

El ofrecimiento de pago y consignación, en la nueva ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria

*The offering of payment and records
in the new Law 15/2015, of July 2,
Voluntary Jurisdiction*

por

JUAN FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES
Doctor en Derecho

RESUMEN: El presente trabajo viene a desarrollar la consignación judicial en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Esta Ley incorpora a nuestro ordenamiento un nuevo proceso separado del común, caracterizado por la autonomía conceptual cuyos expedientes quedan compartidos entre las autoridades judiciales, secretarios judiciales, notarios y registradores, a quienes se les encomiendan materias relativas a la persona, familia, sucesiones, obligaciones, contratos, subastas, consignaciones, entre otras.

ABSTRACT: *This work comes to develop judicial provision in the new law on voluntary jurisdiction. This Act incorporates into our system a new separate process from common, characterized by conceptual autonomy whose files are shared between the judicial authorities, court clerks, notaries and registrars,*

who is entrusted with matters relating to the individual, family, probate, obligations contracts, auctions, allocations, among others.

PALABRAS CLAVES: Jurisdicción voluntaria. Proceso. Consignación.

KEY WORDS: *Voluntary jurisdiction. Process. Consignment.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL OFRECIMIENTO DE PAGO: CONSIDERACIONES GENERALES: 1. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL OFRECIMIENTO. 1.1. *La negativa injustificada del acreedor.* 1.2. *La oferta de pago debe ser previa a la consignación, salvo los supuestos de que el acreedor esté ausente, impedido o en paradero desconocido.* 1.3. *Ha de ser instada ante el acreedor y demás personas interesadas.* 1.4. *El ofrecimiento de pago ha de ser incondicional.* 1.5. *Extravío del título de la obligación.*—III. LA MORA DEL ACREDITADOR: EL ARTÍCULO 1176 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. EL OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACIÓN POR UN TERCERO.—V. EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.—VI. LA CONSIGNACIÓN: INTRODUCCIÓN. 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 2. RÉGIMEN JURÍDICO. 2.1. *Competencia.* 2.2. *Procedimiento.* 2.3. *Resolución.*

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹ (en adelante LJV), viene a cumplir lo dispuesto en la Disposición Final 18.^a de la Ley 2/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria.

La nueva ley presenta como principal novedad separar la jurisdicción voluntaria de la regulación procesal común, o que conlleva —dice la Exposición de Motivos— que «su regulación en una ley independiente suponga, al mismo tiempo, el reconocimiento de la autonomía conceptual de la jurisdicción voluntaria dentro del conjunto de actividades jurídicas-públicas legalmente atribuidas a los tribunales de justicia».

La LJV en su Disposición Final Primera modifica 96 artículos del Código Civil, entre otros, los artículos 1176, 1178 y 1180, relativos al «ofrecimiento de pago y consignación». Estableciendo en el artículo 98 de la antedicha LJV el procedimiento judicial relativo a los derechos y obligaciones. Además, modifica la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, introduciendo un nuevo título (Título 6.^º), artículos 49 a 83, ambos inclusive; concretamente, el artículo 69 regula el procedimiento de ofrecimiento de pago y consignación ante el notario.

Los artículos 70 y 71, por su parte, regulan el cauce ante el fedatario público de las relaciones dinerarias no contradichas.

A pesar de la modificación efectuada, la figura jurídica del «ofrecimiento de pago» sigue sin tener una regulación sistemática y unitaria. No obstante, en nuestro ordenamiento existen otros preceptos que de modo directo aluden al ofrecimiento de pago, como es el caso de los artículos 1185 y 1505, o de modo indirecto, los artículos 1590 y 1776, lo que viene a confirmar la falta de una regulación unitaria. Esto es debido, desde mi punto de vista, a que el antecedente histórico de la oferta de pago parte del Derecho de las Partidas (P. 5.^a, tít. 14.^º, Ley 8.^º), que estableció la regla de que el ofrecimiento de pago rechazado por el acreedor constituye el precedente de la consignación. Así fue asumido por el Proyecto de 1836, artículos 1907 a 1923, y el Proyecto de Código Civil de 1851, artículos 1107 a 1115, siguiendo el mismo criterio en los artículos 1176 a 1181; que, como decimos, prescinden de una minuciosa y detallada regulación del ofrecimiento de pago, quedando de este modo como un requisito previo. Es decir, se sigue el criterio de que el ofrecimiento de pago por sí solo no produce la extinción de la obligación, sino que, ante la negativa expresa o sin motivo aparente, el acreedor se niega a otorgar documento justificativo o cancelar la obligación, quedando el deudor liberado de su responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida. Por ello, el artículo 1176 del Código Civil es el único precepto encuadrado en la sección 1.^a, capítulo 3.^º, título 1.^º, libro 4.^º del Código Civil, que configura el ofrecimiento de pago como una manifestación de la voluntad dirigida al acreedor por la que el deudor manifiesta su intención de cumplir la obligación debida, quedando de este modo como trámite previo de la consignación.

En cuanto a la consignación, la LJV, viene a regular en sus artículos 98 y 99 la consignación judicial. La reforma sigue el criterio de la ley que le precede declarando la competencia de los juzgados de primera instancia del lugar donde deba cumplirse la obligación, debiendo acreditarse haber efectuado el ofrecimiento de pago, si procede, y, en todo caso, el anuncio de la consignación (art. 99-1.^º). La misma LJV incorpora en la sección 1.^a, capítulo 4.^º, título 7.^º, artículo 69, el procedimiento notarial del ofrecimiento de pago y consignación. Dicho procedimiento podrá ser promovido por el deudor. Aceptado el ofrecimiento o, en su caso, la consignación, el notario lo notificará a los interesados a los efectos de que, en el plazo de diez días hábiles, acepten el pago, retiren la cosa debida o realicen las alegaciones que consideren oportunas (art. 69-4.^º).

En los artículos 70 y 71 de la LJV, se incorpora un nuevo procedimiento, bajo la rúbrica «Reclamación de deudas dinerarias no contradichas». La primera particularidad que presenta este procedimiento es que el sujeto activo es el acreedor que pretenda el pago de una deuda dineraria de naturaleza civil o mercantil, cualquiera que sea su cuantía u origen, líquida, determinada, venci-

da y exigible, pudiendo instar, ante el notario del lugar o en el domicilio del deudor, el pago de la misma (art. 70-1.^º), quedando excluidos: a) las deudas provenientes de contratos entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario; b) las deudas basadas en el artículo 21 de la LPH; c) las deudas de alimentos de menores o incapacitados; y d) las reclamaciones en que sea parte la Administración Pública.

Las particularidades de este procedimiento es que, una vez aceptado el requerimiento, el fedatario público lo notifique al deudor en el plazo de veinte días hábiles, en lo que el deudor podrá pagar al notario. En este supuesto se otorgará carta de pago. También cabe la posibilidad de que el deudor pague directamente al acreedor. En este caso, el notario cerrará el procedimiento mediante acta notarial. En el supuesto de que el deudor se oponga, se procederá a levantar diligencia notarial y, una vez concluida, se pondrá fin a la actuación notarial. En el caso de no comparecer o no alegar oposición, el notario dejará constancia y procederá a levantar acta notarial, que llevará aparejada la ejecución (art. 71 de la LJV y 517.9, párrafo 2.^º de la LEC).

II. EL OFRECIMIENTO DE PAGO: CONSIDERACIONES GENERALES

Nuestro ordenamiento no regula de modo sistemático y unitario la figura jurídica del ofrecimiento de pago², además de no aportar un concepto. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS³ señala que el ofrecimiento de pago «consiste en una declaración de voluntad dirigida al acreedor por la que el deudor manifiesta su firme decisión de cumplir inmediatamente la obligación»; DÍEZ-PICAZO⁴ entiende que «el ofrecimiento de pago constituye una declaración de voluntad, unilateral y receptiva», del deudor al acreedor, a modo de facultad que le concede el ordenamiento y opera como una intimación. Para BELTRÁN DE HEREDIA⁵ el ofrecimiento de pago es un mero acto jurídico, de carácter unilateral, que se dirige a obtener de la otra parte la actividad necesaria con la finalidad de poder pagar. La STS de 24 de marzo de 1997⁶ ha declarado en relación con los artículos 1176-1181, que «no lo son de obligada utilización más que cuando el acreedor se niega a aceptar el pago de una obligación y el deudor quiere cumplirla y que se extinga».

De acuerdo con lo expuesto, el ofrecimiento de pago se caracteriza por: a) que el deudor manifiesta su voluntad unilateral y receptiva de cumplir bien, firme y exactamente la prestación debida⁷; b) la oferta es un acto en sí mismo y previo a la consignación en donde el acreedor coopera para que tenga lugar el cumplimiento pactado⁸; c) supone una intimación expresa o tácita en donde se pone en conocimiento del cumplimiento anticipado que requiere la cooperación del acreedor para realizar la prestación⁹; y d) la oferta tiene como finalidad el pago en tiempo y lugar pactado¹⁰.

El artículo 1176, párrafo 1.º del Código Civil, no nos proporciona un concepto del ofrecimiento de pago, sino más bien una descripción, de este modo: «El acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago, si conforme a las disposiciones que regulan este, se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a realizar la cancelación de la garantía, si la hubiere, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida». Este precepto que apenas difiere de su antecedente legislativo (igual ordinal al vigente, artículo 1176.1.º), ahora modificado por la LJV, pues no solo mantiene su tradición histórica¹¹, sino también su fundamento: el carácter previo de la oferta de pago para que la consignación sea válida¹².

De acuerdo con lo expuesto, DÍEZ-PICAZO¹³ entiende que el ofrecimiento de pago es un presupuesto de liberación del deudor mediante la consignación; a lo que objeta BERCOVITZ¹⁴ en el sentido de que el presupuesto de la consignación es la negativa del acreedor a recibir la oferta del deudor. Sin embargo, CABALLERO LOZANO¹⁵ entiende que el ofrecimiento es un presupuesto del pago mismo. Nosotros nos decantamos por entender que el presupuesto de la consignación es la negativa del acreedor a recibir la oferta. Así lo deducimos del artículo 1176-1.º, pues ante dicha negativa del acreedor expresa o tácita, sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación.

Esto nos lleva a otra polémica: ¿la oferta es real o verbal? DÍEZ-PICAZO¹⁶ señala que la doctrina extranjera suele acudir a dicha clasificación, siendo verbal cuando el oferente se vale de una comunicación dirigida al acreedor, y real cuando el deudor realiza una prestación o cuando pone a disposición la *res debita*. Para CABALLERO LOZANO, en cambio¹⁷, estamos ante la oferta real cuando la cosa objeto de la prestación es exhibida, además de ponerla a disposición del acreedor, acto único desarrollado en dos fases: una, requerimiento del deudor para que tome posesión de la cosa; otra, exhibición o puesta a disposición inmediata de dicha cosa; por el contrario, la oferta es verbal cuando existe una intimación al acreedor no acompañada del objeto de la prestación, sino que el deudor declara y pone en su conocimiento la prestación pactada¹⁸.

En opinión de MARÍN LÓPEZ¹⁹, esta clasificación tiene su origen en el *ius commune* y recogida en el Derecho comparado. Así, tenemos el parágrafo 294 del BGB, que dispone: «La prestación debe ofrecerse de hecho al acreedor en la manera en la que va a efectuarse»; el parágrafo 295 del BGB regula la oferta verbal a modo de requerimiento al acreedor, e indica que realizar un acto necesario «por parte del deudor es suficiente si el acreedor le ha declarado que no aceptará la prestación, o si para efectuar la prestación es necesario un acto del acreedor»; el parágrafo 296 del BGB regula la oferta innecesaria en los términos siguientes: «Si se establece una fecha del calendario para el acto a realizar por el acreedor, se exige una oferta solo si el acreedor realiza el acto en el momento debido [...].».

El Código Civil francés regula en el capítulo 4.º, artículos 1257 a 1264, «Del ofrecimiento de pago y de la consignación», concretamente el artículo 1257, que «cuando el acreedor rehúse recibir su pago, el deudor podrá hacerle una oferta real y, negándose el acreedor a aceptarla, podrá consignar la cantidad o cosa ofrecida. El ofrecimiento real seguido de la consignación libera al deudor y hace las veces de pago cuando se hace válidamente». Mientras, el artículo 1258 desarrolla los requisitos para la validez de la oferta real y el artículo 1264 regula la oferta verbal.

El Código Civil italiano de 1942 recoge la oferta con remisión a la Ley procesal civil, que en el artículo 1204 dispone: «El acreedor está en mora cuando, sin una buena razón, no recibe el pago ofrecido en la forma prevista en los artículos siguientes o deja de hacer lo que es necesario para que el deudor pueda liquidar la obligación». El artículo 1208 establece los requisitos para la validez de la oferta y el artículo 1209 regula la oferta real: «Si la obligación se refiere al dinero, el crédito, o móviles para ser entregados a la dirección del acreedor, la oferta debe ser real».

Nuestro Código Civil no reviste ninguna forma especial²⁰. La cuestión no está entre la oferta real o la verbal, sino en si el ofrecimiento se adecúa a la prestación y, como contrapartida, la cooperación necesaria del deudor²¹. Este es el criterio que recoge el artículo 90-1.º, párrafo 2.º de la LJV, cuando establece que el deudor deberá haber efectuado el ofrecimiento de pago, si procede; así como el artículo 69-2.º de la Ley del Notariado (en adelante LN), que establece que el que promueva el expediente deberá expresar, entre otros, el ofrecimiento de pago, salvo los supuestos previstos en el artículo 1176-2.º, en donde la consignación de por sí producirá el mismo efecto, es decir, no será necesario ofertar el pago cuando el acreedor esté ausente, impedido, en paradero desconocido, cuando sean varios los interesados en el cobro, o si el título se ha extraviado.

Por otro lado, el párrafo 1.º del artículo 1177 del Código Civil, señala: «Para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación»²². Este precepto alude al «previo anuncio» que puede ser judicial o notarial; para BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN²³ «este anuncio es algo distinto del ofrecimiento», pues su anuncio debe entenderse aplicable a todos, inclusive a los previstos en el artículo 1176-2.º. Así entendido, el anuncio supone una intimación por parte del oferente o, en su caso, del representante del acreedor para que acceda al pago; DÍEZ-PICAZO²⁴ sostiene que la finalidad del anuncio es poner en conocimiento del acreedor; a este respecto, O'CALLAGHAN MUÑOZ²⁵ comenta que el anuncio no es lo mismo que el ofrecimiento de pago, sino un concepto más amplio que hace el deudor, su representante o, en su caso, un tercero que pretende hacer el pago al acreedor y demás interesados en el cumplimiento de la obligación; ALEJANDRO Y TORRES²⁶ afirma, por su parte, que el anuncio previo tiene su justificación en que implica un aviso más serio

que la mera oferta de pago, pues abarca a todos los interesados en el cumplimiento de la obligación. Corroborando la doctrina anterior y citando la STS de 28 de junio de 1978 (*RA* 1978, 3381), INFANTE RUIZ²⁷ señala que una cosa es el ofrecimiento de pago al acreedor y otra el anuncio previo a las personas interesadas, entre las que se encuentra el acreedor; para MARÍN LÓPEZ²⁸ el anuncio no es un mero ofrecimiento de pago, sino poner en conocimiento del acreedor y demás interesados la intención del deudor de cumplir la obligación pactada; por último, ALBÁCAR y SANTOS BRIZ²⁹ afirman que «el anuncio de la consignación es un acto jurídico de comunicación de carácter receptivo» dirigido a todos los interesados en el cumplimiento de la obligación. Este es el sentido que apreciamos en la redacción del artículo 99-1.º, párrafo 2.º, de la LJV, relativo al trámite de la consignación judicial, cuando dice: «Asimismo, deberá acreditar haber efectuado el ofrecimiento de pago, si procediera, y en todo caso el anuncio de la consignación al acreedor y demás interesados en la obligación».

Partiendo del aserto de que en la *mora solvendi* nos encontramos con la violación de una obligación que produce responsabilidad, mientras que en la *mora accipiendo* no se da una violación de la obligación y, por tanto, no deriva una responsabilidad, en esta última lo que se destaca es el dato objetivo de que el deudor desea cumplir su prestación y, si no lo consigue, es por causa imputable al acreedor³⁰. Esta obligación asumida voluntariamente es estimada por un sector de la doctrina³¹ como un derecho del deudor a la liberación, de este modo, el ordenamiento jurídico arbitra el mecanismo del ofrecimiento de pago y la consignación³². El anverso del derecho al cumplimiento está en la obligación del acreedor a recibir dicho cumplimiento³³. Esta doctrina tiene su origen en el Derecho italiano³⁴. Parte de la propia dinámica de la relación obligatoria, y responde a la idea de que el deudor tiene derecho al cumplimiento, mientras que el acreedor coopera con dicho cumplimiento³⁵. Por tanto, dado el presupuesto de que el acreedor no coopera, su consecuencia es que el deudor desarrolla su derecho a liberarse de la obligación mediante el ofrecimiento de pago, si procede, y a la consignación³⁶. En consecuencia, esta tesis afirma la existencia de un derecho del deudor de cumplir la obligación y su correlativa cooperación del acreedor en que dicho derecho se cumpla³⁷, a lo que VAQUER ALOY³⁸ objeta que no resulta fácil fundamentar en nuestro ordenamiento la oferta de pago como un derecho y la obligación del acreedor como una cooperación. Ciertamente, en nuestro Derecho sustantivo no tiene cabida esta teoría, pues el artículo 1158 del Código Civil autoriza a cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, lo que conlleva necesariamente la inexistencia de un derecho del deudor al cumplimiento de la obligación³⁹.

Por tanto, el deudor no tiene un derecho al cumplimiento de la obligación, pero sí a ser liberado. Si el acreedor no acepta el ofrecimiento, el deudor queda facultado para consignar la cosa debida, quedando pendiente de que sea decla-

rada «bien hecha» (art. 1180 del Código Civil), para que la obligación quede extinguida, bien judicialmente (art. 99-3.^º de la LJV), o notarialmente (art. 69-4.^º de la LN). Llegado a este punto, la doctrina estima que la liberación del deudor está en un interés titulado por el ordenamiento⁴⁰, mientras que para CABALLERO LOZANO⁴¹ el deudor es el que tiene la facultad jurídica de liberarse de la obligación, y ALONSO PÉREZ⁴² lo encuadra como un derecho subjetivo. Además, como ha puesto de relieve DÍEZ-PICAZO⁴³, el ordenamiento protege el interés, el derecho o la facultad del deudor en la relación obligatoria; no obstante, si su actuación ha sido diligente en el cumplimiento, pero es rehusada por el acreedor, no es justo que el deudor quede vinculado al acreedor, así que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1176 del Código Civil, el deudor puede ofertar el pago a los efectos de ser liberado mediante la consignación de la cosa debida. Este ofrecimiento previo a la consignación requiere una actividad cooperativa del acreedor.

Sin embargo, para un sector de la doctrina⁴⁴ la cooperación del acreedor es una carga⁴⁵. Esta teoría no le otorga al deudor un derecho a exigir del acreedor un determinado comportamiento (cooperación), sino tan solo ser titular del interés a liberarse⁴⁶. Por tanto, no existe coacción ante la inobservancia del acreedor, pues no se le puede obligar a recibir el pago, pero sí se le puede imputar la mora del acreedor ante una actitud obstrucionista.

BELTRÁN DE HEREDIA⁴⁷ señala que el acreedor está obligado a realizar una actividad de cooperación con el deudor a fin de que pueda liberarse, carga o gravamen en sentido técnico, que no constituye un deber jurídico, sino un vínculo condicional en la medida en que el acreedor está obligado a cooperar cuando se realiza la satisfacción de su crédito. CABANILLAS SÁNCHEZ⁴⁸ estima que «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». DÍEZ-PICAZO⁴⁹ escribe a este respecto que parece necesario que el acreedor colabore con el deudor, en la medida en que la prestación pueda ser rectamente cumplida. El acreedor tiene una carga puntual y un diligente examen de la prestación ya realizado. El ejercicio de rehusar el pago no es lícito, salvo que se funde en una justa causa.

Junto a la teoría expuesta existen otras de carácter minoritario⁵⁰. Entre ellas destacamos la denominada «tesis que considera la cooperación como una obligación». Su planteamiento es que «aquellos autores que sostienen la existencia de un derecho del deudor al cumplimiento de la obligación consideran que la cooperación del acreedor al cumplimiento sería una obligación, en correlación con aquel derecho»⁵¹. Así, para FALZEA⁵² el acreedor es un *debitor ratione acciendi* que estará obligado a cooperar para que se pueda cumplir la obligación, pero cuando falta este cumplimiento surgen las obligaciones de resarcir los daños y perjuicios, pudiendo el deudor acudir al depósito para liberarse. CABALLERO LOZANO⁵³ señala que la *mora acciendi* se basa en la obli-

gación de cooperar. Aquí la obligación es recíproca entre el acreedor, (coopera para recibir el pago), el deudor, (se ve obligado a cumplir el deber). En su opinión —añade—, esta teoría es exagerada, pues su construcción originaria estimó la cooperación como «secundaria y complementaria» en relación con la obligación principal. Destaca como valedor de esta teoría EYRÉ VARELA⁵⁴ quien manifiesta que el acreedor tiene la obligación de facilitar la liberación del deudor cooperando con el vínculo obligatorio.

Otra teoría que estima la cooperación del acreedor como deber jurídico⁵⁵ es la tesis avalada por VON SCHEY⁵⁶, que afirmó que si el acreedor no coopera ante el cumplimiento de la obligación, se produce una violación del deber genérico de respetar la esfera jurídica del deudor, es decir, el acreedor debe cooperar, su falta supone un acto ilícito. Así, «cuando el deudor no puede cumplir su obligación por falta de cooperación del acreedor no se produce la extinción de la relación, sino que para obtener este resultado tendrá que proceder a la consignación»⁵⁷.

Nosotros creemos que el mejor encuadre doctrinal a la cooperación del acreedor ante el ofrecimiento de pago es considerarlo una carga. Así, lo entendemos porque el deudor no tiene un derecho y, a su vez, un correlativo deber del acreedor de cooperar, pero sí puede el deudor exigir un determinado comportamiento (cooperación) derivado del vínculo jurídico cuando pretenda liberarse de su deuda. Este comportamiento es una carga que cuando es rehusada por el acreedor desemboca en la *mora creditoris*. CABANILLAS SÁNCHEZ⁵⁸ citando a CATTANEO⁵⁹ señala que el acreedor no tiene en sí una obligación, sino la carga de hacer todo lo necesario para que el deudor pueda cumplirla.

1. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL OFRECIMIENTO: PREVIO

Nuestro sistema no establece de forma taxativa los requisitos que ha de cumplir el ofrecimiento de pago, como así resulta del 1258 del Código Civil francés y el 1208 del Código Civil italiano de 1942, en ambos casos, establecen siete requisitos para la validez del ofrecimiento real, no así los párrafos 293 a 296 del Código Civil alemán, que eximen de la mora al acreedor si el deudor no está en posesión de ofrecer la prestación, así como si lo tiene que realizar en fecha determinada.

El artículo 1176-2.^º del Código Civil enumera los supuestos que, de ocurrir, eximen al deudor de ofertar el pago, pudiendo consignar directamente, bien por vía judicial, bien por vía notarial, en todo caso, deberá probar que se han producido algunos de los supuestos del antedicho artículo⁶⁰.

Algunos de los casos enumerados en el antedicho artículo 1176-2.^º, como que el acreedor esté ausente, impedido o en paradero desconocido, resultan una obviedad extrema. Sin embargo, otros supuestos, como, por ejemplo, cuando son varias las personas que están interesadas en tener derecho a cobrar, o cuando

se ha extraviado el título, requieren matizarse. No obstante, hemos procedido a desarrollar cinco supuestos en los que, a nuestro juicio, resultan estar incluidos todos los del repetido artículo 1176-2.^º del Código Civil, además de algunos en que la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse.

1.1. *La negativa injustificada del acreedor*

Este requisito viene recogido en nuestro Derecho histórico p. 5.^a, tít. 14.^º, Ley 8.^a, y en parte, en la legislación vigente, artículo 1176-1.^º del Código Civil; artículo 99-1.^º, párrafo 2.^º de la LJV y artículo 69-1.^º de la LN, que con ligeras variantes en su actual redacción viene a establecer que «si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago [...], se negare de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo [...], el deudor quedará libre de su responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida».

Este precepto, si lo comparamos con su precedente legislativo, apenas presenta diferencias, pues la oferta de pago sigue siendo una manifestación de la voluntad mediante la cual el deudor comunica al acreedor su intención de cumplir la prestación⁶¹. Aclarando este respecto, ALBALADEJO⁶² que «la mora del acreedor no consiste, pues, solo en que este injustificadamente retrase la realización de la prestación (por no recibirla o no cooperar a tal realización), sino en retrasarla injustificadamente, una vez ofrecida con la intimación de que se la reciba o se preste cooperación para que sea realizada». Por tanto, si se produce la negativa del acreedor o no se facilita el cumplimiento cooperando de buena fe y en lo necesario, se produce la *mora creditoris*, debiendo el deudor consignar íntegra, idéntica y exactamente lo convenido, para que el deudor quede liberado⁶³. Por ello se dice, y con acierto, «el ofrecimiento de pago que va precedido de la consignación produce la liberación del deudor» (STS de 1 de febrero de 1876).

Por su parte, MARÍN LÓPEZ⁶⁴ ha puesto de relieve que no debemos entender la cooperación del acreedor como una obligación⁶⁵, tampoco como un deber jurídico⁶⁶, sino como una carga que supone una determinada conducta en una situación que permite la liberación del deudor⁶⁷.

Conforme a lo expuesto, debemos tener en cuenta el principio *favor debitoris*⁶⁸ que «supone considerar al deudor obligado a realizar lo puramente necesario para satisfacer el interés del acreedor, porque lo que no es lícito es que el acreedor haga más difícil o costoso el cumplimiento».

Con todo, llegamos a la conclusión de que, una vez realizado el ofrecimiento de pago, si el acreedor coopera con el cumplimiento de la obligación, esta se extingue y se produce la liberación del deudor, pero si aquel no colabora, se constituye en mora, quedando legitimado el deudor para consignar la cosa debida⁶⁹.

La STS de 9 de julio de 1941 (*RA* 1941, 905), destacó en su FJ 3.^º que «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 al acreedor en mora (*mora accipiendo*)».

1.2. La oferta de pago debe ser previa a la consignación, salvo los supuestos de que el acreedor esté ausente, impedido o en paradero desconocido

El presente enunciado viene recogido en el párrafo 2.^º del artículo 1176 del Código Civil, cuando dice que «la consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente en el lugar en donde el pago deba realizarse, o cuando esté impedido para recibirla [...] o sea el acreedor desconocido [...].» La dicción de este precepto prevé la excepción a la regla general que regula el artículo 1176-1.^º; que es, como hemos indicado más arriba, la negativa o sin razón aparente del acreedor ante el ofrecimiento de pago, pero el supuesto aquí examinado, ciertamente no existe una negativa, sino una ausencia o incapacidad física o desconocida, que en dichos supuestos no conlleva la declaración judicial, sin perjuicio de nombrar a un representante legal a quien se le encomienda la gestión de los negocios del acreedor. A estos efectos, DÍEZ PICAZO⁷⁰ señala que la idea del acreedor ausente debe entenderse limitada a la hipótesis de simple falta de presencia del acreedor en su domicilio⁷¹. Carece de relevancia el hecho de que el acreedor esté ausente por olvido, negligencia o razón justificada⁷². Por el contrario, en la incapacidad a la que alude el repetido artículo 1176-2.^º no estamos ante un supuesto de incapacidad judicialmente declarada que conlleva el nombramiento de un representante legal, sino ante un impedido materialmente y pasajero que no conlleva la mencionada declaración de incapacidad judicial⁷³.

Por otro lado, constituye un requisito procesal. Así, el artículo 99-1.^º de la LJv, dice: «El que promueva la consignación judicial expresará en su solicitud los datos y circunstancias de identificación de los interesados [...].» Además de acreditar la oferta de pago, si procede, es decir, en el supuesto de ausencia o incapacidad, como dispone el artículo 1176-2.^º del Código Civil, la oferta queda excluida, pudiendo consignar directamente el deudor. El artículo 69-2.^º de la LN se manifiesta en análogos términos.

Este requisito no requería ninguna forma especial en el modificado artículo 1176 del Código Civil, todo lo contrario a lo dispuesto en su antecedente legislativo, artículo 1108-5.^º del Proyecto de Código Civil de 1851, estableciendo que el ofrecimiento de pago se haga ante escribano público y dos testigos. La

legislación vigente, artículo 1177-1.^º del Código Civil, establece que el deudor será liberado si previamente asume el cumplimiento de la obligación, además de declarar la ineficacia si no se ajusta a lo dispuesto para el pago (art. 1177-2.^º). En este sentido, BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN⁷⁴ citando la STS de 8 de febrero de 1975 (*RA* 1975, 417), consideró válida la oferta tanto por consignación material como por giro postal o telegráfico. En la actualidad el requisito procesal de la prueba por parte del oferente es imprescindible (art. 90-1.^º, párrafo 2.^º de la LJV y 69-2.^º de la LN).

1.3. Ha de ser instada ante el acreedor y demás personas interesadas

La oferta de pago debe ser instada por el deudor, por su representante o, en su defecto, por un tercero. Esta cuestión no viene reflejada en el artículo 1176 del Código Civil, si no deja claro que, efectuado el ofrecimiento de pago, ante la negativa del acreedor, el deudor quedará liberado mediante la consignación de la cosa debida, añadiendo el párrafo 2.^º del mencionado artículo 1176, dentro de los supuestos en que la consignación por sí sola produzca el mismo efecto «cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar».

Al respecto de que sean «varias las personas que pretendan tener derecho a cobrar», cuyo antecedente legislativo está en el artículo 1193, párrafo 2.^º, del Anteproyecto de Código Civil de 1882-88, del que BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN⁷⁵ han comentado que sin perjuicio de considerarlo como un supuesto puntual, lo que hay que evitar es el pago duplicado. Así, cada uno de los interesados que pretenda cobrar deberá probar su derecho. Por otro lado, la STS de 24 de mayo de 1955 (*RA* 1955, 1709) amplió el supuesto para cuando el deudor ignore o dude a quién le corresponde cobrar.

Como ha puesto de relieve DÍEZ-PICAZO⁷⁶, este supuesto debe encuadrarse en el desconocimiento de los posibles acreedores con derecho legítimo a cobrar, pues el deudor, además de ofertar para liberarse, debe probar objetivamente la existencia de una obligación contraída con el acreedor. Por su parte, MARÍN LÓPEZ⁷⁷ señala que las ventajas del artículo 1176-2.^º están en que el deudor puede consignar sin la necesidad previa de ofertar en los supuestos que enumera dicho precepto, destacando cuando sean «varios los pretendientes al cobro», en cuyo caso se han de probar los titulares del derecho de crédito. Una razón esgrimida por MARÍN LÓPEZ⁷⁸ y que resultó de la STS de 17 de julio de 1997 (*RA* 1997, 216) es aquella de por qué se excluye el ofrecimiento de pago, pues, ante la duda del verdadero acreedor, lo mejor es consignar aclarando la circunstancia de si está el acreedor ausente, incapacitado o desconocido, si son varios los pretendientes a cobrar o si se extravió el título.

1.4. El ofrecimiento ha de ser incondicional

Este requisito ha sido destacado por CASTÁN-GARCÍA CANTERO⁷⁹ cuando señalan que el ofrecimiento de pago, por lo demás, ha de hacerse incondicionalmente. Esta es una doctrina que inicialmente asumió la STS de 27 de noviembre de 1906⁸⁰, cuando dejó «sentado el criterio de que el ofrecimiento de pago y consignación no pueden someterse a la condición», lo que ha llevado a la doctrina⁸¹ a considerar que el ofrecimiento de pago es puro, esto es, incondicional. Hemos de advertir que estamos utilizando el término condición no como un elemento accidental del negocio jurídico, pues como hemos señalado la oferta es una manifestación de la voluntad que no debe quedar condicionada a un evento futuro e incierto. A estos efectos CABANILLAS SÁNCHEZ⁸² indica que por falta de una regulación unitaria sobre la mora del acreedor, la jurisprudencia y la doctrina han establecido los presupuestos necesarios para que el ofrecimiento de pago sea exacto y regular y para que el acreedor haya cooperado en el cumplimiento facilitando la liberación del deudor. Dichos presupuestos son:

- Tiene que ser incondicional⁸³. Así, citando la STS de 27 de noviembre de 1906, «es razón bastante para rechazar el ofrecimiento y consignación si aquel se hace de forma condicional». De tal manera que, relacionándolo con el artículo 1177-2.º, «la consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago»; y el artículo 1157, «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho y la prestación en que la obligación consista». Por tanto, toda oferta para que se repute bien hecha y con efectos jurídicos conlleva la entrega de la cosa debida o el dinero pactado al acreedor o, en su caso, a su representante⁸⁴.
- Tiene que hacerse en el momento oportuno y en el lugar y fecha convenida. La STS de 26 de noviembre de 1948 (*RA* 1948, 1273)⁸⁵ dispuso que «el ingreso en cuenta bancaria cumple el requisito exigido por el artículo 1162 del Código Civil como pago hecho a quien está autorizado para recibirla, 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 sujeto, lugar y tiempo de la prestación regulan el pago, según los artículos 1166, 1169, 1170 y 1171, 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»⁸⁶. La prestación ofrecida ha de ser íntegra e idéntica a la que constituye el objeto de la obligación. Todo ofrecimiento y su correspondiente consignación ha de ser determinada, líquida, exacta y posible, pues de lo contrario puede el acreedor oponerse a la liberación del oferente⁸⁷.

La SAP de Barcelona de 7 de mayo de 1997 (*RA* 1997, 1182) ha declarado que «la posibilidad de pago por terceros contra la voluntad del acreedor culmina con la incuestionable facultad de acudir a la consignación que regulan los artículos 1176 y sigs. del Código Civil [...] y para cuya regularidad la norma exige como presupuesto, a salvo de las excepciones reguladas en el segundo párrafo, el previo ofrecimiento o declaración unilateral por la que el deudor comunica estar dispuesto al inmediato cumplimiento de su prestación e intima al acreedor a que despliegue la actividad precisa para que se produzca el pago y consiguiente liberación del deudor, siempre que, como precisa la doctrina, concurran las siguientes características: a) que se formule incondicionalmente; b) que se haga al acreedor o a un tercero apoderado al efecto; c) que se efectúe en momento y lugar oportunos; y d) que sea íntegra e idéntica a la que constituye el objeto de la obligación».

1.5. Extravío del título de la obligación

El artículo 1176-2.^o del Código Civil cita, entre los motivos que eximen la manifestación de ofertar el pago, el hecho de que el título que vincula a las partes se haya extraviado. En este sentido, DÍEZ-PICAZO⁸⁸ entiende este supuesto para aquellos casos en que la presentación del título es necesaria para el pago, lo que supone acreditar la legitimidad del acreedor y la correlativa legitimidad del deudor para quedar liberado. MARÍN LÓPEZ⁸⁹ encuadra el supuesto en aquellos casos regulados en los artículos 84-87 de la Ley Cambiaria y del Cheque (LCCH). Así, estando, por ejemplo, ante una letra de cambio extraviada se puede caer fácilmente en un supuesto de doble pago⁹⁰. Para evitar este supuesto, el deudor no opta, sino consigna directamente. Por su parte, CABALLERO LOZANO⁹¹ señala que el artículo 1176-2.^o autoriza la consignación sin ofrecimiento previo cuando sean varios los interesados en cobrar y cuando se haya extraviado el título; el segundo supuesto es el caso de los títulos de créditos (letra de cambio o cheque); y ambos se encuadran dentro de la «duda sobre la legitimación de las partes».

Desde mi punto de vista, el último inciso del artículo 1176-2.^o del Código Civil está pensado para aquellos documentos en que su presentación es necesaria y, por tanto, el obligado desconoce quién es el tomador. Para evitar esta incertidumbre se puede consignar directamente.

III. LA MORA DEL ACREDOR: EL ARTÍCULO 1176 DEL CÓDIGO CIVIL

Es criterio generalmente aceptado por la doctrina⁹² la existencia de una autonomía conceptual entre la mora del deudor y la mora del acreedor, no siendo

requisito necesario la existencia de la culpa para que estemos ante la *mora credendi*⁹³. También se afirma que «las consecuencias de la mora del acreedor no se resuelven en una obligación independiente de indemnizar, pues no nacen de una deuda suya y sí simplemente de la carga de no impedir la liberación»⁹⁴, o como ha puesto de relieve CABALLERO LOZANO⁹⁵, la mora del acreedor «es una viciabilidad que se presenta en el cumplimiento de las obligaciones, cuando el acreedor no colabora oportunamente con el deudor en la medida necesaria para que tenga lugar la realización del programa de prestación establecido».

La mora del acreedor tiene su origen en el Derecho romano. El acreedor incurría en mora (*mora creditoris*) si no aceptaba la prestación en el tiempo en que era efectuada por el deudor⁹⁶. El mecanismo era más o menos el descrito hasta ahora: el deudor ofrecía al acreedor el cumplimiento de la *res debida* (D. 18,1,3,4). Si el deudor, para ejecutar el cumplimiento, necesita la intervención del acreedor, este deberá cooperar, pero si estaba señalado un término con respecto al pago, bastaba una oferta verbal (D. 18,6,5). Si el acreedor rechaza la prestación o descuida su aceptación sin justa causa, cae en *mora creditoris* (D. 46, 3,72). Ante la mora del acreedor, el deudor no quedaba liberado de su responsabilidad. En el Derecho justiniano se requería que el deudor fuera invitado a pagar (*interpellatio*); ya que él no estaba obligado a ofrecerse espontáneamente⁹⁷. En el Derecho intermedio la mora del acreedor y del deudor quedaron en situación de igualdad⁹⁸. Y en el Derecho común se configuró la mora como un concepto unitario, estableciendo que la *mora creditoris* derivaba de la falta de cooperación por parte del acreedor y considerando necesaria la culpa⁹⁹.

Fue el Código Civil francés el primer cuerpo legal que asumió la mora del acreedor como una institución errante y oculta¹⁰⁰, basada en el ofrecimiento real y el depósito (arts. 1257-1264), limitando su aplicación al cumplimiento de una obligación de dar o entregar una cosa debida. Las legislaciones que siguieron este criterio son el derogado Código Civil italiano de 1865, el derogado Código Civil portugués de 1857 y el proyecto de Código Civil español de 1851.

Por su parte, el sistema germanico ensayó un nuevo enfoque basado en la mora del acreedor y del deudor. El parágrafo 293 del BGB refleja que el acreedor incurre en mora si no acepta la prestación que se le ofrece¹⁰¹. Así, la culpa del acreedor no es un presupuesto necesario para la mora del deudor, pues, según los párrafos 293-304 del BGB, la mora del acreedor no supone un incumplimiento culposo, sino inobservancia de una carga¹⁰². Las legislaciones que siguen este criterio son, entre otras, el Código de las obligaciones suizo, el Código Civil griego de 1940, el Código Civil italiano de 1942 y el Código Civil portugués de 1966.

No existe en nuestro ordenamiento una regulación unitaria y uniforme de la mora del deudor, sino ha sido fruto de una línea de jurisprudencia iniciada con la STS de 27 de diciembre de 1892. Sin embargo, nosotros partimos de la STS de 5 de julio de 1944 (RA 1944, 941), en la que se consideró que «el

artículo 1176 del Código 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 del depósito carece de eficacia jurídica; ya que, tiene la de excluir las consecuencias de la *mora solveldi*, o sea, el impedir que pueda considerarse al deudor incuso 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 1124». En esta misma línea están las SSTS de 21 de junio de 1947 (1947, 778) y de 27 de noviembre de 1950 (RA 1950, 1833)¹⁰³. Esta última, citando la sentencia de 9 de septiembre de 1941, señaló «que son instituciones diferentes la oferta real de pago y la oferta no seguida de consignación; la primera es base inexcusable de pago liberatorio; la segunda tiene por efecto fundamental el de constituir el acreedor en mora, que en todo caso sería lo que podría ocurrir en este caso». En análogos términos, las SSTS de 1 de diciembre de 1953 (1953, 3152), 12 de junio de 1969 (RA 1969, 3425)¹⁰⁴ y 30 de mayo de 1986 (RA 1969, 3425)¹⁰⁵. Esta última declaró que «si bien el comprador cumplió su obligación de pago del precio, incurrió en la figura jurídica que la doctrina científica y jurisprudencia conoce por el nombre de mora del acreedor o *mora accipiendo*, 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». La STS de 15 de junio de 1987¹⁰⁶ concretó en su FD 6.º 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 menos 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».

De la jurisprudencia expuesta deducimos que entre cooperación y mora existe una relación causa-efecto¹⁰⁷. Ciertamente, la *mora creditoris* existe porque descansa en el aspecto negativo del acreedor (rehusar, negarse o rechazar) ante la oferta del deudor, pues el acreedor ha de cooperar en el cumplimiento de la obligación con base al principio de buena fe¹⁰⁸.

Antes de abordar el tema del fundamento de la mora del acreedor debemos señalar; por un lado, que el cumplimiento de la obligación no puede quedar al arbitrio de una de las partes; por otro, la cooperación no es entendida en el sentido de constituir un deber jurídico para el acreedor, sino en el de ser necesaria para que se pueda cumplir la obligación¹⁰⁹. Por tanto, estamos ante dos requisitos para que se cumpla la *mora creditoris*: uno, el deudor ha de ofrecer

la prestación conforme a lo pactado; y dos, la conducta del acreedor consiste en la falta de cooperación necesaria para el cumplimiento¹¹⁰. En consecuencia, la mora del acreedor se desenvuelve en el campo de las obligaciones, pero no todas las obligaciones le son aplicables a la *mora creditoris*, sino aquellas donde la prestación requiere la cooperación del acreedor. Como ha puesto de relieve CABALLERO LOZANO¹¹¹, la cooperación es necesaria en las obligaciones de dar y de hacer, porque el acreedor ha de recibir la *res debita*, que resulta del cumplimiento de la obligación.

El artículo 1176 del Código Civil habla del ofrecimiento de pago y de la consignación, siguiendo el modelo francés de la oferta de pago y depósito, ya que, como ha señalado la doctrina¹¹², la mora del acreedor descansa en la negativa del acreedor cuando «sin razón» no admite el pago ofertado por el deudor. La nueva regulación sobre el ofrecimiento de pago no recoge todos los supuestos en que se fundamenta la mora del acreedor, sino parte de ellos: a) la negativa del acreedor (*mora solvendi*) impide que el deudor incurra en mora (art. 1176-1.º); b) ante la situación anterior el acreedor soporta los riesgos sobrevenidos de la prestación, salvo los imputables al deudor¹¹³; y c) el acreedor abonará al deudor los gastos derivados de la conservación y custodia de la cosa (art. 1179), aunque dicho precepto declara que los gastos de consignación correrán por cuenta del acreedor¹¹⁴. Junto a estos supuestos derivados del vínculo obligacional, existen otros: la carga de colaboración¹¹⁵. La colaboración se entiende de buena fe y necesaria para que el deudor pueda ejecutar la prestación debida¹¹⁶. Todo ello nos lleva a configurar la mora del acreedor no como un deber de la prestación¹¹⁷, sino como una carga que pesa sobre el acreedor a modo de colaboración que libera al deudor de la prestación.

Por tanto, el artículo 1176 del Código Civil presupone la mora del acreedor ante la negativa sin razón a admitir el pago ofrecido por el deudor. Además de otros preceptos aislados, como el caso del artículo 332 del C.Com., los artículos 1185, 1453-3.º, 1505, 1589 y 1590 del Código Civil y el artículo 48 de la LCCH.

IV. EL OFRECIMIENTO DE PAGO Y LA CONSIGNACIÓN POR UN TERCERO

La cuestión que nos planteamos en este epígrafe consiste en dilucidar si un tercero puede efectuar el ofrecimiento de pago y la consignación. En este sentido, el artículo 1178 del vigente Código Civil dispone que «la consignación se hará por el deudor o por un tercero, poniendo las cosas debidas a disposición del Juzgado o del Notario, en los términos previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria o en la legislación notarial», pero nada dice sobre el «ofrecimiento de pago»; que, en principio, podemos entender implícito, pues quien consigna antes ha de ofertar el pago, salvo los casos previstos en el artículo 1176-2.º.

El origen del pago de un tercero está en el Derecho romano¹¹⁸. De este modo, el tercero que efectúa un pago a favor del deudor hace a su favor una acción para recuperar la cantidad satisfecha. Esta acción, por lo general, venía ligada a una relación subyacente¹¹⁹. Las fórmulas empleadas en Derecho romano son: el pago con aprobación expresa o tácita del deudor (*actio mandati contraria*), el pago con desconocimiento o ignorancia del deudor (*actio negotiorum contraria*), y el pago contra la expresa voluntad del deudor (*actio in rem verso*); y han sido recogidas en el artículo 1158, párrafo 2.^º y 3.^º del Código Civil¹²⁰ mediante las acciones de reembolso, reposición y enriquecimiento¹²¹. Sin embargo, un sector de la doctrina¹²² entiende que las situaciones de pagos ignorados, pagos aprobados y pagos contra la voluntad del deudor, se corresponden con tres modelos básicos: la acción de mandato (el pago se realiza con aprobación expresa o tácita del deudor), disponiendo el *solvens* de una acción contraria de mandato (art. 1158-2.^º); la acción de gestión de negocio (cuando el pago reúne todos los requisitos necesarios para poder decir que estamos ante un gestor de negocio), artículo 11158-2.^º; y la acción de enriquecimiento (cuando el *solvens* no reúne los requisitos necesarios para calificarlo de gestor), artículo 1158-3.^º. En la época del *ius commune* fue polémica la cuestión de si el tercero tiene legitimidad para pagar y, por tanto, para ofrecer el pago¹²³. Fue en el periodo de la codificación y de la mano de la doctrina francesa y alemana, las que se inclinaron a favor del aforismo «quien puede pagar puede ofertar». En nuestro Código Civil, artículo 1158, se habla del pago por un tercero, pero este no puede ser ofrecido por él mismo, mientras que el artículo 1177-2.^º habla del tercero a los efectos de consignar, pero no lo autoriza para el ofrecimiento de pago. La doctrina española está dividida en aquellos a favor¹²⁴, es decir, que otorga legitimación a un tercero en fase previa, y en aquellos que, con diferentes matices, consideran que le falta legitimación al tercero o estamos ante una prestación personalísima que impide ofrecer el pago por él¹²⁵. Nosotros estamos con la doctrina que comparte la legitimación del tercero a los efectos del ofrecimiento de pago y consignación. Así, la STS de 23 de marzo de 1929¹²⁶ declara «que el artículo 1176 del Código Civil no debe ser interpretado literalmente, en el sentido de que haya de ser necesariamente el deudor quien haga la consignación, porque siendo esta una forma de pago, cualquier persona puede consignar, tenga o no interés en la obligación y su cumplimiento, según preceptúa el artículo 1158 del Código Civil»¹²⁷.

El artículo 1178, antes de la modificación operada por la LJV, no aludía al tercero, sino que la consignación se depositaba ante la autoridad judicial por quien acrede la oferta y el anuncio. Este precepto tiene su antecedente legislativo en el artículo 1099 del Proyecto de Código Civil de 1851, que, a modo de refundición, parece haber recogido el artículo 1175 del anteproyecto de 1882-88, del que resultó el artículo 1178 hasta su modificación. En opinión de BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN¹²⁸, comentando el mencionado

artículo 1178, estamos ante un «acto de jurisdicción voluntaria sin regulación expresa en la LEC»; por su parte, INFANTE RUIZ¹²⁹ aprecia que en los métodos previstos en el modificado artículo 1178 cabe hablar de una doble función: aclaratoria (la consignación se hará ante la autoridad judicial), y reguladora (la consignación es la que libera al deudor); así, citando la STS de 30 de noviembre de 1990 (*RA* 1990, 9219), destacó que los depósitos materiales o ante otra persona, solo tienen la consideración de ofrecimiento de pago. Sin embargo, MARÍN LÓPEZ¹³⁰ comenta como posibles métodos de consignación el judicial, el notarial y el tercero, optando en la regulación anterior por el método judicial, que calificó de acto de jurisdicción voluntaria. El vigente artículo 1178 del Código Civil ha optado por el doble modelo de consignación: judicial y notarial, remitiéndose a los artículos 98 y 99 de la LJV y el 69 de la LN. En ambos supuestos se regulan los trámites judiciales y notariales. Hemos de tener en cuenta que el ofrecimiento de pago debe preceder a la consignación, salvo los supuestos previstos en el párrafo 2.º, del artículo 1176 del Código Civil, de tal forma que, si no hay oposición a la oferta la consignación, se entiende como pago o cumplimiento de la obligación y se deberá ejecutar conforme a lo dispuesto en el artículo 1157¹³¹, que dice «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consista». Por otro lado, el artículo 1180 del Código Civil, en relación con los artículos 99-3.º y 4.º de la LJV y 69-4.º de la LN, si resulta que el acreedor acepta la consignación o se dicta resolución judicial o acta notarial de que está bien hecha, en este caso el deudor quedará liberado; si el acreedor, por el contrario, se opone al pago por entender que no cumple los requisitos del artículo 1176, o el juez no la declara bien hecha, o, en su caso, el notario, se procederá al archivo del expediente; por último, puede darse el supuesto de que el deudor retire la cosa consignada antes de que el acreedor acepte o se dicte resolución judicial o, en su defecto, acta notarial, y en este caso subsiste la relación obligatoria¹³².

El procedimiento descrito es para cuando lo ejecuta el deudor. Pero puede ser de aplicación a un tercero, ya que el artículo 1158 del Código Civil regula el pago por un tercero en los términos siguientes: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor»; añade el párrafo 2.º: «El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, al no haberlo hecho contra su expresa voluntad»; y sigue el párrafo 3.º: «En este caso solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago».

La jurisprudencia, con claridad meridiana, ha declarado el contenido del repetido artículo 1158. Así, la STS de 29 de septiembre de 2005 (*RA* 2005, 184) dispuso que «el artículo 1158 del Código Civil permite a cualquier persona efectuar el pago de la obligación, con independencia de cuál sea la actividad del deudor»; la STS de 23 de julio de 2007 (*RA* 2007, 4704) en su FD. 3.º

estableció «el artículo 1158 del Código Civil con precedentes en el 1099 del proyecto de 1851 y en la regla, según la cual cualquiera puede pagar por el que no lo sabe, aunque se oponga, del mismo modo que se puede mejorar la condición de una persona sin su conocimiento y contra su voluntad («*solve-re pro ignorantе et invitо cuique licet, cum sit iure civil constitutum licere etiam ignorantis et invitи meliorem conditionem facere*»; Digesto 46,3,53), se contempla un pago efectuado por «cualquier persona» que no sea el deudor, según la STS de 4 de noviembre de 2003 (*RA* 2003, 8018); la STS de 20 de diciembre de 2007 (2007, 9055) declaró en su FD 4.º: «Cuando es claro que el indicado precepto del artículo 1158 del Código Civil se aplica a supuestos de pago por tercero en los que el deudor ignora el pago, e incluso lo desaprueba expresamente, según se desprende inequívocamente del mismo texto normativo, y nunca ha sido puesto en duda ni por la doctrina ni por la jurisprudencia (SSTS de 12 de febrero de 1979 (*RA* 1979, 811); 23 de octubre de 1991 (*RA* 1991, 7484); 8 de mayo de 1992 (*RA* 1992, 3892); 18 de diciembre de 1997 (*RA* 1997, 8819); 5 de marzo de 2001 (*RA* 2001, 2564); 18 de diciembre de 2002 (*RA* 2002/2091)». Mientras, la SAP de Barcelona de 7 de mayo de 1997 (*RA* 1997, 1182) estableció la siguiente doctrina: «La posibilidad de pago por tercero contra la voluntad del acreedor culmina con la incuestionada facultad de acudir a la consignación que regulan los artículos 1176 y sigs. del Código Civil [...] y constituye el presupuesto esencial para el pago por tercero en una obligación ajena (STS de 4 de noviembre de 2003, *RA* 2003, 8018)».

Por tanto, el citado artículo 1158 proclama «el principio de que el pago puede realizarlo cualquier persona ajena a la relación obligatoria al margen del consentimiento del deudor y con independencia de la aceptación del acreedor», mediante el ofrecimiento de pago y consignación en su caso¹³³. Así que las consecuencias del pago por un tercero, contemplada desde el punto de vista del acreedor satisfecho, conllevan la extinción de la obligación, pero el pago por un tercero, desde el punto de vista del deudor, puede presentar otras características¹³⁴. Así, la doctrina jurisprudencial a la hora de clasificar el pago por tercero ha seguido un doble criterio: el primero, según la STS de 23 de octubre de 1991 (*RA* 1991, 7484) dice que «la norma configura la intervención pagadora del tercero en tres vertientes: a) que el pago tenga lugar con conocimiento del deudor principal, es decir, en situación de delegación consentida y aprobada, lo que ocasiona que este tercero asuma, con la cualidad de subrogado, la postura de acreedor frente a aquel por el que pagó para ejercitarse su consecuente derecho de reembolso, surgiendo así una nueva obligación, toda vez que la originaria quedó extinguida; b) que el pago se efectúe contra la expresa voluntad del deudor, en cuyo caso el tercero que ha satisfecho el crédito solo tiene derecho a reembolsarse en la medida de la utilidad efectiva de los pagos realizados, y su «ratio» deviene de evitar situaciones de enriquecimiento injusto y c) que la intervención de dicho tercero, satisfaciendo la deuda, lo sea sin conocimiento

del verdadero deudor obligado, que de esta manera ignora que su débito ha sido cancelado, lo que determina solo el nacimiento del derecho a ser reembolsado de lo que abonó, ya que la subrogación expresa queda excluida por mandato del artículo 1159 del Código Civil, aunque cabe la posibilidad de que se dé la presunción de subrogación si el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión y a tenor del artículo 1210-3.º del Código Civil. SSTS de 8 de mayo de 1992 (*RA* 1992, 3892) 16 de marzo de 1995 (*RA*, 1995, 2659); 15 de octubre de 1997 (*RA* 1997, 7465)». Este criterio es seguido mayoritariamente por la doctrina¹³⁵; el segundo, según la STS de 18 de febrero de 1997 (*RA* 1997, 8819), sentó el siguiente criterio: «El Código Civil ha establecido el siguiente sistema respecto a las secuelas derivadas del pago de un tercero: primero, la subrogación convencional, si hay pacto entre el tercero y el acreedor, tanto cuando aquel posee interés en la obligación como en caso contrario, ya el deudor apruebe el pago, ya lo ignore o se oponga a él (arts. 1209 y 1159); segundo, la subrogación legal, cuando paga un tercero y así lo ordena algún precepto (art. 1209); tercero, la subrogación legal, cuando paga un tercero interesado en la obligación, bien si el deudor aprueba el pago, bien si lo ignora o si se expresa contrario a él (art. 1210 1.º y 3.º); cuarto, la subrogación legal, cuando paga un tercero no interesado en la obligación con la aprobación del deudor (arts. 1210. 2.º y 1159); quinto, el reembolso por lo pagado, cuando lo hace un tercero no interesado y el deudor lo ignora (art. 1158); y, sexto, la repetición por la utilidad producida, cuando paga un tercero no interesado contra la expresa voluntad del deudor (art. 1158)»¹³⁶.

De acuerdo con lo expuesto, nosotros seguimos el primer criterio, que se caracteriza por la subrogación como mecanismo de transmisión, por virtud de la cual, el tercero adquiere el derecho de crédito del acreedor¹³⁷; o, subentra en la misma posición jurídica anterior con todos los privilegios, garantías y demás relaciones accesorias¹³⁸. La doctrina mayoritaria contempla la subrogación como un doble derecho a favor del que pagó una deuda ajena (tercero) que le permite elegir entre la subrogación y el reembolso¹³⁹. Así, el artículo 1209-2.º (subrogación convencional) se produce ante el acuerdo del acreedor y el tercero¹⁴⁰; la subrogación legal, cuando se dan los requisitos previstos en el artículo 1210 del Código Civil: primero, cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente; segundo, cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación del deudor; tercero, cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento¹⁴¹, dos categorías distintas, pero complementarias que recogen el pago de un tercero de deuda ajena en la que si el *solvens* tiene interés en el cumplimiento estamos ante una subrogación legal. En cambio, si el tercero carece del mencionado interés, se opone el deudor al pago o es ignorado dicho pago por el deudor, habrá una subrogación cuando sea autorizada por el acreedor (subrogación convencional). La extinción de la obligación, por virtud de la cual, mediante el pago se extingue la deuda, nace a modo de reembolso a favor del tercero y frente al deudor¹⁴².

La cuantía que puede reclamar el tercero de la nueva relación es la misma que pagó, no así aquella que pueda constar como anterior. Lo que caracteriza esta modalidad de pago por tercero es que decaen las relaciones accesorias. Como hemos apuntado, la acción subrogatoria supone que el tercero queda en el lugar de acreedor y frente al deudor originario; sin embargo, la acción de reintegro es más limitada, pues su derecho contra el deudor es nuevo e independiente del anterior¹⁴³. La acción de enriquecimiento dice que en este supuesto se extingue la obligación anterior y nace en su lugar otra a favor del tercero y frente al deudor. Por tradición histórica esta se suele denominar acción *in rem verso*¹⁴⁴. De igual modo, se denomina acción de enriquecimiento porque el deudor experimenta un aumento patrimonial¹⁴⁵, sobre la base de un pago, ignorando la voluntad del deudor (art. 1158-3.º); en cambio, el derecho de reembolso al tercero no ha actuado contra la voluntad expresa del deudor (art. 1158-2.º). La STS de 12 de noviembre de 1987 (*RA* 1987, 8397) dispuso que «el pago por tercero ha de ser útil al deudor. La utilidad se tiene en consideración por la jurisprudencia no solo en el caso de que el deudor se oponga al pago, sino también cuando un tercero realice el pago sin su conocimiento o al menos sin su aprobación: «esta Sala tiene sentado que en el pago hecho sin conocimiento expreso del deudor por un tercero, solo podrá ejercitarse la *actio in rem verso*, por este último en cuanto probare que le hubiere sido útil a aquél, pues de otra suerte podría darse estado de validez a un posible y eventual fraude por connivencia dolosa», así las sentencias de 18 de noviembre de 1998 (*RA* 1998, 8412) y 5 de junio de 1991 (1991, 4420)».

V. EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Situamos la problemática de la jurisdicción voluntaria en que el artículo 1811 de la LEC-1881 está basado en la no contradicción como elemento esencial de los actos de la jurisdicción voluntaria, pero, si ponemos dicho precepto en relación con el artículo 1817 del mismo cuerpo legal, la moderna doctrina¹⁴⁶ estima la supresión de la contradicción como elemento caracterizador de la jurisdicción voluntaria. Hay que buscar un nuevo criterio diferenciador que resulte satisfactorio.

El artículo 1811 de la LEC-1881, dispuso que «se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada, ni promover cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas»¹⁴⁷. Este precepto tiene su precedente legislativo en un pasaje del jurisconsulto romano Marciano recogido en el Digesto (D. 1,16,2, pr. 1)¹⁴⁸, como en el Derecho de Partidas¹⁴⁹ y de ahí pasó a las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881¹⁵⁰. Que, como ha puesto de relieve FERNÁNDEZ DE BUJÁN¹⁵¹, ha dado un amplio debate en la doctrina en

toro a la ausencia de conflictos como criterio determinante de la jurisdicción voluntaria. En cambio, la vigente LJV, en su artículo 1.2.º, dispone: «Se considerarán expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso». Este concepto difiere del derogado artículo 1811 de la LEC-1881, en que alude a los «actos de jurisdicción voluntaria», mientras que el vigente manifiesta que «los expedientes de jurisdicción voluntaria»; pero, ambos gravitan en un elemento común «la carencia de contienda entre los interesados», cuyo elemento representa nuestra tradición histórica¹⁵². Este criterio que, en línea de principio, lo corrobora la Exposición de Motivos (I) de la LJV, cuando dice: «Por esa razón ahora se opta [...] por separar la jurisdicción voluntaria de la regulación procesal común, manteniéndose entre ellos las relaciones naturales de especialidad y subsidiaridad que se producen dentro de cualquier sistema jurídico complejo.

Su regulación en una ley independiente supone, al mismo tiempo, el reconocimiento de la autonomía conceptual de la jurisdicción voluntaria dentro del conjunto de actividades jurídicas-públicas legalmente atribuidas a los tribunales de justicia».

En Roma la jurisdicción fue competencia de los magistrados y posteriormente de los jueces¹⁵³. Solo estos podían a través de un proceso fingido *in iure cessio*, o por medio de un *decretum*, que se decidiera un pleito consensuado por las partes¹⁵⁴. En la época clásica la *in iure cesio* era un proceso en donde los comparecientes de mutuo acuerdo se sometían a la *addictio* del magistrado, pero en la época postclásica este proceso fue perdiendo vigencia como consecuencia de una disociación entre jurisdicción y proceso¹⁵⁵. Por tanto, los supuestos que requerían una *in iure cessio* finalizada mediante *additio*, como aquellos que se perfeccionaban mediante un *decretum*, en la práctica postclásica acabaron denominándose *aurisdictio voluntaria*¹⁵⁶.

Es pacífica la doctrina en considerar que los supuestos de jurisdicción voluntaria tenían el carácter de negocio constitutivo de derechos, la emancipación, la manumisión, la adopción, la posición del heredero, entre otros procesos que concluían con una resolución cuando era necesaria la intervención del magistrado, pues tutelaban el interés público, en cambio, las actuaciones de jurisdicción voluntaria tutelaban el interés privado¹⁵⁷.

El antecedente de lo que hoy conocemos por notarios (*notarii*) o fedatarios públicos, en el Derecho romano se denominaban *tabelionis*¹⁵⁸. Inicialmente los *tabellio* no tenían la consideración de funcionario, sino de profesionales privados con capacidad para redactar documentos, función consultiva y asesora, asistencia a los tribunales, redacción de instancias y consignaciones. El uso de su función como *instrumenta publice confecta* data del 472 d.C¹⁵⁹. Paulatinamente fueron asumiendo competencias propias de la jurisdicción voluntaria. Por otra parte,

las Partidas fueron la primera fuente de inspiración tanto de la LEC de 1855, como de la LEC de 1881, regulando el libro tercero los actos de jurisdicción civil (arts. 1811 a 2108), y los actos de negocios mercantiles (arts. 2109 a 2174).

Durante la vigencia de esta ley no fue pacífica la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. Así, se ha considerado como una «actividad jurisdiccional»¹⁶⁰; asimismo, se ha estimado como una «actividad administrativa»¹⁶¹; sin embargo, FERNÁNDEZ DE BUJÁN¹⁶² señala que desde el punto de vista intermedio se han desarrollado fórmulas limítrofes entre «función jurisdiccional» y la «función administrativa»¹⁶³; por último, destacamos aquella que ha sido estimada como una actividad autónoma del Estado que incluye el denominado sistema cautelar o garantista de derechos¹⁶⁴.

Sobre el particular, ha tenido ocasión de pronunciarse la STC de 22 de abril de 1981 (FJ 3.º)¹⁶⁵, que dispuso «las variadas tesis formuladas por la doctrina, de una lado, sobre la naturaleza de esta jurisdicción voluntaria —desde una verdadera jurisdicción hasta una administración de derecho privado, atribuida por razones históricas a órganos judiciales— y la diversidad, desde otro lado, de los supuestos contemplados en el libro III de LEC de 1881, nos obliga a no sentar conclusiones generales sobre la necesidad o no de intervención de quienes pueden considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria a la luz del artículo 24 de la CE. Será necesario, por el contrario, descender a los casos particulares para verlos a la luz del texto constitucional». Esta resolución, ante la diversidad de posturas doctrinales, no se decanta por una concreta. Sin embargo, la RDGRN de 8 de mayo de 1995¹⁶⁶ viene a considerar que la jurisdicción voluntaria es una verdadera administración de derechos privados. Dice así: «las actas notariales de notoriedad, reguladas en el Reglamento Notarial, entre las que se encuentran las declaraciones de herederos, pertenecen a la esfera de la jurisdicción voluntaria, caracterizada por la ausencia de contienda u oposición, que hace, según la opinión ampliamente mayoritaria, que esta esfera no constituya una verdadera jurisdicción, sino una cierta función de administración de derecho, realizada por órganos judiciales o no, encaminada a tutelar el orden jurídico, mediante la constitución, aseguramiento y modificación de estados y relaciones jurídicas».

Esta diversidad de actuaciones, FERNÁNDEZ DE BUJÁN¹⁶⁷ la divide en dos categorías: a) aquellas actuaciones de carácter constitutivo de derechos, tutela de menores o incapacidades, y b) aquellas actuaciones que consisten en autenticaciones, legalizaciones, registros, certificaciones; lo que se concreta en: la primera en actuaciones judiciales; la segunda en aquellas de naturaleza administrativa. Esta variedad de órganos para conocer las funciones de la jurisdicción voluntaria nos hace pensar que estamos ante una verdadera jurisdicción, pero con una actividad administrativa.

Ciertamente, así la denomina la doctrina, «jurisdicción voluntaria como actividad administrativa»¹⁶⁸, que se fundamenta en que las resoluciones dic-

tadas están desprovistas de cosa juzgada en sentido formal¹⁶⁹, según recoge el artículo 19-3.^º de la vigente LJV, que dispone: «Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexas a aquél.

Esto será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales». De esta forma, para LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA¹⁷⁰ se conoce expresamente el efecto de cosa juzgada formal a las resoluciones de jurisdicción voluntaria, inherentes a su firmeza o inimpugnabilidad, lo que no quiere decir que las resoluciones que resuelvan un expediente de jurisdicción voluntaria no sean efectivas, pues tienen que ser respetadas, ya que, una vez se agote el proceso y adquiera firmeza, no pueden ser modificados dentro del mismo expediente, que es lo que caracteriza la cosa juzgada formal¹⁷¹. Sin embargo, la nueva legislación, LJV recoge en el artículo 19-4.^º la cosa juzgada material. Esta cuestión se consideraba hasta ahora dudosa, y consiste en la impulsividad de que otro proceso resuelva de modo contrario las cuestiones ya decididas en un proceso anterior¹⁷². Así, el mencionado artículo 19-4.^º dispone que «la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicta sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria».

VI. LA CONSIGNACIÓN: INTRODUCCIÓN

La consignación es un mecanismo de liberación del deudor¹⁷³. La *consignatio* surgió en el Derecho romano¹⁷⁴. Este instituto consistía en un depósito con fines liberatorios a favor del deudor¹⁷⁵. El depósito es fruto de un largo proceso que se inició con la facultad del deudor de liberarse mediante el abandono del objeto debido¹⁷⁶, pero en la época del emperador Diocleciano es cuando se produce un cambio, en el sentido de que dicho depósito adquiere la consideración de liberación del deudor, es decir, no solo se requiere efectuar el mencionado depósito, sino también se realice en lugar público. Este mecanismo se conservó hasta la época de los compiladores justinianos, salvo algunas modificaciones. El depósito se realizaba después del ofrecimiento de la *pecunia debida* al acreedor, y si esta es rechazada se procede a la *obsignata*¹⁷⁷.

En el Derecho intermedio el antecedente más destacado está en nuestro Derecho de Partidas (P. 5.^a, tít. 13.^º, Ley 38) y (P. 5.^a, tít. 14.^º, Ley 8.^a), que supuso un trasunto del esquema romano: «*Otrosí decimos que sería lo mismo,*

si el deudor quisiese pagar el deudo e el otro no lo quisiese recibir; e hisiese afrenta (oblatio) de esto ante hombres buenos, e sellase con su sello los dineros (obsignatio) e los pusiese en guarda de algún lugar religioso o de algún hombre bueno (depositio)». Esta fórmula, además de tomar en cuenta los artículos 1257 a 1264 del Código Civil francés, fue el modelo asumido por el proyecto de Código Civil de 1851 (arts. 1107-1115), que a su vez inspiró el Código Civil de 1888 (arts. 1176-1181), salvo las modificaciones introducidas por la LJV.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

No existe en nuestro ordenamiento jurídico un concepto de consignación¹⁷⁸, pero si tantas definiciones como autores se han dedicado al tema. Así, la STS de 12 de noviembre de 1973 (*RA* 1973, 4164) estableció que «la consignación es la vía que nuestro ordenamiento prevé para el pago de las obligaciones cuando el acreedor se niega a cobrar»; criterio que ha sido corroborado por la SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2003 (*EDJ* 2003, 211377). En consecuencia, «ante el desacuerdo entre el deudor y el acreedor para el pago, no puede dejarse al primero a merced de una negligencia del segundo»¹⁷⁹. Por tanto, existe una vez llegado el vencimiento una oferta de pago, que si es rechazada por el acreedor procede el depósito de la cosa debida. No obstante, la jurisprudencia¹⁸⁰ reitera que la consignación es un mecanismo de liberación del deudor.

En cuanto a la naturaleza jurídica, exponemos de modo sucinto la tesis del profesor CABRERA RAMÍREZ¹⁸¹. En este sentido y en atención al doble criterio del depósito, se distingue el depósito que se lleva a cabo en establecimiento destinado a tal efecto (noción contractual) y el depósito ante la autoridad judicial (consignación judicial)¹⁸². El primero es el criterio predominante en Alemania, Francia e Italia; el segundo es el sistema característico de Portugal, Argentina y España.

La consignación contractual consiste en que el deudor, una vez ofrecido el pago al acreedor, y que este lo haya rechazado, se dirige a un ente o establecimiento de depósito entregando la cosa debida, obligándose dicho ente a su custodia y conservación, además de entregárselo al acreedor cuando se lo pida¹⁸³. CABRERA RAMÍREZ¹⁸⁴ señala, a estos efectos, que de este modo queda configurada la consignación como un contrato de depósito, de lo que el autor extrae tres tipos: «depósito simple», «depósito a favor de tercero» y «depósito complejo». En cuanto al primero, el «depósito simple», el deudor entrega la cosa en el establecimiento para su custodia, pudiendo el deudor retirar el objeto antes de que el acreedor lo retire. Esta teoría presenta el inconveniente de la aceptación del acreedor, pues, si no se efectúa dicha aceptación, el depósito queda en el establecimiento¹⁸⁵; el segundo, denominado «depósito a favor de terceros», en donde el deudor concierta con el establecimiento un contrato

por cuya virtud entrega un objeto para su custodia y el tercero lo entrega al acreedor cuando se lo reclame, tesis de gran predicamento en Alemania¹⁸⁶; el tercero, «depósito complejo», conocido como «negocio complejo de depósito y asunción de deuda». Esta construcción consiste en sustituir al deudor por el establecimiento depositario y el acreedor conserva las acciones, de tal manera que estamos ante una asunción privativa en donde queda liberado el deudor y en su lugar queda el establecimiento frente al acreedor¹⁸⁷.

En cuanto a la consignación judicial, esta consiste en que dicha autoridad judicial debe declarar que la consignación está bien hecha, teoría que sigue vigente, pues los artículos 1180 del Código Civil y el 99-5.^º de la LJV, declaran que el juez resolverá si la consignación está bien hecha o no.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

La nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) tiene vocación codificadora, pues en ella se comprende un único expediente que abarca la totalidad de los mismos. Por otro lado, se destaca la desjudicialización de los múltiples expedientes a desarrollar por jueces, secretarios judiciales, notarios y registradores, lo que se ha venido a denominar «alternatividad» o posibilidad de acudir indistintamente a otros operadores jurídicos para obtener el mismo resultado. Por último, se concibe como un proceso especial e independiente del ordinario en donde la LEC tiene carácter supletorio, es decir, todo expediente tiene sus propias normas de desarrollo, en defecto de ellas, y siempre que no lo contradigan se aplicarán las normas de la LEC¹⁸⁸.

Aun así, la mencionada LJV modificó los artículos 1176, 1177 y 1180 del Código Civil, quedando inalterado el resto de los preceptos que componen la sección relativa al «Ofrecimiento de pago y de la consignación». Sin embargo, su estructura histórica no quedó alterada, pues el mencionado artículo 1176 sigue estableciendo: «si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago y se negare, de forma expresa o de hecho, sin razón a otorgar el documento justificativo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación»¹⁸⁹, quedando el deudor excluido del ofrecimiento de pago ante los supuestos de «ausencia del acreedor», que «esté impedido», «cuando sean varias las personas con derecho a cobrar», «esté en paradero desconocido» o «se haya extraviado el título». En estos supuestos se podrán consignar por sí solos (art. 1176-2.^º del Código Civil)¹⁹⁰. En todo caso, procederá consignar en aquellos supuestos en que el cumplimiento se haga más gravoso para el deudor (art. 1176-3.^º del Código Civil). La aceptación por el acreedor o la declaración judicial de que está bien hecha extingue la obligación (art. 1180 del Código Civil).

Esta expresión «estar bien hecha»¹⁹¹ nos lleva al desarrollo de un proceso previsto en los artículos 98 y 99 de la LJV, actuado con carácter supletorio los

artículos 1.^º al 8.^º (disposiciones generales) y del 9.^º al 22.^º (normas comunes de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria). Asimismo, la denominada «actuación notarial» ya que, por lo dispuesto en la Disposición Final Undécima de la repetida LJV, se modificó la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, introduciendo un nuevo título (Título 7.^º), concretamente en el Capítulo 4.^º «De los expedientes en materia de obligaciones», sección 2.^a «Del ofrecimiento de pago y la consignación», artículo 69.

2.1. *Competencia*

Los artículos 1-1.^º y 98-1.^º de LJV establecen el objeto de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, añadiendo el párrafo 2.^º del mencionado artículo 1: «Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso». Este concepto viene corroborado por la Exposición de Motivos de la LJV cuando dice: «La Ley define su ámbito de aplicación sobre la base puramente formal, sin doctrinamientos, entendiendo que solo serán de aplicación los preceptos que la conforman a los expedientes de jurisdicción voluntaria que, estando legalmente previsto, requieran la intervención de un órgano jurisdiccional en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso».

El artículo 2-1.^º de la LJV prevé la competencia de los juzgados de primera instancia o de lo mercantil, siendo competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria. Esta competencia, como ha puesto de relieve LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA¹⁹², es por razón de objeto, es decir, estamos ante el órgano encargado de conocer el expediente. En consecuencia, el artículo 117-3.^º de la CE establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a los juzgados y tribunales determinados por ley; el artículo 117-4.^º del mismo cuerpo legal determina que los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las atribuidas por ley; el artículo 85-2.^º de LOPJ atribuye a los juzgados de primera instancia los actos de jurisdicción voluntaria previstos en la ley. Por tanto, la LJV les reconoce la competencia objetiva para conocer los expedientes en materia de persona, familia, sucesiones, obligaciones, derechos reales y actos de conciliación. En nuestro caso es materia de consignación (art. 98-2.^º de la LJV). En cuanto a los juzgados de lo mercantil, conocerán en materia de sociedades, títulos-valores y contratos mercantiles (art. 86-2.^º de la LOPJ).

La competencia territorial viene reconocida en el artículo 2-2.^º de la LJV, atendiendo al criterio de determinación en cada caso, sin que se pueda modificar

dicha competencia por sumisión expresa o tácita. Así, para determinar la preferencia en materia de jurisdicción voluntaria debe relacionarse a la regulación específica de cada expediente¹⁹³. Por tanto, la consignación deberá efectuarse ante el juzgado de primera instancia del lugar donde deba cumplirse la obligación y, para en el supuesto de cumplimiento en lugar distinto, será a elección del solicitante. En todo caso, será competente el juzgado del domicilio del deudor (art. 98-2.º de la LJV)¹⁹⁴.

El artículo 2-3.º, apartado 2.º, de la repetida LJV, para cuando no venga atribuida la competencia, se somete a decisión judicial en los casos siguientes: los expedientes que afecten al interés público, sobre el estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, cuando afecten a los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. El resto de los expedientes serán resueltos por el secretario judicial.

Por último, el artículo 2-3.º de la repetida LJV, puesto en relación con el artículo 237 de la LOPJ, viene a establecer el principio de impulso procesal, es decir, «el impulso y la dirección de los expedientes corresponderá a los Secretarios judiciales»¹⁹⁵.

2.2. *Procedimiento*

Repasamos que, generalmente, antes de llegar al depósito de la cosa debida, el deudor deberá ofertar lo pactado, si esta es rechazada por el acreedor, el deudor no queda liberado, pero el acreedor cae en *mora solvendi*, procediendo a la consignación judicial o, en su defecto, ante notario hábil, salvo los supuestos previstos en el artículo 1176-2.º del Código Civil en donde opera por sí la consignación.

La nueva LJV destaca como disposiciones de carácter general (arts. 1.º a 8.º) y las normas comunes en materia de tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 9.º a 22.º)¹⁹⁶. Por tanto, la normativa común es de aplicación a todos los expedientes de jurisdicción voluntaria en lo no dispuesto en las normas específicas de la figura jurídica en cuestión, mientras que las disposiciones generales (arts. 1.º al 8.º de la susodicha LJV), se aplican a todos los expedientes sin excepción.

El procedimiento se inicia mediante una solicitud que deberá concretar lo que se pide por la persona legitimada, también podrá iniciarla el Ministerio Fiscal cuando exista un interés público, como el juez o secretario judicial según sus competencias (art. 14-1.º y 99-1.º de la LJV)¹⁹⁷. Quien esté legitimado podrá hacer uso de los modelos normalizados que serán facilitados por las oficinas judiciales¹⁹⁸, en los supuestos de que el deudor no pretenda hacerse valer de abogado y procurador, ya que los artículos 14-3.º y 98-3.º de la LJV prevé que no es preceptiva¹⁹⁹.

Con carácter general, el artículo 99-1.^º dispone: «El que promueva la consignación judicial expresará en su solicitud los datos y circunstancias de identificación de los interesados en la obligación a que se refiere la consignación, el domicilio o los domicilios en que puedan ser citados, así como las razones de esta, todo lo relativo al objeto de la consignación, su puesta a disposición del órgano judicial y, en su caso, lo que se solicite en cuanto a su depósito.

Asimismo, deberá acreditar haber efectuado el ofrecimiento de pago, si procediere, y en todo caso el anuncio de la consignación al acreedor y demás interesados en la obligación.

Con la solicitud se habrá de efectuar la puesta a disposición de la cosa debida, sin perjuicio de que posteriormente pueda designarse como depositario al propio promotor».

Con la solicitud se deberá acompañar toda información testifical y los medios de prueba de que se pretenda hacer valer (art. 5 de la LJV). En este sentido, la SAP de Asturias de 21 de enero de 2002 (*EDJ* 2002, 4679) estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de 14 de mayo de 2001, en su FJ 2.^º destaca que «se aporta como prueba de la consignación, en lugar del reguardo de ingreso, un extracto de la cuenta bancaria en el que no se especifica la razón del ingreso ni el destino de la cantidad depositada, datos fundamentales para que se estime procedente la consignación y, por tanto, el pago».

Conforme a lo dispuesto en el artículo 16-1.^º de la LJV, corresponde a los secretarios judiciales el examen de oficio si se cumplen las normas en materia de competencia objetiva y territorial.

Si la solicitud no reúne los requisitos necesarios, el secretario judicial dictará un decreto que así lo declare y mandará devolver al promotor lo consignado (art. 99-2.^º de la LJV). En cambio, si es admitida la solicitud, el secretario judicial, notificará a los interesados la existencia de la consignación, a los efectos de que en plazo de diez días hábiles retiren la cosa debida o, en su caso, formulen alegaciones que estimen oportunas (art. 99-2.^º, apartado 3.^º de la LJV). Personados los interesados y retirada la cosa debida, el secretario judicial dictará un decreto teniéndola por aceptada, mandando cancelar la obligación y, en su caso, la garantía, si así lo solicitara el promotor (art. 99-3.^º de la LJV). Si en el plazo concedido no se procede a retirar la cosa debida, ni formular alegaciones o rechazar la consignación, se dará traslado al promotor, en plazo de cinco días hábiles, para la devolución de lo consignado, o, en su defecto, que se mantenga la consignación (art. 99-4.^º de la LJV). Si el promotor solicita la devolución del depósito, se dará traslado de la petición al acreedor por cinco días hábiles, si lo autoriza, el secretario judicial dictará un decreto acordando el archivo y el acreedor perderá toda preferencia sobre la cosa, como los co-promotores y fiadores quedaran libres. Por el contrario, si el promotor insta el mantenimiento de la consignación, el secretario judicial citará al promotor, al acreedor y a aquellos que pudieran estar interesados en una comparecencia ante

el juez (arts. 17-2.º y 99-4.º, apartado 2.º de la LJV), de tal manera que el juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida, la obligación y la consignación, procederá a resolver mediante resolución si está bien hecha o no (arts. 19-1.º y 99-5.º de la LJV)²⁰⁰. La resolución que declare estar bien hecha la consignación, produce el efecto de entregar la cosa debida y la cancelación de la obligación. En caso contrario, subsiste la obligación y se devolverá lo consignado al deudor (art. 99-5.º, apartado 1.º de la LJV). Los gastos ocasionados serán por cuenta del acreedor si fuese aceptada o si se declara estar bien hecha; y, en cambio, serán por cuenta del promotor si fuera declarada improcedente o retirase la cosa consignada (art. 99-6.º de la LJV y 1179 del Código Civil).

3.3. Resolución

En el procedimiento de jurisdicción voluntaria existen dos formas de terminación: la resolución normal y la anormal²⁰¹. Así, el artículo 19-1.º de la LJV prevé que el expediente se resuelva por medio de auto o decreto, según corresponda al juez o secretario judicial, aclarando que dicha resolución se dictará al quinto día de la comparecencia o, si esta no se hubiere celebrado, desde la última diligencia. Conforme a lo expuesto y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 99-4.º, apartado 2.º de la LJV, el secretario judicial citará al promotor, al acreedor y a aquellos que pudieran estar interesados a una comparecencia a celebrar ante el juez. Así que, conforme a lo dispuesto en el artículo 99-5.º de la mentada LJV, el juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida, la obligación y la consignación, resolverá declarando estar o no bien hecha. Por tanto, la resolución adoptará la forma de auto (arts. 245 de la LOPJ y 206-2.º, apartado 2.º de la LEC-2000) y se dictará conforme a los principios de exhaustividad, congruencia y motivación²⁰²; o sea, tomará la forma de auto cuando el juez resuelva si está bien hecha (art. 99-5.º, apartado 2.º de la LJV), procediendo a la entrega al acreedor de la cosa consignada y se mandará cancelar la obligación, si el promotor lo solicitare. En caso contrario, es decir, si se declara no estar bien hecha, la obligación subsistirá y se devolverá al promotor lo consignado (art. 99-5.º, apartado 2.º de la referida LJV). Salvo dos supuestos: a) según el artículo 99-3.º, cuando comparezcan los interesados y retiren la cosa debida, aceptada expresamente la consignación, el secretario judicial dictará un decreto teniéndola por aceptada, mandando a cancelar la obligación y, en su caso, la garantía, si así lo solicita el promotor; b) la otra salvedad es la devolución de lo consignado, pues, previo traslado al acreedor por cinco días, el secretario judicial dictará un decreto archivando el expediente (art. 99-2.º, apartado 2.º de la LJV).

Por otro lado el artículo 20 de la repetida LJV, establece tres medios de impugnación: reposición, revisión y apelación. No obstante, el artículo 20-2.º prevé que contra la resolución definitiva dictada por el juez en los expedientes de

jurisdicción voluntaria podrá recurrirse en apelación por cualquier interesado que se considere perjudicado. El decreto del secretario judicial se podrá impugnar en revisión ante el juez competente. El recurso de apelación no tiene efectos suspensivos, salvo disposición en contrario (art. 20-2.º, apartado 2.º de LJV). Este precepto, puesto en relación con el artículo 456-2.º de la LEC, corrobora el criterio anteriormente expuesto en el sentido de que la apelación contra los autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos²⁰³.

Por último, en cuanto a la tramitación, se rige por lo dispuesto en los artículos 455 a 467 de la LEC, en donde se distinguen la preparación, la interposición y la contestación ante el juez *a quo*, y la sustanciación y decisión se llevarán a cabo ante el tribunal *ad quem*.

JURISPRUDENCIA CITADA

- STC de 22 de abril de 1981 (n.º 13/1981) *RTC* 1981, 13
- STC de 8 de noviembre de 1983 (n.º 93/1983) *RTC* 1983, 93
- STC de 26 de abril de 1990 (n.º 76/1990) *RTC* 1990, 76
- STC de 18 de octubre de 1993 (n.º 298/1993) *RTC* 1993, 298
- STC de 8 de noviembre de 1993 (n.º 328/1993) *RTC* 1993, 328
- STC de 25 de noviembre de 1996 (n.º 187/1996) *RTC* 1996, 187
- STC de 16 de junio de 1997 (n.º 114/1997) *RTC* 1997, 114
- STC de 20 de mayo de 2002 (n.º 124/2002) *RTC* 2002, 124
- STS de 1 de febrero de 1876
- STS de 27 de diciembre de 1892
- STS de 27 de noviembre de 1906 (JC de 1906, tomo 105, n.º 145)
- STS de 9 de julio de 1941 (*RA* 1941, 905)
- STS de 5 de julio de 1944 (*RA* 1944, 941)
- STS de 15 de junio de 1946 (*RA* 1946, 141)
- STS de 21 de junio de 1947 (*RA* 1947, 778)
- STS de 26 de noviembre de 1948 (*RA* 1948, 1273)
- STS de 9 de enero de 1950 (*RA* 1950, 19)
- STS de 27 de noviembre de 1950 (*RA* 1950, 1833)
- STS de 1 de diciembre de 1953 (*RA* 1953, 3152)
- STS de 24 de mayo de 1955 (*RA* 1955, 1709)
- STS de 12 de junio de 1969 (*RA* 1969, 3425)
- STS de 12 de noviembre de 1973 (*RA* 1973, 4164)
- STS de 8 de febrero de 1975 (*RA* 1975, 417)
- STS de 28 de junio de 1978 (*RA* 1978, 3381)
- STS de 12 de febrero de 1979 (*RA* 1979, 811)
- STS de 7 de noviembre de 1979 (*RA* 1979, 3613)

- STS de 29 de mayo de 1984 (*RA* 1984, 2809)
- STS de 14 de junio de 1984 (ROJ: STS 1226, 1984)
- STS de 20 de noviembre de 1984 (ROJ: STS 1795, 1984)
- STS de 2 de diciembre de 1985 (ROJ: STS 1718, 1985)
- STS de 16 de diciembre de 1985 (*RA* 1985, 6443)
- STS de 30 de mayo de 1986 (*RA* 1986, 3425)
- STS de 15 de junio de 1987 (ROJ: STS 4172, 1987)
- STS de 12 de noviembre de 1987 (*RA* 1987, 8397)
- STS de 30 de noviembre de 1990 (*RA* 1990, 9219)
- STS de 5 de junio de 1991 (*RA* 1991, 4420)
- STS de 23 de octubre de 1991 (*RA* 1991, 7484)
- STS de 8 de mayo de 1992 (*RA* 1992, 3892)
- STS de 16 de marzo de 1995 (*RA* 1995, 2659)
- STS de 26 de marzo de 1996 (*RA* 1996, 2446)
- STS de 10 de junio de 1996 (*RA* 1996, 5456)
- STS de 18 de febrero de 1997 (*RA* 1997, 8819)
- STS de 24 de marzo de 1997 (ROJ: STS 2204, 1997)
- STS de 17 de julio de 1997 (*RA* 1997, 216)
- STS de 15 de octubre de 1997 (*RA* 1997, 7465)
- STS de 18 de diciembre de 1997 (*RA* 1997, 8819)
- STS de 18 de noviembre de 1998 (*RA* 1998, 8412)
- STS de 22 de mayo de 2000 (*RA* 2000, 6275)
- STS de 5 de marzo de 2001 (*RA* 2001, 2564)
- STS de 18 de diciembre de 2002 (*RA* 2002, 2091)
- STS de 4 de noviembre de 2003 (*RA* 2003, 8018)
- STS de 4 de noviembre de 2003 (*RA* 2003, 8018)
- STS de 4 de noviembre de 2003 (*RA* 2003, 8018)
- STS de 29 de septiembre de 2005 (*RA* 2005, 184)
- STS de 20 de febrero de 2007 (*RA* 2007, 9055)
- STS de 23 de julio de 2007 (*RA* 2007, 4704)
- STS de 20 de diciembre de 2007 (*RA* 2007, 9055)
- STS de 9 de mayo de 2008 (*RA* 2008, 2965)
- STS de 26 de mayo de 2011 (*RA* 2011, 3988)
- SAP de Palma de Mallorca de 16 de diciembre de 1991 (1993): *RGD*, n.º 580-581, pp. 801-803.
- SAP de Pontevedra de 11 de mayo de 1994 (*AC* 1994, 964)
- SAP de Barcelona de 7 de mayo de 1997 (*RA* 1997, 1182)
- SAP de Las Palmas de 20 de febrero de 1998 (*EDJ* 1998, 4470)
- SAP de Huesca de 25 de noviembre de 1998 (*EDJ* 1998, 8666)
- SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2000 (*EDJ* 2000, 18615)
- SAP de Málaga de 20 de febrero de 2001 (*EDJ* 2001, 57139)

- SAP de Burgos de 21 de mayo de 2001 (*EDJ* 2001, 12595)
- SAP de Asturias de 21 de enero de 2002 (*EDJ* 2002, 4679)
- SAP de Zaragoza de 15 de abril de 2002 (*EDJ* 2002, 24255)
- SAP de Barcelona de 29 de abril de 2002 (*EDJ* 2002, 50109)
- SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2003 (*EDJ* 2003, 211377)

BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J. (1991). *Código Civil, Doctrina y jurisprudencia*, dirigidos por José Luis Albácar López, Madrid: Editorial Trivium.
- ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 14.^a edición, Madrid: Edisofer.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (1991). Comentario a la STS de 23 de octubre de 1991, *CCJC*, 27: 1045-1056.
- (1996). El pago por tercero, *Extinción de obligaciones*, (dir.) por José R. Ferrández Gabriel, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid: CGPJ.
- ALONSO PÉREZ, M. (1972). *El riesgo en la compraventa*, Madrid: Editorial Montecorvo.
- ALLORIO, E. (1963). Ensayo polémico sobre la «jurisdicción» voluntaria, *Problemas de Derecho Procesal*, trad. de Santiago Santis Melendo, tomo 2.^o Buenos Aires: Editorial Ejea.
- BANACLOCHE PALAO, J. (2015). *Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, Madrid: La Ley.
- BADOSA COLL, F. (1991). *Comentario del Código Civil*, (dir.) por Paz-Ares, Díez Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 2.^o, Madrid: Ministerio de Justicia.
- BARCELÓ OBREGÓN, J. (2000). El ofrecimiento de pago, *Carta Civil*, 6: 3-12.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1956). *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid: Editorial RDP.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). Comentario a la STS de 29 de mayo de 1984, *CCJC*, 5: 1719-1727.
- (1991). *Comentario del Código Civil*, (dir.) por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 2.^o, Madrid: Ministerio de Justicia.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. y VALLADARES RASCÓN, E. (1991). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 16.^o, vol. 2.^o, 2.^a edición, Madrid: Editorial RDP.
- BONDÍA ROMÁN, F. (1993). La subrogación en el crédito, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Coordinación a cargo del Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, tomo 2.^o, Barcelona: José María Bosch.
- BUSTOS VALDIVIA, C. (1994). El pago por consignación, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.^o 1709, de 5 de junio de 1994, pp. 147-177.
- CABALLERO LOZANO, J. M.^a (1992). *La mora del acreedor*, Barcelona: José María Bosch, Editor.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987). La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor, *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia: Secretariado de Publicaciones.

- (1987). La mora del acreedor, *ADC*, 40 (fascículo 4.º): 1341-1422.
- (1988). *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid: Editorial Montecorvo.
- CABRERA RAMÍREZ, B. (1965-66). Naturaleza jurídica de la consignación y su proceso, *Anales de la Universidad de La Laguna*, 3 (fascículo 1.º): 109-167.
- CAMPUZANO TOME, H. (1989). La intervención del tercero en una deuda ajena, *AC*, 3: 3501-3523.
- CANO HURTADO, M. D. (2003). *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, Alicante:
- CANO MATA, A. (1969). La consignación, *ADC*, 22 (fascículo 4.º): 753-776.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (2008). *Derecho Civil español, Común y Foral, Derecho de Obligaciones*, tomo 3.º, 17.ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid: Editorial Reus.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª (1961). El «favor debitoris» en el Derecho español, *ADC*, 14 (fascículo 4.º): 835-850.
- CASTAÑEDA MUÑOZ, J. E. y OLMEDO, A. (1997). Notas para un concepto de la consignación, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 7: 27-53.
- COCA PAYERAS, M. (1995). Voz: *Consignación*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo 1.º, 1.ª edición, Madrid: Editorial Civitas.
- CRISTÓBAL MONTES, A. (1987). Los elementos personales y reales del pago, *RCDI*, 579: 337-411.
- DE DIEGO LORA, C. (1952). *La consignación judicial. Estudio teórico-práctico*, Barcelona: Editorial Bosch.
- DE RUGGIERO, R. (1977). *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4.ª edición italiana anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, tomo 2.º, vol. 1.º, Madrid: Instituto Editorial Reus.
- DEL OLMO GARCÍA, P. (1998). *Pago de tercero y subrogación*, 1.ª edición, Madrid: Civitas.
- (1999). Los límites al pago de tercero y la legitimación para consignar, *ADC*, 52 (fascículo 1.º): 145-208.
- (2012). El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro (Comentario STS de 26 de mayo de 2011), *ADC*, 65 (fascículo 3.º): 1407-1417.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1985). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, Parte general, delito y cuasidelito*, (dir.) por José Luis Lacruz Berdejo y et al, vol. 1.º, 2.ª edición, Barcelona: José María Bosch.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1964). El contenido de la relación obligatoria, *ADC*, 27 (fascículo 2.º): 349-366.
- (1966). *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 1.º, Parte general y Derecho de obligaciones, Madrid: Editorial Tecnos.
- (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, 6.ª edición, Pamplona: Thomson-Civitas.
- D'ORS, A. (1991). *Derecho Privado romano*, Pamplona: Ediciones Universitarias de Navarra.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. (1991). Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa (art. 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual), *ADC*, 44 (fascículo 3.º): 941-959.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (1953). *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, Madrid: Editorial Iustel.
- (1953). *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, 3.^a edición, Madrid: Editorial Reus.
- (2011). *La jurisdicción voluntaria*, 1.^a edición, Madrid: Editorial Civitas.
- (2015). *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, 1.^a edición, Madrid: Editorial Dykinson.
- FONT BOIX, V. (1967). El Notario y la Jurisdicción voluntaria, *AAMN*, 15: 211-295.
- GALICIA ALZPURUA, G. (2006). *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GIMENO GAMARRA, R. (1953). Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, *ADC*, 6 (fascículo 1.º): 3-80.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R. (2009). Visión notarial de la jurisdicción voluntaria, *RJN*, 70: 115-134.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (1986). Notas para un concepto de carga, *RGLJ*, 42: 179-222.
- GONZÁLEZ POVEDA, B. (2008). *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y Formularios*, 4.^a edición, actualizada por Pedro González Poveda y Jorge González Rodríguez, Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- HERNÁNDEZ MORENO, A. (1983). *El pago del tercero*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- HERNÁNDEZ-GIL, A. (1960). *Derecho de Obligaciones I*, Madrid.
- IGLESIAS, J. (1979). *Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado)*, 6.^a edición 1.^a reimpresión, Barcelona: Editorial Ariel.
- INFANTE RUIZ, F. (2013). *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Rodrigo Berco-vitz Rodríguez-Cano, Valencia: Tirant lo Blanch.
- JÓRS, P. (1965). *Derecho Privado romano*, edición totalmente refundida por W. Kunkel, traducción de la 2.^a edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona: Editorial Labor.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al (2011). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Parte general, Teoría general del contrato*, vol. 1.º, 5.^a edición, revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid: Editorial Dykinson.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1986). Voz: *Pago*, *NEJ*, 18: 770-784, Barcelona.
- LETE DEL RIO, J. M. (1988). *Derecho de Obligaciones. La relación obligatoria en general*, vol. 1.º, Madrid: Tecnos.
- LIÉBANA ORTIZ, J. R. (2005). Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la Jurisdicción voluntaria. (A propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2005), *REDUR*, 3: 163-182.
- (2012). *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, 1.^a edición, Madrid: Iustel.
- LIÉBANA ORTIZ, J. R y PÉREZ ESCALONA, S. (2015). *Comentario a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, 1.^a edición, Pamplona, Thomson Reuters.
- LINARES NOCI, R. (1991). Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago, *RDP*, 75 (fascículo 3.º): 172-192.
- LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. (2015). *Jurisdicción Voluntaria Notarial. Estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, Ley Hipotecaria y Ley de Navegación Marítima*, 1.^a edición, Pamplona: Thomson Reuters.

- MALUQUER DE MOTES, C. (1986). Voz: *Ofrecimiento de pago*, NEJ, 18: 430-433, Barcelona.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2011). *Código Civil Comentado*, dirigido por A. Cañizares Laso *et al*, coord. por J. Orduña Moreno *et al*, Pamplona: Thomson Reuters.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, coord. por Carlos Martínez de Aguirre, 3.^a edición, Madrid: Editorial Colex.
- MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L. (2013). *De la consignación en Derecho romano y su proyección en el Derecho Civil*, Madrid: Editorial Dykinson.
- MEZQUITAS DEL CACHO, J. L. (1988). *Respondere, Postulare, Cavere, Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo 6.^o, Madrid: Consejo General del Notariado, 303-318.
- NART, I. (1951). Pago por consignación, *RDP*, 35: 206-213.
- NÚÑEZ BOLUDA, M.^a D. (1982). Notas para un estudio sobre la consignación, *RGLJ*, 85 (fascículo 3.^o): 179-192.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 6.^a edición, Madrid: La Ley.
- PRIETO CASTRO, L. (1956). Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria, *RDP*, 45: 107-116.
- PUIG BRUTAU, J. (1986). Voz: *Mora*, NEJ, 16: 645-649, Barcelona.
- PUIG PEÑA, F. (1953). Voz: *Consignación*, NEJ, Barcelona: Francisco Seix, Editor.
- REINO CAAMAÑO, J. (1926). De la consignación, *RGLJ*, 148: 313-321.
- ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. (1953). *Jurisprudencia Registral*, tomo 8.^o (años 1940-1950), Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- RUBIO TORRANO, E. (1986). Comentario a la STS de 30 de mayo de 1986, *CCJC*, 11: 3697-3705.
- SABATER BAYLE, E. (1989). Contribución al estudio de la mora del acreedor, *AC*, 2: 1997-2025.
- SERRA CALLEJO, J. (1991). Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero, *RJE. La Ley*, 2: 1082-1107.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1969). Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona: Editorial Ariel.
- SEOANE CACHARRÓN, J. (2015). La moderna Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015: objeto, ámbito de aplicación y competencia», *Diario La Ley* núm. 8652, Sección Tribuna, 24 de noviembre de 2015, D-440. 1-7.
- TRABUCCHI, A. (1967). *Instituciones de Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos. Sucesiones «mortis causa». Donaciones*. Traducción de la 15.^a edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada, Madrid: Editorial RDP.
- VAQUER ALOY, A. (1997). *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid: Marcial Pons.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1985). Notas sobre la subrogación personal, *RDP*, 69 (fascículo 6.^o): 491-514.

NOTAS

¹ *BOE*, núm. 158, de 3 de julio de 2015.

² ESPIAU ESPIAU, S. (1997): Prólogo a la obra: *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, p. 11.

³ (2008): *Derecho Civil español, Común y Foral. Derecho de obligaciones*, tomo 3.^º, 17.^a ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid, p. 450; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E. (1991): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por Albaladejo-Díaz Alabart, tomo 16.^º, vol. 1.^º, 2.^a ed., Madrid, p. 280; PUIG PEÑA, F. (1953): *Voz: Consignación*, NEJ, tomo 5.^º, Barcelona, p. 190; CABALLERO LOZANO, J. M.^a (1992): *La mora del acreedor*, Barcelona, pp. 159-160; LINARES NOCI, R. (1991): Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago, en *RDP*, p. 172. Teoría denominada «declaración de la voluntad», que se caracteriza porque sus efectos jurídicos son *ex voluntate*, por lo que su naturaleza es negociar. *Vid.* VAQUER ALOY, A. (1997): *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, p. 34; STS de 26 de marzo de 1996 (RA 1996, 2446); y SAP de Madrid de 15 de febrero de 2003 (EDJ 2003, 211377).

⁴ (2008): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 6.^a ed., Pamplona, p. 607. Aunque el concepto propuesto se puede encuadrar dentro de la teoría de la «declaración de la voluntad», sus partidarios añaden unos requisitos materiales; en análogos términos: EYRÉ VARELA, F. (1946): Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial, en *RJC*, p. 25; y CANO MATA, A. (1969): La consignación, en *ADC*, p. 763.

⁵ (1956). *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, p. 478; SABATER BAYLE, E. (1989): Contribución al estudio de la mora del acreedor, en *AC*, p. 2005; BUSTOS VALDIVIA, C. (1994): El pago por consignación (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales), en *BMJ*, p. 3044; VAQUER ALOY, *op. cit.*, pp. 34-35. Teoría que se configura como un «acto jurídico», con efecto *ex lege* y la conducta del deudor está encaminada al cumplimiento de la cosa debida.

⁶ ROJ: STS 2204, 1997.

⁷ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 607; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 164.

⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1988): *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid, p. 72.

⁹ CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 165.

¹⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 75-78.

¹¹ El artículo 1176 del Código Civil de 1882-88 regulaba conjuntamente el ofrecimiento de pago y la consignación. Esta necesidad tiene su antecedente en el Derecho de Partidas (P. 5.^a, tít. 14.^º, Ley 8.^a), que recogió el artículo 1107 del Proyecto de Código Civil de 1851, pasando de este modo al artículo 1193 del anteproyecto de Código Civil de 1882-88, quedando definitivamente encuadrado en el artículo 1176 hasta la reforma de la Ley de 2 de julio de 2015, en la que «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida».

¹² BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN, *op. cit.*, p. 280.

¹³ *Op. cit.*, p. 607; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011): *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*, Madrid, p. 170; MALUQUER DE MOTES, C. J. (1986): *Voz: Ofrecimiento de pago*, NEJ, Barcelona, p. 430; LÓPEZ ALARCÓN, M. (1953): El pago por consignación y otras instituciones afines, en *Pretor*, p. 14.

¹⁴ (1991). *Comentario del Código Civil*, tomo 2.^º, Madrid, p. 248; CANO HURTADO, M.^a D. (2003): *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, Alicante, p. 248.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 162.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 607.

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 184-185; BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 479; MARÍN LÓPEZ, *Código Civil Comentado*, dirigido por Ana Cañizares Laso *et al.*, (coord.) por Javier Orduna Moreno *et al.*, vol. 3.^º, Pamplona, p. 8655.

¹⁸ *Vid. CANO HURTADO, op. cit.*, pp. 250-254.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 8655.

²⁰ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 607; BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN, *op. cit.*, p. 280.

²¹ MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8655.

²² SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2000 (*EDJ* 2000, 18615), que estimó en parte el recurso de apelación contra el auto de 25 de octubre de 1999, del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona. El fondo del asunto está en la aceptación por parte de la sala de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1177, la consignación se deberá anunciar cuando existan varios acreedores, (art. 1178) que, por otro lado, queda excusado el deudor de la oferta de pago (art. 1176-2.º). En el presente caso no se acreditó el anuncio previo; sin embargo, se admite la subsanación en los términos siguientes: «ha de aceptarse que ya iniciado el expediente y puesto de manifiesto el defecto de falta de anuncio de la consignación, puede la parte instante subsanar la omisión comunicando que se ha efectuado la consignación».

²³ *Op. cit.*, p. 290.

²⁴ *Op. cit.*, p. 609.

²⁵ (2008). *Código Civil, Comentado y con jurisprudencia*, Madrid, p. 1205.

²⁶ (1975). Análisis del ofrecimiento de pago y la consignación judicial. Cumplimiento de las obligaciones. Teoría del pago. Ofrecimiento de pago y consignación, en *BMJ*, n.º 1010, p. 3.

²⁷ *Op. cit.*, p. 426.

²⁸ *Op. cit.*, p. 8678.

²⁹ (1991). *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, tomo 4.º, dirigido por José Luis Albácar López, Madrid, p. 332.

³⁰ *Vid. Trabucchi*, (1967): *Instituciones de Derecho Civil*, tomo 2.º, traducción de la 15.ª edición italiana, con notas y concordancia al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada, Madrid, p. 68.

³¹ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 471; REINO CAAMAÑO, J. (1926): De la consignación, en *RGLJ*, p. 313; DE DIEGO LORA (1952): *La consignación judicial. Estudio teórico-práctico*, Barcelona, p. 9; LETE DEL RÍO, J. M. (1988): *Derecho de obligaciones. La relación obligatoria en general*, vol. 1.º, Madrid, p. 98.

³² VAQUER ALOY, *op. cit.*, p. 19, que afirma que el derecho del deudor a cumplir conlleva evitar el pago de intereses, los riesgos o las hipotecas de garantías reales. Para ello existe la oferta de pago y la consignación, incluso contra la voluntad del acreedor.

³³ VAQUER ALOY, *op. cit.*, p. 19; REINO CAAMAÑO *op. cit.*, p. 313.

³⁴ FALZEA, A. (1947): *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, pp. 33-99, citado por CANO HURTADO, *op. cit.*, pp. 183-184. La teoría parte de que el deudor no es que tenga un simple interés en cumplir la obligación, sino que es titular de un derecho a liberarse mediante un depósito liberatorio. La tesis expuesta está fundamentada en los artículos 1236 y 1180 del Código Civil italiano de 1942: el primero autoriza al deudor a rechazar la condonación de la deuda, y el segundo regula el pago por un tercero, que puede ser rechazado por el acreedor. Con ello, CANO HURTADO (*op. cit.*, p. 186), citando a FALZEA (*op. cit.*, pp. 34-36), señala que los preceptos indicados suponen remedios para satisfacer los intereses del acreedor o del deudor cuando no se haya cumplido la obligación.

³⁵ VAQUER ALOY, *op. cit.*, p. 20, citando a FALZEA, *op. cit.*, p. 51, manifiesta que «el deber del acreedor de no agravar la posición del deudor con respecto al cumplimiento [...]. Y ello se conecta en la existencia de un derecho del deudor a conseguir mediante el pago su definitiva liberación».

³⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ (1989): La imposibilidad sobrevenida de la prestación por la falta de cooperación del acreedor, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, p. 118; señala que en nuestro ordenamiento jurídico se deduce que, ante la imposibilidad transitoria o definitiva de la prestación por no prestar el acreedor la cooperación necesaria para la ejecución de la prestación por el deudor, será el acreedor el único responsable.

³⁷ CANO HURTADO, *op. cit.*, pp. 200-202.

³⁸ *Op. cit.*, p. 21.

³⁹ *Vid.* CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁰ CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 197.

⁴¹ *Op. cit.*, pp. 114-115.

⁴² *Op. cit.*, p. 42.

⁴³ *Op. cit.*, p. 606.

⁴⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ (1988): *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid, pp. 42 y sigs., 72-73; DÍEZ-PICAZO, (1964): «El contenido de la relación obligatoria», en *ADC*, 1964, p. 358; GONZÁLEZ GARCÍA, (1986): «Notas para un concepto de carga», en *RGLJ*, pp. 179-222; VAQUER ALOY, *op. cit.*, pp. 27-29; BADOSA COLL (1991), *Comentario del Código Civil*, tomo 2.º, Madrid, p. 261; y en contra, ALONSO PÉREZ, *El riesgo en la compraventa*, Madrid, pp. 38-46; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 44, define la carga como «una conducta del acreedor que ha de observar en su propio interés para que pueda ejercitar una facultad». Más adelante, añade: «la inobservancia de la carga determina la imposibilidad del acreedor para ejercitar el poder de actuación en qué consiste la facultad»; para VAQUER ALOY, *op. cit.*, p. 27, la carga es «aquella conducta inserta en una determinada institución jurídica no necesaria jurídicamente [...] pero que, al mismo tiempo, no constituye un acto discrecional, puesto que su no realización afecta negativamente al infractor. Y no solo produce tal consecuencia negativa, sino que también repercute en el sujeto interesado en dicha conducta».

⁴⁶ CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 471-472.

⁴⁸ (1987). La mora del acreedor, en *ADC*, p. 1358.

⁴⁹ El contenido de la relación obligatoria, *op. cit.*, pp. 357-358.

⁵⁰ CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 200.

⁵¹ *Ibídem*.

⁵² (1947): *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, pp. 33-99, citado por CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 200.

⁵³ *Op. cit.*, pp. 123-124.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 57.

⁵⁵ CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 202.

⁵⁶ *Begriff und Wesen der Mora creditoris im österreichischen und im gemeinen Rechte*, Meinz, Wien, 1884, pp. 102 y sigs., citado por Cano Hurtado, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁷ *Vid.* CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 107.

⁵⁹ (1973): *Della mora del creditore*, en *Comentario del Codice Civile*, bajo la dirección de Scialoja y Branca, Bologna-Roma, p. 62.

⁶⁰ SAP de Madrid de 15 de febrero de 2003 (EDJ 2003, 211377), que sentó el criterio de que «frente al auto de instancia, que no admitió a trámite la solicitud de consignación judicial, la AP desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y confirma dicha resolución. Antes de la consignación, el deudor actor ha tenido que ofrecer el pago, al acreedor demando. La parte recurrente no ha acreditado el ofrecimiento de pago a favor de la persona a cuyo favor está constituida la obligación. Puesto que no consta liquidada, ni ha desaparecido la sociedad acreedora, por tanto, no puede considerarse ausente, para exonerar a la promovente de proceder al ofrecimiento de la cantidad».

⁶¹ BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN, *op. cit.*, p. 280.

⁶² *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, p. 159.

⁶³ *Vid.* La STS de 10 de junio de 1996 (RA 1996, 5456).

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 8652.

⁶⁵ *Vid.* CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 123-124.

⁶⁶ *Vid.* CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 124-125.

⁶⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 107-111.

⁶⁸ CASTÁN VÁZQUEZ, *El favor debitoris* en el Derecho español, en *ADC*, 1961, pp. 835-836.

⁶⁹ CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 163-164.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 608.

⁷¹ STS de 9 de mayo de 2008 (*RA* 2008, 2965).

⁷² *Vid.* MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8666. Sin embargo, MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 432, entiende la ausencia en sentido vulgar, esto es, en paradero desconocido del acreedor en relación con el lugar del pago, que impide la posibilidad del cumplimiento del deudor.

⁷³ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 608; MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8666.

⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 280-281.

⁷⁵ *Op. cit.*, pp. 287-288.

⁷⁶ *Op. cit.*, pp. 608-609; INFANTE RUIZ, *op. cit.*, p. 423.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 8665.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 8667.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 452.

⁸⁰ JC, 1906, tomo 105, n.º 145; SAP de Palma de Mallorca de 16 de diciembre de 1991, *RGD*, n.º 580-581, p. 802.

⁸¹ CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 452; CABANILLAS SÁNCHEZ, La mora del acreedor, *op. cit.*, pp. 1359 y sigs.; VAQUER ALOY, *op. cit.*, pp. 93-94; PUIG BRUTAU, voz: *Mora*, *NEJ*, tomo 16.º, Barcelona, p. 648; MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 430; LETE DEL RÍO, J. M. (1988): *Derecho de obligaciones. La relación obligatoria en general*, vol. 1.º, Madrid, p. 100; VAQUER ALOY, *op. cit.*, pp. 93-94; SABATER BAYLE, *op. cit.*, p. 2010; CANO MATA, La consignación, en *ADC*, 1969, pp. 762-765, cita tres supuestos que han de cumplir la consignación, entre ellos está la incondicionalidad, que no supone una condición impuesta, sino una modalidad de pago; SAP de Zaragoza de 15 de abril de 2002 (*EDJ* 2002, 24255), que estableció que «la consignación llevada a cabo por la demandada no constituyó un medio liberatorio de pago, al no haber ido precedido del ofrecimiento incondicional de pago, ni haberse efectuado judicialmente».

⁸² *Op. cit.*, pp. 1359 y sigs., dice que la mora del acreedor se produce cuando el deudor oferta el pago, añadiendo que el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias ha declarado que para que «el ofrecimiento de pago produzca los efectos previstos en el artículo 1176 y sigs. del Código Civil (*mora creditoris* y consignación) es preciso que se cumplan cuatro requisitos» (STS de 9 de enero de 1950, *RA* 1950, 19).

⁸³ CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 217, señala que, según el artículo 1108-3.º del proyecto de Código Civil de 1851, el artículo 1258-5.º del Código Civil francés y el artículo 1208-5.º del Código Civil italiano de 1942, son favorables a que el ofrecimiento de pago pueda estar sometido a condición; aunque añade: «esta doctrina puede ser aplicable en nuestro Derecho, pero no hay nada establecido».

⁸⁴ *Vid.* la STS de 15 de junio de 1946 (1946, 141).

⁸⁵ DÍEZ-PICAZO (1966): *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, pp. 417-418.

⁸⁶ *Vid.* la STS de 26 de noviembre de 1948 (*RA* 1948, 1273).

⁸⁷ *Vid.* la STS de 9 de enero de 1950 (*RA* 1950, 19).

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 609; INFANTE RUIZ, *op. cit.*, p. 423; otro sector de la doctrina; MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 432, para quien el extravío del título refleja aquellos supuestos de dudas racionales para el deudor respecto de quien es el verdadero acreedor.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 8667; BERCOVITZ Y VALLADARES RASCÓN, *op. cit.*, p. 288.

⁹⁰ MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 432.

⁹¹ *Op. cit.*, pp. 181-182.

⁹² ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 159; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pp. 244-245; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 738-739; (1985): DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, Parte general, delito y cuasidelito*, dirigido por José Luis Lacruz Berdejo *et al.*, vol. 1.º, 2.ª edición, Barcelona, pp. 252-255; PUIG BRU-

TAU, *op. cit.*, p. 648; CABANILLAS SÁNCHEZ La mora del acreedor, *op. cit.*, p. 1384; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 19 y sigs.

⁹³ CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 245; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 159; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, *op. cit.*, p. 117; SABATER BAYLE, *op. cit.*, p. 1999; STS de 7 de noviembre de 1979 (RJ 1979, 3613).

⁹⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1384.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 9.

⁹⁶ JÓRS, P. (1965): *Derecho Privado romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang KUNKEL, traducción de la 2.^a edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona, p. 265.

⁹⁷ *Vid.* JÓRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 266; D'ORS, A. (1991): *Derecho Privado romano*, Pamplona, p. 443; Iglesias, J. (1979): *Derecho romano (Instituciones de Derecho Privado)*, Barcelona, p. 470; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 37-49.

⁹⁸ *Vid.* CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 21 y 49.

⁹⁹ *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1376.

¹⁰⁰ *Vid.* CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 1379-1380.

¹⁰² CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1380.

¹⁰³ *Vid.* RUBIO TORRANO, (1986): Comentario a la STS de 30 de mayo de 1986, en CCJC, pp. 3697-3705; CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 134-138.

¹⁰⁴ *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1348.

¹⁰⁵ *Vid.* RUBIO TORRANO, *op. cit.*, pp. 3697 y sigs.

¹⁰⁶ ROJ: STS 4172, 1987; en análogos términos las SSTS de 14 de junio de 1984 (ROJ: STS 1226, 1984); 20 de noviembre de 1984 (ROJ: 1795/1984); 2-12-1985 (ROJ: STS 1718/1985).

¹⁰⁷ CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 26; SABATER BAYLE (1989): Contribución al estudio de la mora del acreedor, en AC, p. 2003, señala que el deber de cooperación supone un presupuesto de existencia de la mora del acreedor.

¹⁰⁸ *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1365; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁹ *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 207.

¹¹⁰ CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 99.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 103.

¹¹² CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1356; VAQUER ALOY, *op. cit.*, p. 129; RUBIO TORRANO, *op. cit.*, p. 3701.

¹¹³ Este criterio no está regulado en la vigente legislación, pero es asumido por la doctrina, Albaladejo, *op. cit.*, p. 154; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 217; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 725; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 649; MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 430; CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 153.

¹¹⁴ Este precepto (art. 1179) solo alude a los gastos de consignación, pero CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 184, señala que los argumentos históricos avalan que el acreedor abonará los gastos de custodia y conservación.

¹¹⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 204 y sigs.

¹¹⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 205; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 35 y 95, y sigs.

¹¹⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 47-50; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 125-126.

¹¹⁸ GAYO 3,174, habla de la fórmula «*solatio per aestet libran*», negocio de carácter formal que permitía liberar a un deudor.

¹¹⁹ BAYO RECUERO (2000): *Pago del tercero. Subrogación*, Madrid, pp. 31-33, señala que: a) si el *solvens* realizaba un pago consentido por el deudor, estamos ante una relación de mandato, en donde el mandante (deudor) y el *solvens* (mandatario) tienen una obligación de pago. En virtud de esta relación nace, a favor del tercero (*solvens*), una *actio mandati contraria*; b) si el pago era hecho por un tercero con aprobación tácita del deudor, estamos

ante un mandato tácito entre el deudor y el *solvens*, en la que el tercero tiene una *actio mandato contraria*; c) cuando el *solvens* pagaba ignorándolo el deudor, estamos ante la gestión de negocios ajenos *actio negatiorum contraria*. Por último, cuando el pago era contrario a la voluntad del deudor, el tercero carecía de una acción para recurrir lo pagado. *Vid.* Del Olmo García, «El pago sobreimpuesto de un tercero: un caso de libro (Comentario STS de 26 de mayo de 2011)», en *ADC*, p. 1414.

¹²⁰ BAYO RECUERO, *op. cit.*, pp. 169 y sigs.

¹²¹ *Vid.* DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 559-560; BAYO RECUERO, *op. cit.*, pp. 261-262.

¹²² DEL OLMO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 64-65; HERNÁNDEZ MORENO, *op. cit.*, p. 94, 144-146; BAYO RECUERO, *op. cit.*, pp. 97-98; GALICIA AIZPURUA, G. (2006): *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia, pp. 21 y sigs.

¹²³ VAQUER ALOY, *op. cit.*, pp. 73-74.

¹²⁴ ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 165; BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 491; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 194; BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN, *op. cit.*, p. 285; REINO CAAMANO, *op. cit.*, p. 316; LÓPEZ ALARCÓN, *op. cit.*, p. 15; EYRÉ VARELA, *op. cit.*, pp. 36-37; CANO MATA, *op. cit.*, pp. 758-760; DÉ DIEGO LORA, *op. cit.*, pp. 46, 66-65; MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 430; LINARES NOCI, *op. cit.*, pp. 415-416; BUSTOS VALDIVIA, *op. cit.*, pp. 3034-3036; BAYO RECUERO, N. (2000): *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, p. 172.

¹²⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pp. 253-254; NART, I. (1951): «Pago por consignación», en *RDP*, p. 213; VAQUER ALOY, *op. cit.*, p. 79; DEL OLMO GARCÍA, (1999): Los límites al pago de tercero y la legitimación para consignar, en *ADC*, p. 190.

¹²⁶ JC de 1929, tomo 188, n.º 117.

¹²⁷ *Vid.* la STS de 12 de enero de 1943 (1943, 17).

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 293.

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 427.

¹³⁰ *Op. cit.*, p. 8682.

¹³¹ *Vid.* DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 607.

¹³² *Vid.* DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 610.

¹³³ LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, (2011): *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, Parte general. Teoría general del contrato*, vol. 1.º, 5.ª ed., Madrid, p. 220; CAMPUZANO TOME, H. (1989): «La intervención del tercero en una deuda ajena», en *AC*, p. 3502.

¹³⁴ DEL OLMO GARCÍA, P. (1998): *Pago de tercero y subrogación*, 1.ª ed., Madrid, pp. 25-26.

¹³⁵ LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 221; ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 145-146; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 627-628; HERNÁNDEZ MORENO, A. (1983): *El pago del tercero*, Barcelona, pp. 168-170; CAMPUZANO TOME, *op. cit.*, p. 3517; SERRA CALLEJO, J. (1991): Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero, *RJE*, p. 1085; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1986): voz: *Pago*, *NEJ*, Barcelona, pp. 775-776; BONDÍA ROMÁN, F. (1993): «La subrogación en el crédito», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, pp. 1014-1015; DEL OLMO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 176 y 234.

¹³⁶ *Vid.* BERCOVITZ, Comentario a la STS de 29 de mayo de 1984, en *CCJC*, 1984, pp. 1723-1724; BERCOVITZ Y VALLADARES Rascón, *op. cit.*, p. 39.

¹³⁷ CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pp. 421-422; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 557; Albaladejo, *op. cit.*, p. 145.

¹³⁸ LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 221; SERRA CALLEJO, *op. cit.*, p. 1089.

¹³⁹ HERNÁNDEZ-GIL, A. (1960): *Derecho de obligaciones*, Madrid, p. 294; BERCOVITZ, Comentario a la STS de 29 de mayo de 1984, *op. cit.*, p. 1723; DEL OLMO GARCÍA, *op. cit.*, p. 234; CRISTÓBAL MONTES, (1987): Los elementos personales y reales del pago, en *RCDI*, p. 363; BAYO RECUERO, *op. cit.*, pp. 272-273; VATTIER FUENZALIDA, C. (1985): Notas sobre la subrogación personal, en *RDP*, p. 503; ALBIEZ

DOHRMANN, (1996), El pago por tercero, en *Extinción de obligaciones*, dirigido por José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL, Madrid, pp. 90-91. Sin embargo, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 561, aprecia dificultades legales en admitir el sistema opcional en nuestro sistema. En análogos términos, GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pp. 45-46; HERNÁNDEZ MORENO, *op. cit.*, p. 215.

¹⁴⁰ STS de 18 de diciembre de 1997 (*RA* 1997, 8819); la SAP de Huesca de 25 de noviembre de 1998 (*AC* 1998, 8666), que dispuso: «Los artículos 1158 y 1159 del Código Civil, en relación con los artículos 1209 y 1210 del mismo cuerpo legal, principalmente regulan los efectos derivados del pago de la deuda por el tercero. De su tenor literal, se desprenden tres tipos de acciones a favor del solvente. En primer lugar, una acción subrogatoria, basada en la misma relación jurídica de la que deriva la deuda, o subrogación legal (no convencional o por acuerdo entre el deudor y el acreedor). Que se produce cuando el deudor aprueba expresa o tácitamente el pago».

¹⁴¹ SSTS de 29 de mayo de 1984 (*RA* 1984, 2809); 16 de diciembre de 1985 (1985, 6443); 20 de diciembre de 2007 (2007, 9055); SAP de Pontevedra de 11 de mayo de 1994 (*AC* 1994, 964), dispuso: «El artículo 1210 señala tres casos en los que la subrogación habrá de presumirse por ministerio de la ley, es decir, se establece en este precepto unos supuestos de subrogación legal con efecto automático, independiente de la voluntad de los implicados, atribuido por la ley al pago hecho por terceros en las condiciones legalmente tipificadas»; la RDGRN de 7 de diciembre de 1950, ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL (1953): *Jurisprudencia Registral*, Barcelona, p. 962, en su 5.^o considerando, estableció que la subrogación legal, prevista en los artículos 1209 y 1210 del repetido Código, se presume realizada cuando un acreedor pague a otro preferente, o un tercero, no interesado en la obligación, con aprobación expresa o tácita del deudor y dinero propio del pagador, quien se subrogará *ope legis* en el crédito y derechos a él anexos, sin que el acreedor deba aprobar la subrogación ni se modifiquen las particularidades del crédito transferido, que se adquirirá íntegro o parcialmente, según que se efectúe el pago de una u otra forma, puesto que todas las modificaciones que pudieran introducirse requerirían el consentimiento del obligado, y transformarían la naturaleza de la subrogación, convirtiéndola con convencional».

¹⁴² CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 221; DÍEZ-PICAZO *op. cit.*, p. 557; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 145; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 221; SERRA CALLEJO, *op. cit.*, p. 1087.

¹⁴³ CAMPUZANO TOME, *op. cit.*, p. 3510;

¹⁴⁴ LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 221; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 557. STS de 8 de mayo de 1992 (*RA* 1992, 3892).

¹⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 557.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2001): *La jurisdicción voluntaria*, Madrid, pp. 34-35; GONZÁLEZ POVEDA, B. (2008): *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y Formularios*, 4.^a ed., actualizada por Pedro González Poveda y Jorge González Rodríguez, Pamplona, pp. 53-54.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 34, señala que el artículo 1811 utiliza las expresiones «actos de jurisdicción voluntaria», en otros preceptos hace referencia a «negocios» o «expedientes». No obstante, añade que se ha generalizado la expresión «asunto» para la jurisdicción contenciosa y «negocio» para la jurisdicción voluntaria.

¹⁴⁸ «*Todos los procónsules, tan pronto como hubieren salido de Roma, tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que pueden autorizar emancipaciones, manumisiones y adopciones*». *Vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 52.

¹⁴⁹ *Vid.* FAIRÉN GUILLÉN, V. (1991): Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa (El art. 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual), en *ADC*, pp. 948-949, que detalla en este trabajo las distintas partidas que formaron la jurisdicción voluntaria.

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵¹ *Op. cit.*, pp. 33-34.

¹⁵² LIÉBANA ORTIZ J. R. y PÉREZ ESCALONA, S. (2015): *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, 1.^a ed., Pamplona, p. 50.

¹⁵³ FERNÁNDEZ DE BUJAN, *op. cit.*, p. 57, la *iurisdictio* supuso el poder de que estaban investidos los magistrados.

¹⁵⁴ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. L. (2013): *De la consignación en Derecho Romano y su proyección en el Derecho Civil*, Madrid, pp. 25-26; LIÉBANA ORTIZ, (2012): *Fundamentos dogmáticos de la Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, p. 26.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, pp. 68-69; LIÉBANA ORTIZ, (2005): Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. (A propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de octubre de 2005), en *REDUR*, p. 166.

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, pp. 80-82.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 83, nota al pie de p. 87. Debe su denominación a los primeros documentos en forma de tablillas de madera que recogían los acuerdos o voluntades de partes añadiendo un sello (*sigillatio*).

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 83.

¹⁶⁰ DE MARINI A. (1954): Considerazione sulla natura della giurisdizione voluntaria, en *RDP*, pp. 225 y sigs., citado por FERNÁNDEZ DE BUJÁN *op. cit.*, p. 97, teoría que parte del interés protegido por la jurisdicción (interés mediato del Estado), y el interés inmediato son los individuos (teoría del interés privado); RAMOS MÉNDEZ, F. (1992): *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, pp. 1294 y sigs.; ÁLVAREZ-CASTELLANOS RAEL, P. (1947): El proceso de jurisdicción voluntaria, en *Separata de la Revista de Derecho Procesal*, donde señala que la jurisprudencia se diferencia de la administración en que la primera actúa en virtud de una pretensión y en defensa del interés particular; la segunda, actúa espontáneamente para fines generales. Por tanto, añade que el proceso nace por una pretensión de parte, es conducido y resuelto por un órgano jurisdiccional y no por la administración. Tesis que en opinión de LIÉBANA ORTIZ, *op. cit.*, pp. 167-168, se basa en las *auctoritas* y *potestas* jurídicas de las que está investido el juez, pero añade que no puede utilizarse la *potestas* para diferenciar los actos de jurisdicción voluntaria de los actos administrativos.

¹⁶¹ GÍMENO GAMARRA, R. (1953): Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, en *ADC*, p. 14; LIÉBANA ORTIZ, *op. cit.*, p. 173, también en *Fundamentos dogmáticos de la Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, pp. 159-160; BANACLOCHE PALAO, J. (2015): *Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, Madrid, p. 29; ALLORIO, E. (1963): Ensayo polémico sobre la «jurisdicción» voluntaria, en *Problemas de Derecho Procesal*, traducción de SENTÍS MELENDO, p. 30, teoría que se fundamenta en que la «jurisdicción voluntaria es actividad administrativa, esto es, desprovista de cosa juzgada, por ser el resultado de un procedimiento no idóneo para justificar este último efecto, pero asignada, en cuanto a la competencia a órganos habitualmente jurisdiccionales, es decir, que normalmente cumplen una actividad jurisdiccional en sentido propio, productora de la cosa juzgada». Es resumen, la pertenencia de la jurisdicción voluntaria a la actividad administrativa no tiene otro valor, sino que está desprovista de eficacia de cosa juzgada.

¹⁶² *Op. cit.*, pp. 97-98.

¹⁶³ Seguimos en este punto lo expuesto por LIÉBANA ORTIZ, *op. cit.*, pp. 60 y sigs., que distingue tres supuestos de jurisdicción voluntaria: la denominada «jurisdicción voluntaria *stricto sensu*», que hemos encuadrado en la denominada «actividad administrativa»; otra, es la «jurisdicción voluntaria administrativa y formalmente judicial», que se fundamenta en la tutela de los derechos privados mediante autorizaciones, homologaciones o documentos jurídico-privados. Apoyan esta teoría CHIOVENDA, J. (1922): *Principios de Derecho Procesal civil*, traducción de J. CASÁS Y SANTALÓ, vol. 1.^o, pp. 363-373, citado por LIÉBANA ORTIZ, *op. cit.*, p. 61; SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1969): Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, en *Estudios de Derecho Procesal*, p. 635; y, por último, la denominada «jurisdicción voluntaria como administración pública de Derecho privado», basada según sus autores, entre

otros, CALAMANDREI (1930): *Studi sul procedimiento civile*, vol. 1.º, PADOVA, p. 193, citado por LIÉBANA ORTÍZ, *op. cit.*, p. 63; GIMENO GOMARRA, *op. cit.*, p. 11; PRIETO-CASTRO, L. (1956): «Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria», en *RDP*, pp. 109-110. Esta tesis se puede definir como una administración pública de Derecho privado; por tanto, estamos ante una actividad reglada, de asistencia y control, que corresponde a la actividad del Estado.

¹⁶⁴ FONT BOIX, V. (1967): El notariado y la jurisdicción voluntaria, en *AAMN*, tomo 15.º, pp. 249-250 y 294. A modo de conclusión señala que la jurisdicción voluntaria no es una verdadera jurisdicción, tampoco es una actividad administrativa, sino una actividad autónoma del Estado caracterizada por una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R. (2009): Visión notarial de la jurisdicción voluntaria, en *RJN*, pp. 116-117, sostiene que existe un amplio consenso en la doctrina sobre la atribución de los actos de jurisdicción voluntaria a notarios, registradores, secretarios judiciales, por lo que la jurisdicción voluntaria no es una jurisdicción; MEZQUITA DEL CACHO, J. L. (1988): *Respondere, Postulare, Cavere*, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo 6.º, p. 310, ha acuñado la expresión «Derecho cautelar», en donde se engloba el Derecho notarial, el Derecho registral y la jurisdicción voluntaria como una función autónoma del Estado.

¹⁶⁵ STC 13/1981. Con análogo fundamento encontramos las SSTC 76/1990, de 26-4 (FJ 6.º); 298/1993, de 18-10 (FJ 6.º); 187/1996, de 25-11 (FJ 2.º); 114/1997, de 16-6 (FJ 3.º).

¹⁶⁶ *RJ* 1995, 4094.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, pp. 100-101.

¹⁶⁸ LIÉBANA ORTÍZ, *op. cit.*, p. 53.

¹⁶⁹ LIÉBANA ORTÍZ, *op. cit.*, p. 60.

¹⁷⁰ (2015). *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio*, 1.ª ed. Pamplona, p. 186.

¹⁷¹ GIMENO GAMARRA, *op. cit.*, p. 69.

¹⁷² GIMENO GAMARRA, *op. cit.*, p. 69.

¹⁷³ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II*, *op. cit.*, p. 609; LIÉBANA ORTÍZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit.*, p. 360; CANO HURTADO, *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, *op. cit.*, 403; DE DIEGO LORA, *op. cit.*, p. 8; COCA PAYERÁS, M. (1995): voz: *Consignación*, *EJB*, Madrid, p. 1511; BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 471 y 498; CASTAÑEDA MUÑOZ J. E. y OLMEDO, A. (1997): Notas para un concepto de la consignación, en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 7: 27-53.

¹⁷⁴ MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *op. cit.*, pp. 36-37, señala que la consignación ha tenido una larga evolución histórica hasta la codificación en que fue considerada un acto de jurisdicción voluntaria.

¹⁷⁵ CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 12. Paulatinamente se debilita la facultad del deudor de quedar liberado mediante el abandono de la cosa debida, dando paso al depósito con efectos liberatorios.

¹⁷⁶ CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 12, señala que inicialmente estaba difundida la práctica del depósito de sumas de dinero o joyas en el templo (depósitos *in aede*). Posteriormente se desarrolla la mora del deudor (*in soluto*) y la mora del acreedor (*in accipiendo*), de tal manera que el ofrecimiento efectuado por el deudor (*oblatio rite falta*) al acreedor y este lo rechaza el deudor no queda liberado, pero el acreedor queda en situación de mora.

¹⁷⁷ MARTÍNEZ MORENTÍN, *op. cit.*, pp. 55 y 93.

¹⁷⁸ BUSTOS VALDIVIA, C. (1994): El pago por consignación. (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales), en *BMJ*, n.º 1709, pp. 147-177; NÚÑEZ BOLUDA, M.ª D. (1982): Notas para un estudio sobre la consignación, en *RGLJ*, 85 (fascículo 3.º): 179-192.

¹⁷⁹ EYRE VARELA, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁰ SAP de Málaga de 20 de febrero de 2001 (*EDJ* 2001, 57139); SAP de Zaragoza de 15 de abril de 2002 (*EDJ* 2002, 24255); SAP de Barcelona de 29 de abril de 2002 (*EDJ* 2002, 50109).

¹⁸¹ (1965-66). «Naturaleza jurídica de la consignación y su proceso», en *Anales de la Universidad de La Laguna*, 3 (fascículo 1.º): 109-167.

¹⁸² CABRERA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 112.

¹⁸³ CABRERA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 112.

¹⁸⁴ *Op. cit.*, pp. 112-113.

¹⁸⁵ CABRERA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 114.

¹⁸⁶ CABRERA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 115.

¹⁸⁷ CABRERA RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 123-124.

¹⁸⁸ *Vid.* BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, pp. 37-44.

¹⁸⁹ *Vid.* la SAP de Barcelona de 7 de mayo de 1997 (RA 1997, 1182).

¹⁹⁰ *Vid.* ALBALADEJO, *Derecho de Obligación II*, *op. cit.*, pp. 163 y sigs.; CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 408; Auto de AP de Córdoba de 10 de noviembre de 1994 (RA 1994, 1293).

¹⁹¹ CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 407, estima que hasta que no se efectúe la declaración de estar bien hecha el deudor puede retirar lo consignado.

¹⁹² *Op. cit.*, p. 86; GIMENO GAMARRA, *op. cit.*, pp. 38-39; CANO MATA, *op. cit.*, p. 767.

¹⁹³ LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit.*, p. 91.

¹⁹⁴ LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹⁵ LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit.*, p. 146.

¹⁹⁶ BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹⁷ BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 75.

¹⁹⁸ BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 77; LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit.*, p. 155, aclaran la clásica distinción entre demanda para juicios ordinarios (art. 399 de la LEC-2000) y la demanda sucinta para juicios verbales (art. 437 de la LEC-2000); en cambio, se usa la expresión «solicitud» para incoar expedientes de jurisdicción voluntaria, acto de petición en sentido técnico-jurídico para iniciar un procedimiento.

¹⁹⁹ El artículo 3-2.º de la LJv prevé la actuación de letrado y procurador para aquellos supuestos en que así lo prevea la ley. Aun cuando no sea requerido por la ley, las partes se podrán hacer valer, si así lo desean. En todo caso, será preceptiva para la presentación del recurso de revisión y apelación.

²⁰⁰ SAP de Las Palmas de 20 de febrero de 1998 (EDJ 1998, 470), declaró que «De lo dispuesto en el artículo 1176 y sigs. del Código Civil, reguladores del ofrecimiento de pago y la consignación como medio de extinción de las obligaciones, se desprenden los presupuestos o requisitos para que la misma se tenga por bien hecha»; SAP de Burgos de 21 de mayo de 2001 (EDJ 2001, 12595); SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2003 (EDJ 2003, 211377).

²⁰¹ LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit.*, p. 168.

²⁰² LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit.*, p. 169, estiman que es de aplicación analógica el artículo 218 del LEC a los autos y decretos en cuanto a la exhaustividad, congruencia y motivación.

²⁰³ BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 104.

(Trabajo recibido el 18-3-2016 y aceptado para su publicación el 5-4-2016)