Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial*, cit., pp. 27-28. BELLINI: *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, cit., p. 49. VON THUR: *Tratado de las obligaciones*, t. II, cit., p. 66.

(255) DíEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., pp. 637 y ss. ESSER y SCHMIDT: *Schuldrecht*, t. I, cit., pp. 262 y ss.

(256) VON THUR: *Tratado de las obligaciones*, t. II, cit., p. 66.

(257) Así lo señala el propio POTHIER: *Traité des obligations*, vol. I, cit., p. 341.

(258) Cfr. KASER: *Römisches Privatrecht*, cit., p. 155. BOVE: *Offerta reale*. *Storia*, cit., p. 773.

portugués, cuyos artículos 300, de un lado, y 814 y 815, de otro, disponen que a partir de la mora del acreedor el deudor responde por el objeto de la prestación solamente en caso de dolo y culpa grave, difícilmente puede admitirse en nuestro Derecho semejante solución, pues, en tanto no se produzca la entrega de la cosa debida, se aplica el artículo 1.094 del Código civil, que no excluye la culpa o la negligencia del deudor, sino que, al contrario, el contenido de la prestación de custodia se mide con arreglo a la diligencia del buen padre de familia, que aparece como criterio limitador de la libertad de actuación del deudor, como criterio de determinación de lo debido. Lógicamente, si el acreedor se niega sin razón a admitir el ofrecimiento de pago, el deudor habrá de consignar la cosa debida para poder liberarse, y hasta ese momento tiene el deber de conservarla con la diligencia de un buen padre de familia (259).

Nuestro Código civil concuerda con el Código civil francés y el Código civil italiano. Señala Crome (260) que es plenamente lógica la abolición en el Derecho francés del principio romano de que la responsabilidad del deudor por la *mora accipiendi* está limitada al dolo o a la culpa lata. El medio concedido al deudor para obtener su liberación es el depósito. El deudor puede utilizar libremente este medio: si no lo hace queda obligado según el contenido de la deuda (arts. 1.136 y 1.137 C.c. francés).

En el Derecho italiano, Cattaneo (261) señala que la *mora creditoris* no atenúa o limita la responsabilidad del deudor por cualquier incumplimiento sucesivo a la constitución en mora del acreedor. En este punto, nuestra Ley —dice— diverge de la tradición del Derecho común, que, sobre la base de las fuentes romanas, limitaba la responsabilidad del deudor a los casos de dolo o culpa grave.

(259) Del artículo 1.094 del Código civil se desprende que existe un deber accesorio de conservación del deudor, que aparece conexo a la obligación principal consistente en dar cosa cierta y determinada. Esta conexión entre la obligación de entrega y el deber de conservación aparece muy claramente formulada en el artículo 1.005 del Proyecto de 1851, antecedente inmediato del artículo 1.094 del Código civil: «El obligado a dar alguna cosa lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, y a entregarla bajo la responsabilidad establecida en la sección 3 de este capítulo».

OSTI (*Impossibilità sopravveniente*, en «Novissimo Digesto italiano», t. VIII, Turín, 1957, p. 293) explica la relevancia de la custodia, concibiéndola como objeto de una prestación autónoma respecto de la entrega, pero accesoria de la misma. Se trata de una prestación de medios o de actividad consistente en el desarrollo de una conducta para la consecución de un fin: la conservación de la cosa.

Nuestra doctrina afirma unánimemente la conexión o dependencia existente entre la obligación de entrega y el deber de conservación (cfr. BADOSA: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., pp. 372 y 491. JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 443 y ss.).

(260) CROME: *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., pp. 201-202.

(261) CATTANEO: *Della mora del creditore*, cit., pp. 104-105.

Este planteamiento implica la posibilidad de un agravamiento notable de la posición del deudor, que está obligado a custodiar la cosa debida después del ofrecimiento de pago con una diligencia media. Pero evidentemente no ha de considerarse que el remedio más oportuno consista en la exoneración del deudor de la responsabilidad por culpa leve, porque de esta manera sería perjudicado, en una medida excesiva, el interés del sujeto activo. La tutela del obligado está asegurada por el medio del reembolso de gastos, del resarcimiento de daños y de la liberación coactiva.

Hemos visto cómo históricamente el deudor podía retener en su poder la cosa hasta que fuese reembolsado por el acreedor de los gastos de custodia y conservación, afirmando algunos pandectistas la existencia de un derecho de retención. No obstante, tal derecho de retención no aparece en ninguno de los preceptos del Código civil o del Código de Comercio que contemplan la mora del acreedor, ni aparece en el Proyecto de 1.851 y en los comentarios de García Goyena, así como tampoco en la doctrina de Pothier y en el Código de Napoleón.

Un problema semejante aparece en el Derecho italiano, ya que el Código civil italiano no dice, de igual manera que el nuestro, si el deudor es titular de un derecho de retención para obtener el reembolso de los gastos derivados de la mora del acreedor, subordinándose el propio cumplimiento, aunque tardío, a dicho reembolso. Debido al silencio de la Ley, la mayor parte de los autores (262) se pronuncian en contra de semejante derecho de retención, partiendo del carácter excepcional que tienen las normas que prevén una retención. En cambio, a pesar de esta convincente argumentación, Cattaneo (263) entiende que la retención parece necesaria para evitar que el deudor quede constreñido a consignar la cosa debida sin obtener el resarcimiento o el reembolso del acreedor (o al menos una garantía), con lo cual termina por prestar más de lo que debe: éstas son las razones que han inducido al legislador a adoptar esta solución en el párrafo primero del artículo 1.320. Por este motivo puede sostenerse que la pretensión del acreedor, por cuya virtud exige la prestación sin ofrecer el resarcimiento de los daños derivados de su mora, ha de considerarse como regla contraria a la buena fe (arts. 1.175 y 1.375).

A nuestro juicio, es bastante problemático admitir con carácter general la tesis de Cattaneo, tanto en el Derecho italiano como en el nuestro. Las normas que consagran el derecho de retención en nuestro Derecho (arts. 453, 502, 522, 1.600, 1.730, 1.780 y 1.866 C.c.) son marcadamente excepcionales y, por consiguiente, deben interpre-

(262) BARASSI: *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 62 y ss. SCUTO: *La mora del creditore*, cit., p. 157. FALZEA: *Offerta reale*, cit., p. 285.
(263) CATTANEO: *Della mora del creditore*, cit., p. 124.

tarse restrictivamente, pues, en definitiva, se trata de una excepción a la regla general del cumplimiento inmediato del deber restitutorio. Tiene razón Díez-Picazo (264) al decir que la extensión analógica del derecho de retención no parece admisible (265). Cabe únicamente aplicarlo a aquellos negocios atípicos que pueden por su naturaleza ser absorbidos en alguno de los tipos legales. En nuestro Derecho la protección del deudor se estructura mediante la posibilidad de la consignación de la cosa debida, que puede producirse inmediatamente después de que el acreedor se niegue sin razón a admitir el pago (art. 1.176 C.c.). Si el deudor goza, además, de una acción para reclamar al acreedor, el reembolso de todos los gastos que haya tenido que hacer a consecuencia de la mora y de la consignación, creemos que cae por su base la argumentación de Cattaneo. Es sumamente significativo que García Goyena, tal como vimos, al comentar el artículo 1.113 del Proyecto de 1851, que pone a cargo del acreedor los gastos derivados del ofrecimiento de pago y de la consignación, no aluda para nada al citado derecho de retención.

4. El deudor puede liberarse de la obligación mediante la consignación de la cosa debida cumpliendo los requisitos legalmente establecidos

Una vez hecho el ofrecimiento de pago efectivo y regular, e incluso prescindiendo del ofrecimiento previo en los supuestos legalmente previstos (art. 1.176, párrafo 2.º C.c.; arts. 128 y 136 LAR, de 31 de diciembre de 1980, y arts. 147 y 148 LAU, texto refundido aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964 y en la jurisprudencia (en especial por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1955) (266), el deudor puede liberarse, aun sin contar con el concurso del acreedor, mediante la consignación de la cosa debida (266 bis), previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación (art. 1.177 C.c.). Esto significa que mientras no se haya consignado la cosa debida, aunque se haya ofrecido el pago y el acreedor se negase sin razón a admitirlo, el deudor no quedará liberado, si bien existirá mora del acreedor con los efectos señalados. Esta conclusión se desprende del artículo 1.176 del Código civil, a cuyo tenor

(264) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. 1, *cit.*, p. 582.

(265) En contra, sin embargo, BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS (*El derecho de retención en el Código civil español*, Salamanca, 1955, pp. 45 y ss.), que, tras analizar los argumentos en contra, admite la posibilidad de extender el derecho de retención a los casos no previstos.

(266) C.L. núm. 211; R.A. núm. 1709.

(266 bis) Aunque la cosa debida sea un inmueble, ya que el artículo 1.176 del Código civil habla de la consignación de la cosa debida y el artículo 1.786 establece que el secuestro puede tener por objeto los inmuebles (es un depósito judicial).

«si el acreedor a quien se hiciese el ofrecimiento de pago se negase sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida».

También ha de afirmarse la conclusión señalada cuando se trate de un crédito «incorporado» a la letra de cambio. Según el mencionado artículo 48 de la Ley Cambiaria y del Cheque, «a falta de presentación al pago de la letra de cambio en el plazo fijado por el artículo 43, todo deudor tendrá la facultad de consignar su importe en depósito a disposición del tenedor y por su cuenta y riesgo, judicialmente o en una entidad de crédito, Notario o agente mediador colegiado».

Nuestra jurisprudencia ha afirmado este efecto jurídico, que, como precisa Scuto (267) deriva de la morosidad del acreedor.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1890 (268), la consignación ofrecida, aceptada y verificada de la deuda y réditos reclamados, produce los mismos efectos que el pago.

Con precisión, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1929 (269) afirma que el artículo 1.176 del Código civil tiene por objeto dar medios al deudor para que no se prolongue indefinidamente la obligación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1943 (270) puntualiza que la consignación constituye un remedio legal para que el deudor se libere del compromiso adquirido.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1968 (271) afirma que la consignación libera al deudor de la obligación del pago, porque se da por realizado; el ofrecimiento real sin consignación libera al deudor de la posible tacha de incumplimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1969 (272) precisa que dentro de nuestro Derecho la *mora accipiendi* no libera al deudor ni aun permite que éste incurra, a su vez, en retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, sino que, para cancelar su débito, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.180 del Código civil, ha de efectuar la consignación del importe de aquél, conforme al párrafo 1.º del artículo 1.176 y concordantes del expresado Código.

También la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1960 (273) dice que el hecho de la consignación es de gran importan-

(267) SCUTO: *La mora del creditore*, cit., p. 160.

(268) C.L. núm. 691.

(269) C.L. núm. 117.

(270) C.L. núm. 94; R.A. núm. 100 (año 1944).

(271) C.L. núm. 669; R.A. núm. 4960.

(272) C.L. núm. 398; R.A. núm. 3425.

(273) C.L. núm. 264; R.A. núm. 1675.

cia, porque es lo que patentiza más ostensiblemente en el simple ofrecimiento de pago el propósito del deudor de hacerlo efectivo y es lo que libera al deudor.

Por último, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987 declara que la consignación con todos los requisitos legales lo que comporta es una liberación total del pago.

Una vez que el acreedor acepta la consignación o la autoridad judicial declara que está bien hecha, para lo cual hace falta que la consignación se haya ajustado estrictamente a las disposiciones que regulan el pago (art. 1.172, párrafo 2.º C.c.), como han puesto de relieve numerosas sentencias del Tribunal Supremo, según vimos, la deuda se extingue y el deudor queda totalmente liberado (arts. 1.176 y 1.180 C.c.), así como los codeudores y garantes. Esta eficacia liberatoria de la consignación no parece que pueda extenderse más allá del momento en que tuvo lugar la práctica del depósito, sin que a tenor de los artículos 1.176 y 1.177 del Código civil exista base para retrotraer su eficacia al momento del ofrecimiento de pago.

La aceptación del acreedor o la declaración judicial de que la consignación está bien hecha, es una exigencia legal muy lógica, puesto que la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor se producen sin tomar en cuenta la voluntad del acreedor al respecto, porque en otro caso podrían generarse graves peligros para los legítimos intereses del acreedor en cuanto titular de un derecho de crédito, por más que injustificadamente no haya recibido el pago ofrecido.

Es evidente que mientras no tenga lugar la aceptación del acreedor o la declaración judicial de que la consignación es adecuada, estamos ante un mero depósito al que se aplicará la normativa general y, en concreto, el artículo 1.766 del Código civil, a cuyo tenor «el depositario está obligado a restituir la cosa depositada cuando le sea pedida».

Una vez que ha sido hecha debidamente la consignación, el deudor podrá pedir al Juez que mande cancelar la obligación (art. 1.180, párrafo 1.º, C.c.), es decir, que expida el oportuno documento que acredite la extinción de la deuda.

Al efecto fundamental de la consignación (la liberación del deudor) se conectan otros posibles efectos, que podemos denominar secundarios. Cabe pedir la cancelación de la hipoteca, según se infiere del artículo 180 del Reglamento Hipotecario, habiendo de tener en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1943 (274). Otro efecto secundario de la consignación es el reconocimiento de la deuda en cuestión que necesariamente implica y la caducidad de

(274) C.L. núm. 9; R.A. núm. 17.

las acciones, pues como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1975 (275) la consignación implica el reconocimiento de la legitimidad de dicha suma, es decir, la aceptación de la renta reclamada en concepto de merced arrendaticia, y origina el que por la propia voluntad del consignante quedarán sin efecto las consecuencias derivadas de la iniciación del plazo de caducidad, respecto de las dos acciones que la regla indicada (art. 101 LAU) brinda al propietario del inmueble.

La consignación puede producir otros muchos efectos en relaciones jurídicas concretas: acceso a la propiedad del propietario del predio colindante que ejerce el derecho de retracto, produciéndose la consignación del precio antes de terminar el plazo de ejercicio del mismo (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1953) (276); evitar el desahucio en el arrendamiento, ya que la consignación sirve a los arrendatarios de arma procesal con que impedir el desahucio y conseguir la prórroga voluntaria del arrendamiento que autoriza el Real Decreto de 21 de diciembre de 1924 (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1930 (277); poder apelar en arrendamientos urbanos [sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1963 (280) y 30 de noviembre de 1985 (279)]. Hay que destacar, sin embargo, que, como ha sido afirmado reiteradamente por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, el cumplimiento de la obligación de consignar el importe de las rentas para recurrir no tiene nada que ver con el llamado ofrecimiento de pago y la consignación judicial, ya que si ésta puede implicar un mero hecho que realiza el deudor *animo solvendi* para extinguir la deuda, aquella otra consignación no significa sino el cumplimiento de un requisito procesal (art. 1.566 LEC), necesario para que el órgano *ad quem* pueda examinar el fondo del recurso que se deduce contra la resolución del Tribunal *a quo* (sentencia de 3 de junio de 1978 y, en idéntico sentido, las de 16 de marzo de 1962, 30 de noviembre de 1955 y otras (280).

Es evidente que, una vez que tiene lugar la consignación y se produce la extinción de la obligación, los posibles acreedores no podrán embargar las cosas consignadas; lo cual podía tener lugar mientras que el expediente de consignación se hallaba en trámite. Esta solución está claramente apoyada por los artículos 1.180 y 1.181 del Código civil.

(275) C.L. núm. 169; R.A. núm. 1727.

(276) C.L. núm. 69; R.A. núm. 576.

(277) C.L. núm. 21; R.A. núm. 543.

(278) C.L. núm. 297; R.A. núm. 1851.

(279) C.L. núm. 721; R.A. núm. 5919.

(280) Vid. PEDRAZ: *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1985*, en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil», 1986, núm. 10, p. 3249.

El fiador que consigna la cantidad debida tiene derecho a ser resarcido por el deudor, de conformidad con una solución que aparece en el Derecho romano (D. 17.1.61.1 y D. 46.1.64) (281) y se desprende del artículo 1.838 del Código civil.

Los gastos de la consignación, cuando fuese procedente, serán de cuenta del acreedor (art. 1.179 C.c.). Esta es una norma sumamente lógica, pues ha sido por una causa imputable al acreedor por la que el deudor ha tenido que acudir a la consignación, que implica un procedimiento sometido a las reglas de la jurisdicción voluntaria, según afirma la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1902, 20 de noviembre de 1916 y 20 de diciembre de 1916) (282) y la doctrina dominante (283), debiendo acreditarse el ofrecimiento de pago y la negativa sin razón del acreedor a admitirlo, más la propia consignación, en tanto el acreedor a quien se le haya notificado (art. 1.177 C.c.) no se oponga a ella, pues entonces se transformaría en contencioso a tenor del artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues si a la solicitud promovida (en acto de jurisdicción voluntaria) se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los intereses y los que fuera objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos en el juicio correspondiente según su cuantía. Por eso la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1916, antes citada, dijo que el problema de la eficacia de la consignación no podía ventilarse en acto de jurisdicción voluntaria, cuando se requiera una declaración previa de los Tribunales acerca de la existencia de la deuda, de su cuantía y de los límites de lo que debe entregarse en pago al acreedor.

En esta línea declara la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1946 (284) que el auto declarando bien hecha una consignación en expediente de jurisdicción voluntaria es, en principio, revisable en vía contenciosa por serlo las resoluciones dictadas en dicha

(281) D'ORS: *Derecho privado romano*, cit., p. 452.

(282) C.L. núm. 158; C.L. núm. 80; C.L. núm. 146.

(283) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 161. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 1.º, 6.ª edición revisada por MORENO MÓCHOLI, Madrid, 1967, p. 721. CANO MATA: *La consignación judicial*, cit., pp. 766 y ss. BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., p. 514. DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., p. 248. REINO CAAMAÑO: *De la consignación*, en «RGLJ», 1926, p. 318. ARAGONESES: *Consignación (Derecho procesal)*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. V, Barcelona, 1953, p. 193. PASCUAL ESTEVILL: *El pago*, cit., p. 399. CRISTÓBAL MONTES: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, cit., p. 211. BERCOVITZ, R.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, cit., p. 240. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, «Derecho general de las obligaciones», vol. 2.º, Barcelona, 1976, p. 336.

(284) C.L. núm. 102; R.A. núm. 691.

jurisdicción según se afirmó por esta Sala en su sentencia de 5 de julio de 1986.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1943 (285) había afirmado con anterioridad que las resoluciones aprobatorias de los expedientes de consignación no tienen el carácter de sentencias firmes en juicio contradictorio, ni, por lo tanto, puede atribuírseles la autoridad de cosa juzgada aneja a las decisiones de los Tribunales que ponen fin a un litigio, siendo evidente la inadmisibilidad de la tesis que atribuye el carácter de inatacable a la consignación realizada.

No parece posible aplicar la consignación a las obligaciones de hacer y de no hacer, por la propia naturaleza de las mismas (286), salvo cuando las de hacer se resuelvan a la entrega de una cosa construida o reparada para el acreedor. No se puede consignar una conducta y, por ello, los artículos 1.176 y siguientes del Código civil contemplan exclusivamente la consignación de las cosas debidas, y las sentencias del Tribunal Supremo que contemplan la *mora creditoris* y la consignación, anteriormente mencionadas, tal vez por ello descansan sobre la premisa de una obligación de dar a la que está constreñido el deudor y cuya realización se ha visto dificultada por la conducta del acreedor, si bien el deudor ha podido probar el ofrecimiento de pago. En igual sentido, la jurisprudencia francesa, que señala que el procedimiento de las ofertas reales no cabe en las obligaciones de hacer y no hacer (287). Sin embargo, no es admisible que el deudor no pueda liberarse de una obligación que está dispuesto a cumplir. Lo contrario, como apunta Albaladejo (288), sería contrario al principio del *favor debitoris* e implicaría dejar el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una de las partes (art. 1.256 C.c.). Además, no repugna a los principios generales de nuestro Derecho sancionar de tal modo la negativa del acreedor. Pero para que ello sea posible tendrá que producirse una imposibilidad de la prestación (art. 1.184 C.c.). No creemos, sin embargo, que el procedimiento de liberación del deudor se agote en la fase de ofrecimiento de realizar la prestación, como precisa Beltrán de Heredia (289).

(285) C.L. núm. 75; R.A. núm. 842.

(286) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., p. 638. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 225. DE DIEGO LORA: *La consignación judicial*, cit., p. 74. BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., pp. 508 y ss. BERCOVITZ, R.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, cit., p. 241. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. 2.º, cit., p. 333. NÚÑEZ BOLUDA: *Notas para un estudio sobre la consignación*, cit., p. 187.

(287) Cfr. WEILL y TERRÉ: *Les obligations*, cit., p. 1036, nota 1.

(288) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 162. También se pronuncian en este sentido MORENO QUESADA: *Problemática de las obligaciones de hacer*, en «RDP», 1976, p. 485. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. 2.º, cit., pp. 333-334.

(289) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., p. 508.

Ciertamente, esta solución resulta discutible, en cuanto que lo que aparece justificado para la mora del acreedor no lo estará sin más para la liberación del deudor, como se infiere de los principios que informan la normativa del Código civil sobre el ofrecimiento y la consignación (arts. 1.176 y ss.), basados en los antecedentes históricos expuestos, y la jurisprudencia, que arranca fundamentalmente de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1941, como dijimos. Para liberarse el deudor tendrá que alegar en juicio declarativo ordinario, ante la imposibilidad de aplicar la normativa específica sobre la consignación judicial, que se refiere al depósito de las cosas debidas, el hecho de que no puede ejecutar la prestación porque el acreedor niega la colaboración necesaria sin justa causa, habiendo surgido una imposibilidad de cumplimiento que, de conformidad con la buena fe, tiene carácter liberatorio (art. 1.184 C.c.). Además, en el marco de las relaciones sinalagmáticas si el acreedor moroso no ejecuta la contraprestación, el deudor, que está dispuesto a cumplir, podrá resolver el contrato sinalagmático, alegando el incumplimiento por la otra parte. Una aplicación concreta de esta hipótesis, como ya expusimos, aparece en los artículos 1.505 del Código civil y 332 del Código de Comercio. Además de ello, es significativo el artículo 95 del Código suizo de las Obligaciones, que contempla específicamente el problema planteado, al disponer que «cuando el objeto de la obligación no consista en la entrega de una cosa, el deudor puede, si el acreedor está en mora, resolver el contrato de conformidad con las disposiciones que regulan la mora del deudor» (290).

(290) BECKER: *Obligationenrecht*, 1, en «Berner Kommentar», t. VI, cit., pp 449 y ss. SCYBOZ y GILLIERON: *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, Lausanne, 1977, p. 48.