

La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales (*)

SUMARIO: I. SIGNIFICADO DE LA BILATERALIDAD EN LAS OBLIGACIONES.—II. BILATERALIDAD GENÉTICA Y FUNCIONAL.—III. LOS EFECTOS TÍPICOS DE LAS OBLIGACIONES BILATERALES.—IV. EL CUMPLIMIENTO SIMULTANEO DE LAS OBLIGACIONES.—V. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO: A) CONCEPTO Y FUNDAMENTO LEGAL. B) NATURALEZA JURÍDICA. C) EFECTOS. D) REQUISITOS. E) LA EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO INADECUADO Y LA DEFENSA DEL ACREEDOR FRENTE A LOS INCUMPLIMIENTOS MENORES.—VI. LA CONSTITUCIÓN Y LA COMPENSACIÓN DE LA MORA: A) LA COMPENSACIÓN DE LA MORA: a) *Requisitos*, b) *Efectos*.—B) LA CONSTITUCIÓN EN MORA: a) *La interpretación de la norma en doctrina*: 1.ª Tesis de la mora por medio de la intimidación. 2.ª Tesis de la mora mediante el cumplimiento.—b) *La interpretación de la norma por la jurisprudencia*: 1.ª La exigencia judicial del requerimiento para la mora. 2.ª La innecesidad del requerimiento para la constitución en mora.—c) *La interpelación y la regla de la simultaneidad en el cumplimiento*, d) *Los requisitos de la mora mediante el cumplimiento*.

I. SIGNIFICADO DE LA BILATERALIDAD EN LAS OBLIGACIONES

El calificativo «bilateral», aplicado a las obligaciones civiles, no hace referencia a los sujetos de la relación jurídica, sino a su contenido, esto es, a la dualidad (o pluralidad) de vínculos que de ella derivan para las partes. Por contraposición a las obligaciones unilaterales o simples, que generan

(*) Texto de la ponencia presentada en Madrid el 16 de abril de 1996 dentro del Curso sobre Derecho de Obligaciones del Plan Estatal de Formación de Jueces y Magistrados organizado por el Consejo General del Poder Judicial.

deberes para una sola de las partes, sin generarlos para la otra, las obligaciones bilaterales suponen, en una primera aproximación, que los dos sujetos de la obligación se hallan «obligados» y, más recíprocamente, que lo están entre sí de modo recíproco o correlativo.

La bilateralidad así entendida no difiere sustancialmente de la concepción estructural ofrecida por el Derecho Romano clásico, para el que las obligaciones bilaterales y las acciones que de ellas nacían, aun surgiendo coetáneamente *ex nudo consensu* y siendo correlativas entre sí, se desenvolvían paralelamente, con absoluta independencia (1). La falta de cumplimiento de una de las obligaciones carecía por sí sola de repercusión en la otra.

En el Derecho intermedio y por obra fundamentalmente de los decretalistas medievales, impulsores de la máxima *fides non servanda est ei qui fraganti fide* y de la definitiva identificación de *synalagma* y contrato (2), con la asimilación de los contratos innominados a los consensuales fue abriéndose camino una concepción de la bilateralidad que, trascendiendo de la simple dualidad y reciprocidad de las obligaciones concurrentes, vino a hacer de su interdependencia o mutua condicionalidad nota esencial de su estructura típica.

Esta concepción, que identifica bilateralidad con sinalagma, interdependencia y mutua causalidad, era comúnmente compartida en el período codificador (3) y ha terminado por imponerse tanto en la doctrina (4) como en la jurisprudencia española desde sus orígenes hasta nuestros días.

(1) Sobre el sentido originario y la evolución histórica de las obligaciones bilaterales, cf. VATTIER FUENZALIDA, CARLOS, «Obligaciones bilaterales», en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. XXV, Barcelona, 1986, págs. 29 y sigs.

(2) Se han citado como textos de autoridad en esta identificación los del *Digesto* 50,16,19, que atribuye a Labeón la definición de contrato como «la obligación recíproca, que los griegos llaman *synalagma*, como la compraventa, la locación-conducción...», y *Digesto* 2,14,7,2, que recoge la respuesta de Aristón a Celso de que «cuando el negocio no pasa de tener nombre de contrato, pero existe sin embargo una causa... hay una obligación; por ejemplo, si te di una cosa para que me dieras otra, o bien te la di para que hagas algo; esto es en griego un *synalagma* y nace de aquí una obligación»; versión castellana de D'ORS, ALVARO, *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1975.

(3) Expresiva resulta en este sentido la asimilación de los términos «sinalagmático» y «bilateral» para definir el artículo 102 del *Code*: el contrato, «cuando los contratantes se obligan recíprocamente uno respecto de otro».

(4) No han faltado, sin embargo, opiniones críticas con esta corriente doctrinal, como la patrocinada por ALONSO PÉREZ, *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967, para el que «la reciprocidad de las obligaciones bilaterales supone correlación entre las mismas, pero no mutua casualidad o interdependencia. Aquellas nacen de la necesidad de satisfacer intereses opuestos o al menos diferentes, obedecen a distinta finalidad —obtener el precio, adquirir la cosa— y su característica esencial reside en el paralelismo, que desaparece cuando se opera el cambio de bienes o servicios», págs. 35-36. En sentido coincidente se pronuncia VATTIER FUENZALIDA, para quien el elemento esencial de la bilateralidad es la correlación, «la que es propia y exclusiva de la estructura típica que presentan las obligaciones recíprocas en nuestro Derecho», *op. cit.*, pág. 39.

Desde la premisa de la interdependencia de las prestaciones se ha puesto de relieve que «es esencial para el concepto de la obligación bilateral que las prestaciones de cada una de las partes sean prometidas a título de contrapartida o retribución por las prestaciones de la otra» (5); que en las obligaciones bilaterales cada una de ellas es «causa» de la otra (6), «existiendo entre las prestaciones una condicionalidad mutua» (7) en cuanto «cada parte acepta el sacrificio que para ella supone realizar la prestación que le incumbe con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar» (8); y que, por efecto de la concausalidad obligacional, ambas partes son, a su vez y por la misma razón, acreedora y deudora la una de la otra (9).

También desde la óptica de la economía del contrato se ha reseñado que «en la relación obligatoria sinalagmática cada deber de prestación funciona como equivalente y como contravalor del deber de prestación recíproco» (10). Ello no significa que deba existir entre ambas prestaciones una equivalencia objetiva contratable con arreglo a parámetros externos, pero sí que en plano subjetivo de los obligados recíprocamente han sido queridas y convenidas como equivalentes. Y aunque sea referida a esa subjetiva equivalencia, puede decirse con ARECHEDERRA (11) que «la protección de la reciprocidad silagmática..., tendiendo como tiende al mantenimiento de su situación equilibrada, alcanza a proteger la equivalencia de las prestaciones tal como se pactó».

(5) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil español, Común y Foral*, t. III, revisado por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1992, pág. 144.

(6) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho Civil*, t. H *Derecho de Obligaciones. Parte General*, Barcelona, 1970, pág. 66, donde también indica como alternativa la consideración de cada una como «contraobligación respecto de la otra».

(7) BONET RAMÓN, F., *Código Civil comentado*, artículo 1.124, Madrid, 1962, pág. 842.

(8) DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1990, págs. 162-163.

(9) PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. II, Barcelona, 1959, pág. 149. En parecidos términos se pronuncian LACRUZ y DELGADO, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. I, Barcelona, 1985, reimpr. 1990, pág. 263.

(10) DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. U. *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, pág. 374. A la contemplación de cada una de las prestaciones como *equivalente* de la otra se refieren también en la definición de las obligaciones bilaterales FEDERICO PUIG PEÑA, para el que en estas relaciones obligatorias «la prestación de cada una de las partes se halla condicionada por la actividad equivalente de la otra», *Compendio de Derecho Civil español*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1966, págs. 66-67; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, para quien cada obligación es la contrapartida de la otra, su equivalencia, de suerte que vienen a equilibrarse ambas obligaciones en el juego de intereses que el contrato armoniza, *Manual de Derecho Civil español*, Madrid, 1975, vol. III, pág. 357; y LACRUZ y DELGADO, para quienes en esta clase de obligaciones «la prestación de un contratante se quiere por el otro como equivalente de la que él realiza», *Elementos de Derecho Civil*, cit., pág. 263.

(11) ARECHEDERRA ARANZADI, LUIS, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Madrid, 1978, pág. 25.

La jurisprudencia se ha hecho asimismo eco de estos caracteres configuradores de la obligación bilateral, habiendo declarado en *Sentencia de 5 de enero 1935* (Ar. 198), con fórmula que se remonta a una vieja *Sentencia de 5 enero 1905* y se reitera en las más recientes de *8 julio 1954* (Ar. 2027) y *18 noviembre 1994* (Ar. 8843), que «para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta no sólo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra y, por consiguiente, exista entre ellas una mutua condicionalidad»; en *Sentencia de 31 de diciembre 1971* (Ar. 5450), que en las obligaciones recíprocas «cada una de las atribuciones patrimoniales debe su origen a la otra, hallándose éstas en condicionalidad mutua», y en *Sentencia de 17 junio 1994* (Ar. 4932), que es bilateral o recíproco el contrato «que se basa en la contraposición de dos prestaciones... entre sí enlazadas de un lado y otro y unidas por la nota de lo sinalagmático» (12), reiterando en la *Sentencia de 18 noviembre 1994* (Ar. 9322) que en las obligaciones bilaterales «cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazado ambos deberes que tienen que cumplirse simultáneamente».

II. BILATERALIDAD GENÉTICA Y FUNCIONAL

La reciprocidad e interdependencia de las obligaciones bilaterales no se limita únicamente al momento inicial o causal de la perfección del contrato, sino que despliega también sus efectos en el posterior desarrollo de la relación contractual, presidiendo la ejecución del programa prestacional. A ambos aspectos se ha referido la doctrina con la distinción entre «sinalagma genético» y «sinalagma funcional».

La distinción tiene su origen en la polémica de los postglosadores sobre la *causa impulsiva* y la *causa finolis* y en la doctrina de los canonistas medievales, que consideró que en las obligaciones mutuas engendradas por los contratos consensuales había que apreciar una relación de causalidad que las unía no sólo en el momento de su génesis, sino también en el de su ejecución.

(12) El texto de la sentencia, referida a la compraventa de un bien inmueble, sigue razonando que aquella relación de intercambio, que ha de ser muy bien captada desde el punto de vista jurídico, «resulta de los artículos 1.124 y 1.445 del Código Civil, al reglamentar la dependencia recíproca entre ambas prestaciones, siguiendo una concepción incluso de carácter popular».

A la bilateralidad se refiere también la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de mayo 1993* cuando señala que «supone que las dos partes son coetánea y recíprocamente acreedoras y deudoras, si bien cada una de ellas de un objeto distinto, pero con obligaciones indisolublemente concretas, de tal forma que cada una de ellas existe en virtud de la otra», en *Revista General de Derecho*, núm. 588, 1993, pág. 8905.

Es, sin embargo, la doctrina alemana de mediados del pasado siglo (13) la que ha dado a esta distinción su significación actual, habiendo hecho particular fortuna en la doctrina general y en la jurisprudencia, al punto de constituir una común referencia explicativa de algunas de las más destacables particularidades de las obligaciones bilaterales.

La idea del *sinalagma genético* significa, en expresión de DÍEZ-PICAZO, que «en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o la causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación. Por ello, un regular desenvolvimiento de la relación obligatoria sinalagmática exige la existencia de ambas obligaciones. La inexistencia o la subsiguiente desaparición de uno de los deberes de prestación lleva aparejada la consecuencia de que el otro, aislado, carezca por completo de sentido y de razón de ser» (14).

Frente a ella, el *sinalagma funcional* supone que ambos deberes de prestación, en cuanto están enlazados funcionalmente, deben cumplirse al mismo tiempo. De él surge, como regla, la simultaneidad en la ejecución de las prestaciones recíprocas. Mientras el sinalagma genético contempla la reciprocidad e interdependencia entre las obligaciones, el sinalagma funcional la refiere a las prestaciones.

Pese a la generalización de esta doctrina, no han faltado, sin embargo, contradictores que han cuestionado la necesidad y utilidad de la noción de sinalagma funcional (15), en el entendimiento de que su génesis y función son manifestaciones de una misma realidad, tan sólo distinguibles en el orden lógico, en cuanto no es posible obligarse sin pensar en la prestación, ni realizar ésta sin la existencia de una previa vinculación.

La jurisprudencia recurre con frecuencia a la distinción entre el sinalagma genético y el funcional para justificar las consecuencias derivadas de la bilateralidad o reciprocidad de las obligaciones. Así, entre las más recientes, en las *Sentencias de 10 enero 1991* (Ar. 295) y *18 noviembre 1994* (Ar. 9322) el Tribunal Supremo ha declarado que las obligaciones recíprocas «tienen por

(13) Señala ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES que «fue BECHMANN quien primeramente y en relación al contrato de compraventa distinguió entre bilateralidad genética, basada en el cambio de dos promesas recíprocas que da lugar a la conexión de las obligaciones en el instante mismo en que éstas nacen, y la bilateralidad funcional, que guarda relación con la mutua dependencia que se establece a la hora del cumplimiento de tales obligaciones», *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984, pág. 63.

(14) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, cit, pág. 375.

(15) Así ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, especialmente págs. 31-32, al que sigue VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 35-36, habiéndose puesto de relieve que el papel positivo atribuido al sinalagma funcional durante la dinámica de la relación obligatoria posterior a su perfección queda cumplido con la que FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO denomina «continuación del influjo de la causa sobre la relación negocial», en *El negocio jurídico*, reedición, Madrid, 1985, pág. 313.

contenido un sinalagma doble: el genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y el funcional, significativo de la interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el desarrollo de la relación contractual» (16), señalando, por su parte, la *Sentencia de 10 noviembre 1993* (Ar. 8958), con referencia en particular al contrato de obra, que «las respectivas obligaciones tienen un indiscutible carácter recíproco (sinalagmático) por cuanto son interdependientes tanto en su génesis —determinan la causa del contrato— como en su desarrollo funcional, ya que su cumplimiento ha de ser, en principio, simultáneo, salvo pacto especial al respecto».

III. LOS EFECTOS TÍPICOS DE LAS OBLIGACIONES BILATERALES

El Código Civil no contiene una regulación sistemática de las obligaciones bilaterales, pero con la denominación de «recíprocas» (17) se ocupa de ellas en preceptos dispersos al objeto de disciplinar algunas de las peculiares consecuencias que se derivan de la propia reciprocidad y dotan a la categoría de su específica tipicidad. Todas ellas guardan relación con el cumplimiento correlativo de las prestaciones interdependientes.

La doctrina suele citar como efectos característicos de esta clase de obligaciones: el especial régimen de constitución en mora regulado en el último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil, la excepción de incumplimiento contractual o contrato no cumplido, la resolución del contrato por incumplimiento establecida en el artículo 1.124 del mismo cuerpo legal y la incidencia en el reparto de los riesgos por pérdida de la cosa o imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Algunos autores reducen a tres los efectos, sea considerando la excepción de incumplimiento contractual y la regla sobre iniciación y compensación de la mora simples manifestaciones del principio de simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas (18), sea subsumiendo en el efecto

(16) La *Sentencia de 10 enero 1991* cita, por su parte, como antecedente de esta doctrina las *Sentencias de 28 septiembre 1965* (Ar. 4056), *25 junio 1985* (Ar. 3314) y *22 octubre 1985* (Ar. 4963).

(17) Los artículos 1.100 y 1.124 se refieren expresamente a las «obligaciones recíprocas», y el artículo 1.120 a las «prestaciones recíprocas». Referida al contrato oneroso, el artículo 1.289 del mismo Código Civil establece como pauta hermenéutica para resolver en última instancia las dudas a que diere lugar su interpretación la «mayor reciprocidad de intereses».

(18) TOMÁS OGAYAR Y AYLLÓN cita como consecuencia típica de la interdependencia de las obligaciones la exigencia de su cumplimiento simultáneo, de la que deriva «la imposibilidad de incurrir en mora una parte mientras la otra no cumpla (*compensatio mora*) y el no poder exigir una de las partes el cumplimiento de la obligación a la otra

resolutorio de la obligación bilateral tanto el incumplimiento imputable como la imposibilidad fortuita de la prestación a cargo de una de las partes (19).

También la *Sentencia de 3 diciembre 1955* (Ar. 3604), refiriéndose al contenido de las obligaciones bilaterales o recíprocas, establece que las consecuencias de su interdependencia se recogen en el artículo 1.124 del Código Civil, «regulando como efectos propios de estas obligaciones la *exceptio non adimpleti contractus*, la *compensaría morae* y la resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes.

Si la excepción de incumplimiento contractual y el régimen de constitución y compensación de la mora son consecuencia o manifestación de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y ello justifica el estudio de ambos efectos desde la premisa de esta regla general, debe tenerse también presente que la resolución de estas obligaciones, tradicionalmente ligada al incumplimiento culpable de uno de los obligados, es susceptible de una más amplia contemplación vinculadora de tal efecto a la quiebra de la reciprocidad producida por la objetiva inexecución de una de las prestaciones en cuanto priva de causa o razón de ser a la prestación correlativa; quiebra que tiene lugar tanto si la inexecución es imputable al deudor como si es debida a circunstancias sobrevenidas de carácter fortuito que imposibilitan su realización, lo que asimismo justifica su conjunta y global consideración, no debiendo por lo demás olvidarse que a la resolución del vínculo obligatorio pueden también conducir la excesiva onerosidad de una de las prestaciones recíprocas por quiebra de su equivalencia o la pérdida de utilidad de cualquiera de ellas por frustración del fin que determinó su constitución.

IV. EL CUMPLIMIENTO SIMULTANEO DE LAS OBLIGACIONES

La simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales es consecuencia de la proyección de su interdependencia o mutua condionali-

sin haber cumplido por su parte la suya (*exceptio non adimpleti contractus*)», *Efectos que produce la obligación bilateral*, cit., pág. 16.

(19) Así Luis Díez-PICAZO, quien tras «rechazar con carácter general la exigencia de que el incumplimiento resolutorio tenga que ser necesariamente imputable al demandado», mantiene que «en el Código existe una resolución por imposibilidad sobrevenida», razonando que «la sobrevenida desaparición de la causa, aunque se produzca por razones fortuitas, produce una desaparición de la causa de la obligación recíproca y la resolución queda justificada», *Fundamentos...*, cit., págs. 718-720.

También ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES refiere la resolución a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, bien que distinguiendo, en relación a sus consecuencias, la «imposibilidad sobrevenida imputable» de la «imposibilidad sobrevenida no imputable», en *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989.

dad al cumplimiento de las respectivas prestaciones. Como apunta GEMA DÍEZ-PICAZO, «las obligaciones recíprocas son, por su propia naturaleza, obligaciones de cumplimiento simultáneo porque la satisfacción de las partes se realiza en el mismo momento. Ambas prestaciones traen causa de la respectiva, y si una queda incumplida la otra carece de causa» (20).

La jurisprudencia ha sancionado esta regla considerándola manifestación del sinalagma funcional que preside el desarrollo de la relación obligacional. Así, ha declarado que el cumplimiento de las obligaciones recíprocas debe llevarse a cabo de modo simultáneo (SS. 9 diciembre 1988/Ar. 9331, 10 noviembre 1993/Ar. 8958 y 18 noviembre 1994/Ai. 9322), explicando en la *Sentencia de 18 noviembre 1994* (Ar. 9322) que «cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes que tienen que cumplirse simultáneamente».

La regla del cumplimiento simultáneo determina, entre sus efectos más característicos, de un lado, la inexigibilidad de la prestación debida por uno de los obligados sin que el reclamante haya cumplido la que correlativamente le correspondía (*exceptio non adimpleti contractas*), y de otro, la imposibilidad de incurrir en mora uno cualquiera de los obligados mientras el otro no cumpla la prestación recíproca a su cargo (*compensatio morae*), con la consiguiente constitución en mora por el solo cumplimiento de la obligación correlativa.

La simultaneidad en la ejecución de las prestaciones, con ser, sin embargo, un efecto normal o natural de las obligaciones bilaterales, no constituye una exigencia consustancial a su naturaleza, siendo susceptible de derogación por disposición legal o convencional (21), así como de exclusión por los usos del tráfico o la propia naturaleza de la relación obligacional (22), que en determinados casos pueden imponer el cumplimiento anticipado de una de las presta-

(20) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, GEMA, *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996, pág. 559.

(21) La jurisprudencia se refiere a la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas como «principio» o regla «general» (SS. 14 marzo 1973/Ai. 981 y 10 noviembre 1993/Ar. 8958), dejando siempre a salvo «que la Ley o el contrato mismo determine otra cosa» (S. 9 diciembre 1988/Ar. 9331), habiendo declarado, en particular, la *Sentencia de 21 noviembre 1988* (Ar. 9039) que el principio general de simultaneidad «tiene la excepción de lo que resulte por Ley o por el propio contrato», añadiendo en relación al caso enjuiciado que como tienen «las obligaciones de una y otra parte distinto momento de cumplimiento, lo serán sucesivas, mas no simultáneas».

(22) JOSÉ MELICH-ORSINI señala que «además de la posibilidad de que una parte haya concedido crédito a la otra mediante la estipulación de plazos expresos o tácitos, hay que atender muy especialmente a la naturaleza de ciertas relaciones que excluyen manifiestamente la ejecución simultánea», en *Resolución del contrato por incumplimiento*, Bogotá-Caracas, 1982, pág. 223.

Para CASTÁN TOBEÑAS las prestaciones de una y otra parte deben realizarse simultáneamente «si no se establece otra cosa en la Ley o en el contrato (ni se deduce de los usos sociales o comerciales)», en *Derecho Civil español, Común y Foral*, cit., t. III, pág. 146.

ciones sin quiebra de reciprocidad. Tal sucederá en la compraventa con precio aplazado o en el arrendamiento —de cosas, de obra o de servicios— en que se realiza anticipadamente la prestación del arrendador o la del arrendatario.

En estos supuestos de cumplimiento anticipado de una de las partes, la excepción de incumplimiento contractual y la especial regulación de la mora en las obligaciones recíprocas, sin llegar a quedar por completo anuladas, ven limitado su ámbito de aplicación en cuanto el obligado al cumplimiento previo no puede oponer con éxito la excepción a la prestación del reclamante (23) ni puede, con la sola ejecución de su prestación, constituir en mora al otro obligado o, por la pendencia de la aplazada, tener por compensada la mora en que eventualmente hubiera llegado a incurrir.

En definitiva, tanto la excepción de incumplimiento contractual como el específico régimen de constitución en mora descansan sobre el presupuesto de la coetaneidad en la ejecución de las prestaciones correlativas, sin el cual sólo parcial y limitadamente despliegan sus efectos.

V. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Es norma en las obligaciones recíprocas, dice la *Sentencia de 27 diciembre 1990* (Ar. 10376), que «nadie puede exigir sin haber cumplido», Y es que, como asimismo señala la *Sentencia de 4 diciembre 1993* (Ar. 9834), en esta clase de obligaciones «y por la dinámica del sinalagma funcional, la parte que no ha cumplido la obligación que a ella le incumbe y le es exigible, no puede pretender que la otra cumpla la suya»; y, de hacerlo, «ésta siempre podrá oponerse a ello alegando la excepción del contrato no cumplido (*exceptio non adimple ti contractas*)» (24). Desconocerle tal oposición equivaldría a imponerle un inexigible cumplimiento anticipado.

También DIEZ-PICAZO señala que, por excepción a la regla de ejecución simultánea, «el negocio jurídico constitutivo de la obligación, los usos del tráfico o la naturaleza de las cosas pueden imponer un distanciamiento o una separación entre las prestaciones», en *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 375.

(23) En el Derecho comparado, el *Código Civil alemán* contempla expresamente esta eventualidad, excluyendo la excepción cuando quien podía oponerla «está obligado a cumplir la prestación anticipadamente» [§ 320, apartado 1)]. Desde la perspectiva del reclamante, también el *Código Civil de las Obligaciones suizo* excluye el planteamiento de la excepción en los casos en que aquel «tenga el beneficio de un término, según las cláusulas o la naturaleza del contrato» (art. 82). Y más imprecisamente, el *Código Civil italiano*, tras reconocer la excepción, hace la salvedad de que «se hayan establecido por las partes o resulten de la naturaleza del contrato términos diversos para el cumplimiento» (art. 1.460). La misma salvedad contiene el *Código Civil portugués* para el caso de que «hubiera plazos diferentes para el cumplimiento de las prestaciones» (art. 428).

(24) En palabras de la *Sentencia de 31 diciembre 1971* (Ar. 5450), hallándose las obligaciones recíprocas en condicionalidad mutua, «la actuación del elemento causal en

A) CONCEPTO Y FUNDAMENTO LEGAL

La excepción de incumplimiento supone —en palabras de ESPÍN (25)— una simple negativa provisional al cumplimiento de su obligación por parte del que la alega. El que se ve demandado de cumplimiento sin que el actor haya cumplido su contraprestación, se opone a la demanda tan sólo mientras éste no cumpla simultáneamente con su obligación. En suma, la excepción representa, según el citado autor, «un medio de suspender el cumplimiento de la parte demandada mientras la actora no cumpla o esté dispuesta a cumplir la contraprestación» (26).

A diferencia de otros cuerpos legales, el Código Civil español, siguiendo el modelo del francés (27), no contiene una formulación general de la excepción. Sin embargo, ésta encuentra fundamento y apoyo en las disposiciones de los artículos 1.100, último párrafo —ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple—, y 1.124 —quien con la resolución puede recuperar lo entregado, con mayor razón puede negarse a prestarlo— (28), y aparece asimismo implícita en otras normas que, como las contenidas en los artículos 1.466, 1.500 y 1.502, constituyen aplicación del mismo principio inspirador de la excepción.

B) NATURALEZA JURÍDICA

La excepción de contrato no cumplido, reconocida y sancionada por reiterada jurisprudencia, no siempre ha sido, en cambio, objeto de una for-

la fase de cumplimiento de los negocios jurídico-bilaterales produce, entre otras consecuencias, la excepción del incumplimiento que puede oponer el demandado cuando el actor no cumpla la obligación que le incumbe».

(25) ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO, «La excepción de incumplimiento contractual», en *Anuario de Derecho Civil*, 1964, pág. 544.

(26) *Op. cit.* nota anterior, pág. 548.

(27) El *Código Civil italiano* reconoce de manera explícita la excepción, estableciendo en el artículo 1.460 que «en los contratos con prestaciones recíprocas cada uno de los contratantes puede rechazar el cumplimiento de su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya...» También lo hace el *Código Civil alemán* al disponer en su parágrafo 320, apartado /), que «el obligado por virtud de un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectución de la contraprestación...» Y en términos parecidos se pronuncia, entre los Códigos hispanoamericanos, el *Código Civil venezolano*, cuyo artículo 1.168 prevé que «en los contratos bilaterales cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya». Por su parte, el *Código Civil portugués* establece en el artículo 428 que en los contratos bilaterales «cada uno de los contratantes tiene la facultad de rehusar su prestación en tanto el otro no efectúe la que le incumbe o no ofrezca su cumplimiento simultáneo».

(28) De esta fundamentación legal se hacen eco, entre otras, las *Sentencias del Tribunal Supremo de 31 diciembre 1971* (Ar. 5450), *28 febrero 1974* (Ar. 740), *26 octubre 1978* (Ar. 3286), *10 mayo 1979* (Ar. 1764) y *30 enero 1987* (Ar. 366).

mulación precisa acorde con su naturaleza. La *Sentencia de 3 julio 1995* (Ar. 5425), tras aceptar la tesis de que en las obligaciones bilaterales «existe un sinalagma doble cuya primera condición es que cada una de las atribuciones patrimoniales debe su existencia a la otra», califica de correcta la conclusión de que «el reclamante tiene que demostrar que ha cumplido lo que le incumbía para poder pedir el cumplimiento de su contraria». De tal declaración cabría colegir que la demanda promovida en ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato (*actio ex contractu*) ha de enderezarse, en primer término, a justificar el propio cumplimiento y, sólo después, a obtener el de la prestación debida al actor. Esta deducción no sería, sin embargo, correcta:

— De un lado, porque el cumplimiento del reclamante tan sólo constituye cuestión cuando es negado de adverso. En la obligación bilateral, cualquiera de las partes puede exigir la realización de la prestación que le es debida sin necesidad de alegar siquiera su propio cumplimiento, quedando al arbitrio de la contraria defenderse de la reclamación mediante la denuncia del incumplimiento de actor. No en vano nos encontramos ante una verdadera excepción, en sentido tanto sustantivo como procesal (29), dirigida a diferir y supeditar el cumplimiento de la prestación exigida de demandado a la simultánea ejecución de la correlativamente debida por el actor.

— De otro, porque las prestaciones sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo devienen exigibles no sólo con la ejecución liberatoria de la prestación a cargo del reclamante, sino también con su formal ofrecimiento al interpelado mediante la puesta a su disposición de lo que constituye su objeto. En palabras de la *Sentencia de 7 junio 1995* (Ar. 4632), «demostrado que una de las partes quería cumplir, estaba dispuesta a cumplir seriamente, la otra debía de hacer lo mismo para no caer en incumplimiento» (30). La mayoría

(29) En palabras de DÍEZ-PICAZO, «en sentido sustantivo, porque es un derecho o facultad para rechazar la ejecución de la prestación puesta a cargo de quien la opone, y en sentido procesal, porque constituye un justo fundamento de oposición a la demanda de cumplimiento en los términos en que ésta se encuentra planteada, de modo que es siempre un modo de defensa en favor del demandado», *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 693.

(30) A juicio del Tribunal, «el comprador demuestra su voluntad seria de cumplir a través de los inmediatos requerimientos notariales a la vendedora, llegando a depositar incluso en la Notaría el importe de lo que debía pagar si se otorgaban las escrituras».

La *Sentencia de 3 marzo 1973* (Ar. 897) establece asimismo que «si bien es cierto que el actor no ha cumplido debidamente su obligación..., también lo es que estuvo dispuesto a cumplirla, lo que no pudo llevar a cabo por la oposición injustificada del demandado..., quien, por tanto, no puede oponer con éxito la excepción de contrato no cumplido».

En un supuesto en que el incumplimiento del comprador se hacía derivar de que el ofrecimiento de abonar el precio no fue seguido de consignación, la *Sentencia de 22 marzo 1985* (Ar. 1196) rechaza tal alegación, argumentando que «el comprador que ofrece cumplir según la previsión contractual, mediante la entrega del precio a la firma del

de los Códigos que regulan la excepción contemplan esta alternativa, asimilando al cumplimiento de la prestación del demandante el ofrecimiento de su simultánea ejecución (31).

En síntesis, cabe afirmar, siguiendo a ESPÍN, que la excepción es un medio de oposición o defensa existente en los contratos bilaterales por el cual cada parte puede diferir legítimamente el cumplimiento de sus propias obligaciones hasta tanto que la otra parte no cumpla u ofrezca cumplir simultáneamente las suyas (32).

Es, no obstante, exacta la afirmación de la precitada *Sentencia de 3 julio 1995* de que la prueba del cumplimiento corresponde al actor. Al demandado le basta con alegar la excepción del cumplimiento para que sobre el actor recaiga la prueba de su cuestionado cumplimiento (33).

Se ha dicho que la aceptación de su prestación por el demandado libera al reclamante de dicha carga. En apreciación de la *Sentencia de 18 marzo 1994* (Ar. 2552) tal aceptación, en cuanto acto propio, excluye el planteamiento de la excepción. A igual conclusión llega la *Sentencia de 18 abril 1979* (Ar. 1406). Parece, sin embargo, más equitativa la solución propugnada por ESPÍN (34), que inspirada en el Código Civil alemán (§ 363) desplaza en tales casos sobre el demandado la carga de probar el incumplimiento, consistente en la recepción por su parte de una prestación distinta de la debida o incompleta. De ella se hace eco la *Sentencia de 17 abril 1976* (Ar. 1811) cuando señala que «si el demandado ha aceptado inicialmente la prestación del actor como cumplimiento y después no quiere pasar por ésta alegando que no es conforme al contenido del deber de dicha prestación, tiene que acreditar la existencia de esas imperfecciones que invoca; sin que esto implique la inversión de la carga de la prueba, pues realmente el demandado con esa invocación alega un hecho obstativo que tiene que probar».

contrato, no está obligado a consignar judicialmente frente a la actitud de la otra parte que se resiste a cumplir», añadiendo, con cita de la *Sentencia de 9 febrero 1985* (Ar. 541), que «no le es exigible al comprador aumentar sus deberes de contratante cumplidor con un *plus* de garantía para el vendedor que se resiste al cumplimiento de modo injustificado, tal como imponerle la consignación judicial del precio».

(31) Así, el *Código Civil portugués* (art. 428), el *Código Civil italiano* (art. 1.460) o el *Código de las Obligaciones suizo* (art. 82).

(32) *La excepción de incumplimiento contractual*, cit., pág. 550.

(33) La *Sentencia de 18 abril 1979* (Ar. 1406), tras señalar que al demandado le basta con esgrimir aquella excepción para que corra a cargo del demandante la prueba del cumplimiento de su obligación, justifica este extremo argumentando que «el pago o cumplimiento es uno de los modos de extinción de las obligaciones y, de conformidad con el artículo 1.214, incumbe la prueba de la extinción de éstas a quien la alega». Cfr. sobre el particular SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, «Comentario al artículo 1.214», t. XVI, vol. 2.º, Madrid, 1981, págs. 63-64.

(34) *La excepción de incumplimiento contractual*, cit., pág. 580.

C) EFECTOS

En cuanto excepción, la alegación de incumplimiento del actor no extingue el derecho reclamado, pero sí detiene y neutraliza su efectividad subordinándola a la realización u ofrecimiento de la obligación correlativa.

A juicio de Luis Díez-PICAZO, desde el punto de vista procesal, la excepción de incumplimiento determina la desestimación de la demanda; sólo llevando a cabo el demandante una oferta de cumplimiento simultánea —mediante la iniciación en su caso de una nueva reclamación mejor fundada— la sentencia conducirá a una condena condicional del demandado (35).

La absolución, a la espera de una nueva pretensión acompañada de dicho ofrecimiento, no parece sin embargo una consecuencia insoslayable de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas. Esta queda asimismo satisfecha asegurando su observancia en la fase ejecutoria de la resolución mediante la condena del demandado a un cumplimiento simultáneo o condicionado al que realice el actor, sin que la sentencia que así la acuerde pueda ser, como señalan LACRUZ y DELGADO (36), tachada de incongruente. Y, en efecto, la *Sentencia de 10 enero 1991* (Ar. 295) rechaza la pretendida incongruencia del fallo de instancia que teniendo en cuenta la falta de cumplimiento achacable al actor subordinaba la entrega de la obra debida por el demandado al pago del importe del presupuesto que aún adeudaba, señalando que «la entrega de la obra realizada no puede quedar desligada del pago del precio convenido sin que se altere la necesaria reciprocidad de la obligación, que opera directamente por ministerio de la Ley» (37).

Por lo demás, esta solución tiene plena apoyatura legal en el Derecho alemán, cuyo Código Civil dispone que «si una parte interpone acción para reclamar la prestación a ella debida a consecuencia de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho correspondiente a la otra parte de negar la prestación hasta la efectuación de la contraprestación sólo produce el efecto de que dicha otra parte ha de ser condenada al cumplimiento simultáneo» [§ 322, ap. 1)].

Un pronunciamiento judicial de este signo prolonga hasta el cumplimiento simultáneo la situación en que las partes se encuentran, con cuantas con-

(35) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., t. II, pág. 695.

(36) *Elementos de Derecho Civil*, cit., t. II, vol. 1.º, pág. 572.

También OGAYAR Y AYLLÓN mantiene que la alegación de la excepción «no debe conducir simplemente a la desestimación de la demanda, sino más bien a condenar al demandado a realizar su prestación *simultáneamente* contra recibo de la contraprestación», en *Efectos que produce...*, cit., pág. 38.

Para ESPÍN esta conclusión «se atiene más exactamente a la regla del contrato unilateral, la simultaneidad de las prestaciones», en *La excepción...*, cit., pág. 572.

(37) El mismo efecto es sancionado por la *Sentencia de 27 diciembre 1990* (Ar. 10376) en que el fallo de instancia condenaba al demandado a satisfacer a la actora la cantidad reclamada y a la demandante a que inmediatamente antes de percibir dicha cantidad pusiera la maquinaria en correcto funcionamiento.

secuencias sustantivas son inherentes a ella. Sólo el cumplimiento o el ofrecimiento de la prestación por el actor hace inmediatamente ejecutable la correlativa del demandado. A éste, en cambio, la sola proposición de la excepción, aun con el efecto positivo a que antes se ha hecho referencia, no le legitima para instar en el propio proceso la ejecución de la prestación a cargo del demandante.

Huelga señalar, por último, aunque ello ha merecido una expresa declaración del Código Civil portugués (art. 431), que el planteamiento de la excepción no se halla reservado a los originarios contratantes, sino que alcanza a cuantos se hubieren subrogado en sus derechos y obligaciones contractuales.

D) REQUISITOS PARA SU APRECIACIÓN

La viabilidad de la excepción de incumplimiento contractual exige la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* que las prestaciones por ambas partes guarden entre sí una mutua dependencia o reciprocidad; *b)* que una de ellas reclame de la otra el cumplimiento de la que le corresponde; *c)* que la parte reclamante no haya cumplido ni ofrecido cumplir la que le incumbe; *d)* que el interpelado no venga obligado a cumplir anticipadamente, y *e)* que la oposición de la excepción no contradiga las exigencias de la buena fe.

1) *Que las prestaciones mutuamente debidas sean interdependientes*

Como dice la *Sentencia de 7 febrero 1995* (Ar. 744), con cita de las de *28 septiembre 1965* (Ar. 4056) y *1 febrero 1966* (Ar. 304), la aplicabilidad del artículo 1.124 del Código Civil, y en particular la de la *exceptio non adimpleti contractus*, exige «la acusada reciprocidad de las obligaciones en juego». La *Sentencia de 19 noviembre 1994* (Ar. 8537) habla de «la mutua interdependencia entre las obligaciones», y la de *18 noviembre 1994* (Ar. 9322) de su «carácter recíproco».

Dicha reciprocidad e interdependencia ha de resultar de la mediación entre las partes de un contrato bilateral o sinalagmático, «requisito básico —dice la *Sentencia de 8 julio 1993* (Ar. 6472)— para que pueda prosperar la *exceptio non adimpleti contractus*». De hecho, su sola existencia es citada como requisito para el ejercicio de la excepción por ESPÍN y OGAYAR, que también coinciden en rechazar la aplicabilidad de la *exceptio* a las situaciones que, sin tener su origen en contratos sinalagmáticos, implican relaciones sinalagmáticas y a las denominadas obligaciones bilaterales imperfectas (38).

(38) ESPÍN CÁNOVAS, *La excepción...*, cit., págs. 557-558, y OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce...*, cit., pág. 35.

Pero la mediación de un contrato sinalagmático no es presupuesto suficiente para el planteamiento de la excepción (39). Como recuerda la *Sentencia de 19 noviembre 1963* (Ar. 4838), la conjunción de varias obligaciones en un solo contrato no implica por sí que haya de atribuírseles forzosamente el calificativo de recíprocas, el que técnicamente sólo corresponde a aquellas ligadas por la íntima trabazón que supone el que cada una se constituya en causa eficiente de la otra». De ahí que la reciprocidad haya de ser apreciada valorando no tanto las obligaciones derivadas del contrato en su conjunto cuanto las obligaciones en juego o controversia; es decir, la exigida por el reclamante y la pretendidamente correlativa cuya falta de cumplimiento se le opone.

2) *Que una de las partes reclame a la otra el cumplimiento de su prestación*

La oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* presupone la existencia de una reclamación de cumplimiento formulada judicial o extrajudicialmente, aunque en este último supuesto —como dicen LACRUZ y DELGADO— (40) sean los Tribunales los llamados a comprobar, en su caso, si la negativa estaba fundada.

La excepción de contrato no cumplido aparece ligada, en los Códigos que la regulan, a la «acción de cumplimiento» dirigida a la realización o ejecución de la obligación contraída por el interpelado. Algunos autores han defendido, sin embargo, la oponibilidad de la *exceptio* a la «acción de resolución» por incumplimiento contractual. Para MELICH ORSINI la literalidad del artículo 1.168 del Código Civil venezolano no obsta a la admisibilidad de la excepción «en caso de resolución, en paridad absoluta con el supuesto de su oposición a una acción por cumplimiento» (41). Entre los autores españoles, ALVAREZ VIGARAY mantiene asimismo la oponibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* a la resolución por incumplimiento, razonando que pese a tratarse de un «supuesto especial» coinciden en ambos casos la razón de la

(39) Ya advierte la *Sentencia de 18 noviembre 1994* (Ar. 8843), con cita de la de 8 julio 1954 (Ar. 2027), que «para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta no sólo que en el mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra».

(40) *Elementos de Derecho Civil...*, cit., t. II, vol. 1.º, pág. 266.

(41) *Resolución del contrato por incumplimiento*, cit., págs. 225-226. Cita en su apoyo la opinión de PERSICO, que con referencia al artículo 1.460 del Código Civil italiano de 1942 defiende también la oponibilidad de la *exceptio* a la demanda de resolución.

Según el artículo 1.168 del Código Civil venezolano, «en los contratos bilaterales cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya...»

excepción (la falta de previo cumplimiento del actor) y su resultado (paralizar la acción mientras aquella falta de cumplimiento subsista) (42).

La excepción oponible a la acción del cumplimiento y la alegable a la acción de resolución presentan, sin embargo, sustanciales diferencias que afectan tanto a sus efectos como a sus presupuestos:

— En lo relativo a los efectos, es cierto que ninguna de las dos acciones queda agotada por el éxito de la excepción, pudiendo ser nuevamente ejercitada por su titular; pero también lo es que mientras la excepción oponible a la primera acción no impide la condena del demandado a realizar su prestación condicionalmente a la ejecución por el actor de la contraprestación a él debida, la esgrimible frente a la acción resolutoria conduce a su absolución, aunque ésta, como se ha dicho, no constituya un obstáculo a su ulterior replanteamiento.

— En lo concerniente a sus presupuestos, si el ejercicio de la primera acción exige del promotor el cumplimiento de su obligación mediante la ejecución o puesta a disposición de la prestación que le corresponde, para instar la resolución le basta con no haber cumplido. No parece exigible del contratante que ve frustradas sus legítimas expectativas por el incumplimiento del otro la ejecución de la prestación, que por la resolución habría de serle restituida. Si el incumplimiento pretendidamente resolutorio le libera de sus compromisos, la falta de cumplimiento que no haya provocado o motivado aquél no puede, en rigor, constituir obstáculo a la demanda de resolución. En definitiva, como apunta CLEMENTE MEORO, «la regla parece que debe formularse en términos de incumplimiento, no en términos de cumplimiento: no puede resolver quien ha incumplido —salvo que su incumplimiento traiga causa del anterior incumplimiento de la otra parte—» (43).

La jurisprudencia parece inclinada a aceptar la oponibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* a la acción resolutoria, aplicando también esta última la exigencia de que quien la insta «haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumbían» (44). Sin embargo, una atenta lectura de las

(42) ALVAREZ VIGARAY, RAFAEL, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986, pág. 171; quien añade que «la única diferencia que se aprecia entre las hipótesis de que la excepción se oponga a la demanda de cumplimiento o a la resolución es que en la primera el Juez se limita a condenar ambas partes a que cumplan sus obligaciones, mientras que en la segunda declara además improcedente la resolución».

(43) CLEMENTE MEORO, MARIO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1992, pág. 69, quien en argumentación *a fortiori* señala que «si quien ha incumplido a consecuencia del incumplimiento anterior del otro puede solicitar la resolución, con mayor motivo podrá hacerlo quien no ha incumplido, aunque tampoco haya cumplido».

(44) En tales términos se pronuncian, entre otras, las *Sentencias de 7 febrero 1984 (Ai. 579), 21 octubre 1989 (Ai. 6950), 21 febrero 1991 (Ai. 1518), 29 abril 1994 (Ai.*

sentencias que mantienen tal formulación revela que la parte actora se hallaba incurso en una situación de patente incumplimiento, comúnmente previo y determinante del incumplimiento resolutorio denunciado. Quizá por ello resulte más exacta la fórmula que niega legitimación para el ejercicio de la acción resolutoria al contratante que incumple sus obligaciones (45), y más precisamente al que incumple primero y provoca con su actitud el incumplimiento del otro (46), reconociéndola en cambio a este último (47).

3) *Que la parte reclamante no haya cumplido, ofrecido o puesto a disposición de la otra la prestación que le corresponde*

Constituye presupuesto básico y fundamental que la excepción oponible a la acción de cumplimiento contractual que el reclamante no haya cumplido su prestación. Como dice la *Sentencia de 1 marzo 1993* (Ar. 2030), «en las obligaciones recíprocas, sin cumplir no se puede exigir las de la contraparte».

A la inexecución de la prestación se asimila o equipara, conforme a una reiterada jurisprudencia, de la que son exponente, entre otras muchas, las *Sentencias de 7 mayo 1993* (Ar. 3466), *10 noviembre 1994* (Ar. 8482) y *17 mayo 1995* (Ar. 3925), la realización por el actor de una prestación diversa de la comprometida, que comprende todos los casos de entrega de una cosa distinta de la pactada, como los de inhabilidad de la entregada al fin propio de su destino, con la consiguiente insatisfacción del acreedor.

La falta de cumplimiento será pues, sin duda alguna, apreciable en todos los supuestos en que el actor se halle incurso en incumplimiento resolutorio (48). Precisamente en su contemplación ha podido declararse que «el incumplimiento que produce la resolución o en el que puede basarse la ex-

2982) y *29 marzo 1995* (Ar. 2333), la cuarta de las cuales rechaza expresamente la tesis de que la *exceptio non adimpleti contractus* no sea de aplicación a la acción resolutoria. A la aplicación de la *exceptio* a la resolución se refiere también la *Sentencia de 10 enero 1994* (Ar. 436).

(45) Así, las *Sentencias de 19 mayo 1992* (Ar. 4910), *3 junio 1993* (Ar. 4382) y *5 octubre 1993* (Ar. 7461).

(46) Cfr. *Sentencias de 25 octubre 1988* (Ar. 7637), *20 junio 1990* (Ar. 4799), *20 noviembre 1991* (Ar. 7973), *3 junio 1993* (Ar. 4383) y *4 julio 1994* (Ar. 6426).

(47) Véanse las *Sentencias de 5 junio 1989* (Ar. 4298), *15 junio 1989* (Ar. 4688), *3 junio 1993* (Ar. 4382) y *20 diciembre 1993* (Ar. 10086), por todas.

(48) El incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes —recuerda la *Sentencia de 9 octubre 1992* (Ar. 7541)— le inhabilita para pedir de la otra el cumplimiento forzoso de las suyas. También la *Sentencia de 21 octubre 1994* (Ar. 8146) declara, con cita de la de *29 febrero 1988* (Ar. 1310), a propósito de una acción de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios, que «es jurisprudencia reiterada que quien ejercita la acción no haya incumplido las obligaciones que le conciernen».

cepción *non adimpleti contractus* exige un verdadero y propio incumplimiento de alguna obligación principal derivada del contrato» (49).

Sin embargo, a diferencia del incumplimiento resolutorio, el justificativo de la excepción no tiene por qué ser consecuencia de una conducta obstativa que de modo absoluto y definitivo frustre el fin del contrato, siendo bastante, como indica ESPÍN (50), un incumplimiento meramente temporal de aquel a quien se opone. Y es que la razón de la excepción no estriba tanto en la existencia de un verdadero incumplimiento por parte del reclamante, cuanto en la falta del cumplimiento previo o coetáneo de la prestación a su cargo, que la simultaneidad en la ejecución de las obligaciones recíprocas impone. No es necesario, por tanto, que el actor haya incurrido en un incumplimiento de alcance resolutorio; al éxito de la excepción basta que a la fecha de su reclamación no haya cumplido, ofrecido formalmente o puesto a disposición de la otra parte la prestación que le corresponde.

Por esta misma razón, resulta irrelevante a los efectos de la excepción que la falta de cumplimiento del actor se halle o no justificada. La justificación podrá acaso excluir el incumplimiento resolutorio, pero no la oponibilidad de la excepción.

La falta de cumplimiento determinante de la excepción ha de referirse, conforme a lo establecido en las *Sentencias de 23 enero 1990* (Ar. 18) y *3 junio 1994* (Ar. 4576), a la esencia de lo pactado, a las obligaciones principales contraídas por el actor; no a «prestaciones accesorias o complementarias» cuya inejecución no hubiera debido impedir al oponente la consecución del fin económico del contrato (51). En tal consideración declara la *Sentencia de 19 junio 1995* (Ar. 5321) que el incumplimiento accesorio no tiene cabida en la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que, «atendida la escasa entidad de la prestación complementaria incumplida», el incumplimiento «no frustra las legítimas expectativas del comprador y, por ende, no evidencia la frustración del contrato de compraventa».

La cuestión estriba en determinar, también aquí, cuándo la prestación inejecutada es principal o accesorio. Para precisarlo puede seguirse un doble criterio: el objetivo, constituido por la función que la prestación, abstractamente considerada, cumple en la estructura típica del contrato, y el subjetivo, determinado por la voluntad de las partes y la finalidad perseguida con el contrato. Sin perjuicio de conjugar en la calificación los dos criterios, parece

(49) Así, las *Sentencias de 25 noviembre 1992* (Ar. 9588) y *21 marzo 1994* (Ar. 2560).

(50) ESPÍN CÁNOVAS, *La excepción de incumplimiento...*, cit, pág. 561.

(51) Esta misma doctrina es mantenida, obviamente con mayor razón, para el incumplimiento resolutorio. Cfr. *Sentencias de 25 noviembre 1992* (Ar. 9588), *15 noviembre 1994* (Ar. 8836), que cita en el mismo sentido las *Sentencias de 11 octubre 1982* (Ar. 5551), *7 marzo 1983* (Ar. 1426) y *4 octubre 1983* (Ar. 5227).

conveniente atender prioritariamente al segundo, ya que, como advierte MONTES PENADÉS, «hay prestaciones accesorias que son necesarias, a modo de codiciones *sine quibus non* de la satisfacción del acreedor», y «prestaciones accesorias sin las cuales carece de sentido el objetivo que se han propuesto las partes en el contrato» (52). De ahí que una determinada prestación, meramente accesoria en un contrato, pueda merecer en otro la consideración de fundamental. Tratándose, como se trata en todo caso, de obligaciones recíprocas, especial atención habrá de dispensarse a la relación de causalidad o condicionalidad y al deseado equilibrio o equivalencia entre la prestación reclamada y aquella otra cuya falta de cumplimiento motiva la excepción.

La aplicación de la *exceptio* no ofrecerá duda alguna en los supuestos de inexecución total de la prestación principal a cargo del reclamante o de realización por su parte de una prestación diversa de la comprometida; pero como luego se verá, exige en los de ejecución parcial, incompleta o defectuosa una cautelosa ponderación de los intereses en juego a tenor de las exigencias de la buena fe contractual.

4) *Que el interpelado no venga obligado a cumplir anticipadamente*

Si las obligaciones bilaterales se han configurado como puras, esto es, sin sujeción a condición suspensiva o término inicial, devienen exigibles desde el instante mismo de su constitución (cfr. arts. 1.113, 1.125 y 1.128 del Código Civil), sin más condicionamiento que el que deriva de la normal simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones recíprocas. Pero, como antes se ha indicado, esta regla queda derogada en los casos en que las particulares circunstancias del contrato, el pacto, los usos o la Ley imponen a una de las partes un cumplimiento anticipado. Cuando ello suceda, el obligado a cumplir con carácter previo no puede en principio oponer la *exceptio non adimpleti contractus* al favorecido por el aplazamiento (53).

El contratante favorecido por el término mantiene la posibilidad de esgrimir la excepción a la pretensión de cumplimiento del primero. Este no queda,

(52) MONTES PENADÉS, VICENTE LUIS, «Comentarios al artículo 1.124 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, pág. 1239.

(53) A juicio de ALVAREZ VIGARAY, «en tal caso bastará con que el actor se encuentre dispuesto a cumplir en su día (esto es, cuando venza el término) con sus obligaciones para que el deudor no pueda oponerle la excepción de no haber cumplido previamente», *La resolución de los contratos...*, cit., pág. 172.

No parece, sin embargo, exigible tal manifestación del reclamante para neutralizar la excepción. En tanto no haya perdido el beneficio del término, le bastará con no hallarse incurso en situación de patente incumplimiento o ante una imposibilidad evidente de cumplir la obligación de su incumbencia.

sin embargo, desprotegido frente a un eventual cambio de circunstancias que le hicieran temer el incumplimiento de la prestación aplazada. El artículo 1.129 del Código Civil regula la pérdida por el deudor del derecho a utilizar el plazo en los casos de insolvencia posterior y de falta de otorgamiento o disminución de las garantías debidas o prestadas. Con la pérdida de beneficio despliega nuevamente sus efectos entre los obligados la regla de la simultaneidad y, con ella, la oponibilidad de la *exceptio* por ambos.

Algunos ordenamientos destinan normas específicas a la tutela del obligado a un cumplimiento previo frente a una eventual pérdida de la contraprestación aplazada. Dispone en este sentido el Código Civil alemán que «quien por un contrato bilateral está obligado a cumplir la prestación anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe hasta que sea realizada la contraprestación o se preste seguridad para ella si después de la conclusión del contrato se produce un empeoramiento notable en las relaciones patrimoniales de la otra parte por el cual corra peligro la pretensión a la contraprestación». Parecidas previsiones contienen los Códigos Civiles italiano y portugués (54).

5) *Que la oposición de la excepción no contradiga las exigencias de la buena fe*

Se ha dicho que la excepción no es aplicable en los supuestos de inejecución de prestaciones meramente accesorias, sin perjuicio de las acciones de cumplimiento e indemnización a que pudieren dar lugar y que, por contra, siempre lo es en los de total inejecución —o ejecución de prestación diversa (*aliud pro alio*)— de la principal convenida. La cuestión surge en los supuestos de cumplimiento inexacto, parcial, incompleto o defectuoso de la prestación principal comprometida (55).

En principio y por el juego combinado de los artículos 1.157, 1.166 y 1.169 del Código Civil, el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la pac-

(54) El Código Civil italiano dispone en el artículo 1.461 que «cada contratante puede suspender la ejecución de la prestación por él debida si las condiciones patrimoniales de la otra han llegado a ser tales que pongan en evidente peligro el conseguir la contraprestación, salvo que sea prestada idónea garantía». Por su parte, el Código Civil portugués establece en el artículo 429 que el contrayente obligado a cumplir en primer lugar «tiene la facultad de rehusar la respectiva prestación en tanto el otro no cumpla o no dé garantías de cumplimiento si posteriormente al contrato se verificara alguna de las circunstancias que comportan la pérdida del beneficio del plazo».

(55) En palabras de DIEZ-PICAZO, «existe cumplimiento inexacto o defectuoso de la obligación siempre que el comportamiento solutorio llevado a cabo por el deudor no se ajuste a los presupuestos que aquel pago reclama para producir plenos efectos liberatorios y satisfactivos», *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 666.

tada ni un cumplimiento parcial. Tampoco lo está, dice la *Sentencia de 2 noviembre 1994* (Ar. 8364), «a conformarse con una prestación que no se ajuste a lo convenido, ni existe precepto legal alguno que a ello le obligue bajo reserva de exigir su corrección. La entrega ha de sujetarse en todas sus modalidades al programa de prestación previsto al constituirse la obligación para tener cumplida ésta». «Cumplir una obligación, señala la *Sentencia de 3 marzo 1979* (Ar. 1184), es satisfacer el interés del acreedor de una manera exacta, íntegra y puntual». Un cumplimiento relativo o parcial de la prestación puede justificar, como la falta de cumplimiento, la negativa del destinatario a efectuar de plano e incondicionalmente la contraprestación a su cargo (56). Y la justificará en todos aquellos casos en que su inexacta o defectuosa ejecución no llegue por su entidad a satisfacer las legítimas expectativas de las partes o el fin propio de contrato (*exceptio non rite adimpleti contractus*) (57).

Ello no obstante, como puso ya de relieve la *Sentencia de 15 marzo 1979* (Ar. 871), «cuando el actor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso», la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* «puede resultar contraria al principio de buena fe en la contratación proclamado en el artículo 1.258 del Código Civil atendidas las circunstancias del caso», añadiendo que al responder aquella «a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado». También las *Sentencias de 17 abril 1976* (Ar. 1811), *13 mayo 1985* (Ar. 2388), *10 mayo 1989* (Ar. 3679) y *27 marzo 1991* (Ar. 2451) apelan a las exigencias del principio de la buena fe como límite al planteamiento de las excepciones *non adimpleti* y *non rite adimpleti contractus*, rechazando su alegación cuando la parte de la prestación omitida o los defectos que la realizada presenta revisten escasa significación o importancia y no impiden la satisfacción del interés del acreedor (58).

(56) No cabe afirmar lo mismo del cumplimiento tardío de la prestación, que aun dando lugar a un cumplimiento inexacto, una vez ejecutada no es oponible a la pretensión de cumplimiento deducida por su ejecutor, como recuerda la *Sentencia de 20 julio 1994* (Ar. 6513).

(57) Declaran procedente su oposición ante un incumplimiento defectuoso o incompleto, entre otras, las *Sentencias de 7 abril 1993* (Ar. 2798) y *8 julio 1993* (Ar. 6115); la primera de las cuales se refiere a una máquina que no llegó a funcionar al no haberse corregido las anomalías que presentaba, y la segunda, a la falta de ejecución de ciertos elementos de obra en el chalé vendido a los demandados.

(58) Las *Sentencias de 25 noviembre 1985* (Ar. 5899), *25 noviembre 1992* (Ar. 9588), *3 diciembre 1992* (Ar. 9997) y *21 marzo 1994* (Ar. 2560) reiteran que la excepción de incumplimiento no puede fundarse en un incumplimiento meramente defectuoso o simplemente irregular.

Por su parte, la *Sentencia de 19 junio 1995* (Ar. 5321), referida a la compraventa de un puesto de mercado destinado a carnicería, declara que el vendedor entregó el local en

Por ello mismo, cabe concluir con la *Sentencia de 12 julio 1991* (Ar. 1547) que para el éxito de la excepción «es requisito indispensable que el demandado pruebe que el montante cuantitativo que en su caso signifique el daño originado por el incumplimiento del demandante tenga entidad suficiente como para determinar que el otro contratante quede exonerado de su obligación». La conclusión contraria —sigue diciendo la sentencia— «llevaría a la consecuencia inadmisibles de introducir un desequilibrio en las prestaciones», en pugna —cabría añadir— con las exigencias de la buena fe contractual.

El Código Civil italiano establece expresamente el límite de la buena fe a la excepción al disponer en el artículo 1.460, párrafo segundo, que «no puede rechazarse la ejecución si habida cuenta de las circunstancias el rechazo es contrario a la buena fe». También el Código Civil alemán contempla esta misma limitación en el parágrafo 320, apartado 2, según el cual «si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes no podrá rehusarse la contraprestación cuando la negativa sea contraria a la buena fe, lo cual se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias y, en particular, la insignificancia de la parte restante».

E) LA EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO INADECUADO Y LA DEFENSA DEL ACREEDOR FRENTE A LOS INCUMPLIMIENTOS MENORES

La excepción de cumplimiento inadecuado o de contrato no cumplido regularmente (*exceptio non rite adimpleti contractas*) constituye, como se ha visto, una variante de la excepción general de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), con idéntica apoyatura legal (59), por lo que, en palabras de DÍEZ-PICAZO, «cuando el demandante sólo ha cumplido la prestación a su cargo parcialmente o de manera defectuosa, el demandado puede rehusar su propia prestación hasta que la primera haya sido cumplida totalmente o ejecutada de forma rigurosa, rectificando de modo pertinente los defectos que la prestación presentaba» (60).

En principio, de la variante *non rite* no se derivan consecuencias sustantivas y procesales distintas de las que determina la excepción general. En una y otra la ejecución de la prestación reclamada al demandado queda en suspen-

funcionamiento, con la consiguiente clientela, maquinaria y utensilios, añadiendo que aunque no lo hizo en su totalidad y algunos fueran inidóneos para su fin, tal comportamiento «sólo puede ser reputado de incumplimiento accesorio sin que tenga cabida en la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que atendida la escasa entidad de la prestación complementaria incumplida, ello no frustra las legítimas expectativas del comprador y, por ende, no evidencia la frustración del contrato de compraventa».

(59) Cfr. *Sentencia de 30 enero 1987* (Ar. 366).

(60) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 694.

so, diferida o condicionada a la total y exacta realización simultánea por parte del actor de la prestación que correlativamente le incumbe. La diferencia entre ambas excepciones radica en sus presupuestos, pues mientras la *exceptio non adimpleti contractus* supone que el actor no ha cumplido ni ofrecido su prestación, la *non rite adimpleti contractus* supone que la ha realizado, pero inexactamente, de manera parcial o defectuosa (61).

Quizá deba añadirse a ella otra diferencia, en el orden probatorio, entre los casos de inejecución o ejecución incompleta y los de realización defectuosa de la prestación, puesto que si el demandante corre en los primeros con la carga de probar el cumplimiento íntegro que se le cuestiona, es al demandado, en los segundos, a quien incumbe la prueba de las deficiencias o irregularidades que la prestación del actor presenta, en cuanto en ellos el *excipiens* no se limita a negar el cumplimiento de la obligación contraída por el demandante, sino que introduce en el debate procesal nuevos hechos obstativos del regular y exacto cumplimiento debido por éste (62).

Como ha puesto de relieve BELTRÁN DE HEREDIA ONÍS (63), el cumplimiento inexacto o defectuoso no ha merecido demasiada atención en la doctrina, que o lo silencia o se limita a hacer una enumeración de posibles casos subsumibles en él. Recurriendo a lo que todos ellos tienen de común, puede afirmarse en términos generales que el cumplimiento inexacto cuando no cumple las exigencias o se desvía del programa prestacional previsto al tiem-

(61) La identidad de efectos y diversidad de presupuestos aparece clara en la *Sentencia de 19 noviembre 1994* (Ar. 8537) cuando señala, en relación al arrendamiento de obra, que «el dueño o comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no le pone la obra a su disposición (*exceptio non adimpleti contractus*) como si solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (*exceptio non rite adimpleti contractus*)».

(62) Tiene así declarado la jurisprudencia que corresponde al vendedor demandante probar la entrega de la totalidad de las mercancías cuyo precio reclama (*S. 22 abril 1994/Ar. 3086*) y la aptitud o habilidad del material vendido para su destino (*SS. 9 octubre 1992/Ai. 7541 y 28 octubre 1994/Ar. 7999*). Sin embargo, en un supuesto en el que el incumplimiento aducido como excepción por el comprador demandado consistía en la retención posesoria por el vendedor demandante de ciertas piezas o habitaciones del edificio vendido, la *Sentencia de 8 marzo 1991* (Ar. 2200) establece que al no tener carácter negativo, sino positivo, la alegada retención posesoria, en cuanto hecho impeditivo de la acción ejercitada, debía ser probada por el comprador excepcionante.

En cuanto a los vicios, deficiencias e irregularidades de la prestación, la jurisprudencia ha establecido que corresponde al comprador demandado probar la existencia de vicios o defectos ocultos en cuanto hechos impeditivos o exoneradores de la obligación de pago del precio (*S. 29 octubre 1990/Ar. 8262*), y al comitente la prueba de las deficiencias en la obra y de la mala calidad de los materiales suministrados por el contratista que pretende la devolución de las cantidades retenidas en garantía (*S. 16 mayo 1989/Ar. 3766*).

(63) BELTRÁN DE HEREDIA ONÍS, PABLO, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990, pág. 57.

po de constituirse la obligación (64). Abstracción hecha de las inexactitudes referidas a los sujetos, al tiempo y al lugar de la prestación, son las relativas al objeto —a su identidad, integridad e indivisibilidad— las que suscitan mayor conflictividad y nutren los supuestos del denominado cumplimiento parcial o defectuoso. Con propósito sistematizador, MARTÍNEZ CALCERRADA propone su agrupación en distintas categorías, para cuya identificación sugiere los términos de cumplimiento «erosionante», «irregular», «defectuoso» o «irritual» (65). De todos ellos es predicable la existencia de un comportamiento positivo del deudor, en inicial correspondencia con las exigencias de la prestación asumida, pero deficiente o insuficiente para alcanzar la extinción plena de su obligación (66).

La cuestión es que, a diferencia de la falta de cumplimiento, por inejecución de la prestación o ejecución de prestación diversa, insusceptible de gradación, el cumplimiento inexacto —defectuoso o parcial— admite distintos grados, tanto desde el plano objetivo o material de la prestación como desde el subjetivo de la satisfacción del interés del acreedor. Se ha dicho ya que la *exceptio non rite adimpleti contractus* es tan sólo procedente cuando la parte de la prestación omitida o los defectos que la realizada presenta son de tal entidad que frustran las legítimas expectativas de su destinatario o la finalidad económica del contrato; pero que cuando las insuficiencias o deficiencias de la prestación son de escasa significación e importancia y no impiden la satisfacción del interés del acreedor, la buena fe contractual hace rechazable aquella excepción (67). ¿Debe en tales casos el acreedor interpelado cumplir total e íntegramente la contraprestación que se le reclama?

La reciprocidad que ha de presidir el desarrollo funcional de las obligaciones bilaterales y la equidad que debe inspirar la aplicación de las normas

(64) En palabras de DIEZ-PICAZO, «existe cumplimiento inexacto o defectuoso de la obligación siempre que el comportamiento solutorio llevado a cabo por el deudor no se ajuste a los presupuestos que aquel pago reclama para producir plenos efectos liberatorios y satisfactorios», en *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 666.

(65) «Erosionante», en cuanto el mal cumplimiento menoscaba o disminuye los efectos provechosos en favor del acreedor; «irregular», en cuanto el cumplimiento del deudor no ha discurrido por los cauces de normalidad deseada; «defectuoso», en cuanto se ha producido con faltas y defectos para el acreedor, o «irritual», en cuanto no se ajusta al rito o programa trazado exactamente al constituirse la obligación, en «Cumplimiento defectuoso de la prestación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976, pág. 1378.

(66) La *Sentencia de 3 marzo 1979* (Ar. 1184) relativa a un supuesto de cumplimiento defectuoso, señala que en este caso «más que cumplir total o parcialmente (hecho negativo) se viola positivamente el crédito... por mal cumplimiento o cumplimiento inexacto, que no se atiene al tenor fijado en el contrato».

(67) DIEZ-PICAZO cita éste como uno de los supuestos típicos en los que la buena fe opera como límite del ejercicio de los derechos subjetivos, en el *Prólogo* a la obra de FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, trad. por JOSÉ LUIS CARRO, Madrid, 1977, pág. 22.

(art. 3, ap. 2, CC) han conducido a la jurisprudencia a la adopción de soluciones correctoras encaminadas a restablecer el equilibrio de las prestaciones, que, en términos generales, pasan por la reducción parcial de la prestación reclamada en medida equivalente o proporcional a la parte que al demandante resta por cumplir de la suya y a la importancia económica de las deficiencias constatadas en ella.

Más en concreto, la *Sentencia de 17 abril 1976* (Ar. 1811) estima justificada la reducción del precio de la obra reclamado por el contratista en la cantidad suficiente para resarcir al comitente demandado de las imperfecciones que aquella presentaba (68); la *Sentencia de 15 marzo 1979* (Ar. 871) considera asimismo procedente en Derecho la solución de la instancia que detrae de la cantidad reclamada por el contratista «el valor de las pequeñas obras no realizadas y reduce equitativa y proporcionalmente el total en atención a las llevadas a cabo irregularmente o con defectos»; la *Sentencia de 13 mayo 1985* (Ar. 2388) mantiene por su parte que las deficiencias de la máquina encargada por el demandado «ni eran subsanables ni importantes a los fines perseguidos», por lo que «sólo podían dar lugar, tal como estaba planteada la litis, a una disminución en el precio» como el que las sentencias de la instancia habían aplicado; la *Sentencia de 10 mayo 1989* (Ar. 3679), reiterando la doctrina sobre el particular, acepta la solución acogida por la sentencia recurrida, que tras «valorar la importancia y entidad del incumplimiento del actor» establecía «una minoración del precio reclamado, excluyendo algunas unidades de obra cuya ejecución no resulta probada»; y la *Sentencia de 23 diciembre 1993* (Ar. 10111), tras poner de relieve que «no hay propio incumplimiento por la mercantil constructora, sino cumplimiento defectuoso por dicha entidad que no alcanza a impedir el fin normal del contrato», declara «la obligación de ésta de reparar en los términos en que se reconoce lo defectuosamente hecho, sin que ello releve al dueño de la obra del cumplimiento a su vez de lo que le incumbe conforme a lo pactado». Entre las sentencias de Audiencias, cabe también citar la de la Audiencia Provincial de Pontevedra de *16 de diciembre 1993* (Ar. Civ. 2473), que deduce del importe de los servicios de la agencia de viajes demandante el coste de una parte de la prestación no cumplida y el valor del perjuicio que la desatención de los demandados le ocasionó durante su estancia en país extranjero.

De reseñar es finalmente que además de estas excepciones y defensas frente a la acción de cumplimiento ejercitada por quien no ha cumplido de-

(68) En la sentencia se indica que «sería contrario a la buena fe facultar al demandante para retener el cumplimiento del resto total de la prestación, cuando con una pequeñísima parte de ese resto puede ser resarcida de las imperfecciones de la obra en la cuantía determinada por el Juzgador de instancia».

bida y regularmente la prestación que correlativamente le incumben, asisten al acreedor de esta última, como es natural, las oportunas acciones de cumplimiento —dirigidas a la corrección o rectificación de la prestación defectuosa— y de indemnización de daños y perjuicios, deducibles tanto reconventionalmente como en demanda principal independiente (69). Pero también lo es que el no ejercicio de estas acciones «posibles y compatibles», como lo es también la de nulidad del contrato, no constituye —en palabras de la *Sentencia de 10 noviembre 1981* (Ar. 4470)— «impedimento o preclusión de la aludida excepción» de incumplimiento o cumplimiento inadecuado ni —habría de añadirse— obstáculo a la simple oposición de irregularidades y defectos en la prestación del reclamante a efectos reductores de la respectiva contraprestación.

VI. LA CONSTITUCIÓN Y LA COMPENSACIÓN DE LA MORA

La reciprocidad de las obligaciones bilaterales lleva también aparejada un especial régimen en materia de «mora» que se traduce o manifiesta en su constitución y en la compensación de la imputable mutuamente a los dos obligados. La especialidad no es sin embargo, contra lo que parece deducirse de su formulación legal, consecuencia directa de la reciprocidad de las obligaciones, aunque sí de la simultaneidad en el cumplimiento que, normalmente o por regla, se deriva de ella; pero que, como antes se indicó, puede también ser objeto de derogación o exclusión sin quiebra de su naturaleza.

A la constitución y la compensación de la mora, aunque en orden inverso, se refiere el último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil, según el cual:

«En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente

(69) En el caso resuelto por la *Sentencia de 3 marzo 1979* (Ar. 1184) el comprador tomó la iniciativa de demandar al vendedor, reclamando una reducción del precio total de la vivienda y plaza de garaje adquiridas, en concepto de indemnización por las inadecuadas características de la plaza entregada para albergar un vehículo medio, siendo estimada su pretensión con una rebaja de 225.000 pesetas.

En el que dio lugar a la *Sentencia de 24 junio 1994* (Ar. 6500), la comitente demandada dedujo reconvencción frente a la reclamación del precio de la obra, solicitando que de las cantidades reclamadas en la demanda se dedujeran las que tuvo que abonar la reconviniente para subsanar defectos constructivos, siendo estimada tanto la pretensión principal como la reconventional en la sentencia de casación.

En el supuesto a que se contrae la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 febrero 1990* (RGD, núm. 564, 1991, pág. 8399), el comitente de una instalación de riegos cuyas deficiencias la hacían inhábil para el fin propio de su destino opuso la *exceptio non adimpleti contractus* a la reclamación del precio deducida en la demanda, pidiendo reconventionalmente la condena de la actora a cumplir sus obligaciones contractuales, poniendo la instalación en perfecto estado de funcionamiento.

lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro».

Sin desconocer su esencial interdependencia, ambas disposiciones pueden ser objeto de una consideración separada, comenzando por la relativa a la compensación, no ya por su anteposición sistemática a la que regula la constitución, sino ante todo porque, contra lo que su denominación parece indicar, la mal llamada «compensación» precede lógica y cronológicamente a la constitución.

A) LA COMPENSACIÓN DE LA MORA

La norma contenida en el primer inciso de este párrafo, sin claros precedentes en el Derecho histórico español, debe su origen al Proyecto de Código Civil de 1851, cuyo artículo 1.007 establecía en el penúltimo párrafo que «en las obligaciones recíprocas ninguno de los contratantes incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le es respectiva». GARCÍA GOYENA, tras citar como antecedente el artículo 1.907 del Código de la Luisiana, según el cual «en los contratos que contienen obligaciones recíprocas, el que quiere constituir al otro en mora debe, por su parte, cumplir las obligaciones», apuntaba como justificación de la norma que «el que no cumple mal puede reclamar del otro el cumplimiento, y de consiguiente constituirle en mora» (70).

Aun desconocida por la mayor parte de los Códigos modernos, la referida disposición aparece recogida, como ha puesto de relieve CRISTÓBAL MONTES, en algunos Códigos latinoamericanos, todos anteriores al español y que, por tanto, han podido influir a la hora de plasmar la regla que aparece en nuestra normativa (71).

La previsión contenida en el primer inciso del precitado párrafo es de interpretación pacífica. Inspirada, como se ha visto, en las mismas conside-

ro) GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, reimpresión, Zaragoza, 1974, pág. 540, quien cita en apoyo de tal principio, entre otros textos del *Digesto*, los 12.1, 31 *in fine* y 21.1.10.

(71) CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, cit., págs. 15-16. Así, el Código Civil de Chile de 1855 dispone en el artículo 1.609 que «en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos»; y en idénticos términos se pronuncia el Código Civil de Colombia de 1887 (arts. 1.608-1.609). El Código Civil de la República Argentina de 1869, por su parte, establece en el artículo 510 que «en las obligaciones recíprocas uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva».

raciones y principios a que responde la excepción de contrato no cumplido, su aplicación impide considerar en mora al obligado que se retrasa en el cumplimiento de su prestación mientras el otro no haya cumplido, ofrecido formalmente o puesto a su disposición la prestación que correlativamente le incumbe. Y es que, de igual modo y por la misma razón que quien no cumple no puede exigir el cumplimiento a la contraparte, tampoco puede constituirle en mora (retraso injustificado en el cumplimiento), pues, como certeramente se ha puesto de relieve (72), se trata de dos aspectos de un todo integrado por la especial naturaleza y los singulares efectos que se derivan de los contratos con prestaciones correlativas. Ello quizá explica que la determinante mayoría de los Códigos Civiles en que se regula la excepción de contrato no cumplido se sienta dispensada de disponer nada respecto a la mora del deudor en las obligaciones recíprocas.

El fenómeno que se examina ha venido siendo designado con la denominación de «compensación de la mora» (*compensatio morae*) (73), denominación no del todo expresiva de la realidad que define, pues siendo requisito constitutivo de la mora en las obligaciones bilaterales de ejecución simultánea el cumplimiento por el acreedor de la obligación que le incumbe, su inobservancia, más que compensar la mora del deudor, impide que quede incurso en ella. Dice en este sentido DÍEZ-PICAZO que «no es posible la compensación de moras estrictamente entendida», pues «en las obligaciones recíprocas, por su especial naturaleza, no existe un retraso del deudor jurídicamente relevante si a pesar de haber vencido su obligación y ser exigible conforme a Derecho el acreedor no puede efectivamente exigirle porque no cumple con el requisito previo que es su anterior cumplimiento» (74). La compensación no es, pues, de la mora recíproca, sino de las consecuencias

(72) CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 40.

(73) De ella se hace eco, entre otras, la *Sentencia de 21 octubre 1964* (Ar. 4487) cuando declara que «incurriendo el comisionista en mora, ésta ha de estimarse compensada con arreglo al párrafo último del artículo 1.100 del Código Civil con la que incurrió a su vez el comitente al no efectuar el pago o consignación del importe de las comisiones...»

(74) DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, GEMA, *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996, págs. 560-561. Mantiene la citada autora que para que el retraso sea jurídicamente relevante es necesario que haya determinado un ilícito obligacional o incumplimiento en sentido estricto, y para ello es requisito indispensable que la obligación haya sido exigida y que a la exigencia efectiva no pueda serle opuesta una excepción, añadiendo en consonancia con su tesis de que es objetivamente el incumplimiento lo que origina la responsabilidad contractual y que la mora es otra consecuencia más de ésta, que es la imposibilidad de hablar de incumplimiento si una de las obligaciones no se ha ejecutado, lo que impide hablar de constitución en mora del deudor puesto que ambos son deudores y acreedores al mismo tiempo y en consecuencia ambos tendrán que ser incumplidores y morosos a la vez, todo lo cual carece de sentido desde el punto de vista práctico del Derecho», *op. cit.*, págs. 562-563.

derivadas de la tardanza en el cumplimiento de las correlativas prestaciones a cargo de ambas partes (75). Entre ellas la eventual constitución en mora. Así parece reconocerlo la *Sentencia de 11 diciembre 1980* (Ar. 4744) cuando declara que «el mutuo incumplimiento de obligaciones recíprocas impide que el demandante pueda acusar la mora de su contradictor»; y lo explica en expresivos términos Luis Díez-PICAZO cuando señala que «como ambos obligados se encuentran retrasados en el cumplimiento de sus obligaciones, las dos situaciones se neutralizan recíprocamente» (76).

a) *Requisitos de la compensación*

Para que la neutralización del mutuo retardo y la compensación de sus recíprocas consecuencias sea apreciable han de concurrir los siguientes requisitos:

1.º Que se trate de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo

La reciprocidad constituye una expresa exigencia del citado precepto legal que refiere la especialidad de su último párrafo a esta clase de obligaciones. No basta aquí tampoco con que las prestaciones pendientes de ejecución se deriven de un contrato sinalagmático con prestaciones recíprocas, sino que es asimismo necesario, como recuerda CANO MARTÍNEZ, «que exista una relación de correspondencia específica entre la prestación que se estima no cumplida y aquella respecto de la que se pretende evitar el cumplimiento» (77), no siendo de apreciar en prestaciones que no guarden entre sí una mutua dependencia o condicionalidad, aun debidas entre sujetos recíprocamente obligados.

(75) Resulta en este sentido más preciso el razonamiento de la *Sentencia de 2 julio 1994* (Ar. 6422) al considerar que habiéndose declarado por la Sala de instancia «la existencia de un incumplimiento por ambas partes contratantes de sus recíprocas obligaciones, determinante de la compensación de los daños y perjuicios por unos y otros reclamados como consecuencia de esos incumplimientos, no se infringe por el Tribunal de apelación el precepto citado en el motivo, sino que se aplica rectamente el párrafo último del artículo 1.100 del Código Civil al entender que el incumplimiento de cada parte compensa las consecuencias indemnizatorias del imputable a la otra».

Llama en este sentido la atención la declaración contenida en la *Sentencia de 2 enero 1980* (Ar. 77) cuando, tras advertir certeramente que «como el incumplimiento del contrato ha sido recíproco, no cabe hablar de mora ni del comprador ni del vendedor», concluye que «en tal supuesto tanto uno como otro han incurrido en mora, lo que había de producir la cesación de la misma en relación al contrato».

(76) Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit, t. II, pág. 640.

(77) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, *La mora*, Jaén, 1978, pág. 55.

La norma que se analiza aparece además dictada en contemplación a las obligaciones de cumplimiento simultáneo, al punto de que sólo en ellas resulta de aplicación sin reserva ni matización alguna (78). Así lo recuerda la *Sentencia de 29 marzo 1985* (Ar. 1256) al declarar que el efecto establecido en el párrafo tercero del artículo 1.100 se produce «cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempos diversos», declaración que se reitera en la de 23 marzo 1992 (Ar. 2277).

En las obligaciones de cumplimiento temporalmente distanciado, la disposición es en sus propios términos aplicable únicamente al obligado a cumplir previamente que sin ejecutar su prestación pretenda acusar la mora de su contrario y al favorecido por el plazo que, vencido el término, intente hacer valer la mora del primero sin realizar u ofrecer su propia prestación. Es —como luego se verá—, por el contrario, pacífico que hasta el vencimiento del plazo el que goza de dicho beneficio puede constituir en mora al primer incumplidor con su sola interpelación, sin necesidad de realizar o poner a su disposición la prestación aplazada que él mismo adeuda (79). Si vencido el término no la cumple ni la ofrece o pone a disposición del primero, se produce el cese de la mora constituida; pero sólo a partir de entonces puede hablarse de la neutralización (o compensación) que la repetida disposición establece.

Refiriéndose en concreto a la compraventa con precio aplazado, señala ALBALADEJO (80) que si requerido el vendedor para la entrega de la cosa no cumple incurre en mora, que acaba cuando llega el momento del pago del precio y el comprador tampoco paga; y añade que, concluida la mora, no da

(78) Así CASTÁN TOBEÑAS, para quien «el principio de compensación de la mora se deriva de la regla de simultaneidad indicada», en *Derecho Civil...*, cit., t. III, págs. 146-147, y OOAYAR Y AYLLÓN cuando indica que la imposibilidad de incurrir en mora una parte mientras la otra no cumpla (*compensatio morae*) es una exigencia derivada del cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, en *Efectos que produce...*, cit., págs. 16 y 21. En el mismo sentido se pronuncia JOSÉ PUIG BRUTAU, para quien «el párrafo final del artículo 1.100 sólo resulta de pertinente aplicación a las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo», en «Mora», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, pág. 647.

También GEMA DÍEZ-PICAZO apunta que, a su juicio, «el legislador del 51 como del 89 están pensando en la imposibilidad de hablar siquiera de mora en el caso de las obligaciones recíprocas y, por su propia estructura y naturaleza, de cumplimiento simultáneo», *La mora y la responsabilidad contractual*, cit., pág. 561.

(79) Precisamente en consideración a este supuesto apunta SCAEVOLA que «para comprender el verdadero sentido del artículo es menester invertirlo, y donde se indica que ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple, entender que ninguno de los contratantes tendrá derecho a reclamar indemnización por razón de mora cuando él mismo esté colocado en esta situación respecto a la parte de obligación que le incumbe», en *Código Civil comentado*, «Comentario al artículo 1.100», t. XIX, Madrid, 1902, pág. 465.

(80) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, «Comentario al artículo 1.100», t. XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, pág. 374.

lugar a nuevos efectos, pero que, independientemente de ello, el deudor que quedó constituido en mora sigue obligado a indemnizar los que ésta había producido antes de su cesación.

La conclusión aplicada a las obligaciones recíprocas no parece, en cambio, segura ni generalizable. La reciprocidad de las prestaciones permite apuntar otras soluciones, acaso más equitativas, a este supuesto, como el condicionamiento de los efectos de la mora inicialmente constituida mediante la interpelación al cumplimiento u ofrecimiento en su día de la prestación aplazada por parte del interpelante.

- 2º Que ninguna de las partes haya cumplido, ofrecido formalmente o puesto a disposición de la otra la prestación exacta que correlativamente le incumbe

Expresamente establece la disposición comentada que «ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe».

Al igual que para la excepción del contrato no cumplido, para la exclusión de la *mora debitoris* no es necesario que el acreedor se halle incurso en un incumplimiento culpable de trascendencia resolutoria. Es bastante al efecto que no haya dado cumplimiento a la prestación que recíprocamente le corresponde, habiéndose repetido asimismo por la jurisprudencia que en las obligaciones bilaterales no hay mora del deudor cuando el acreedor no cumple (SS. 1 marzo 1993/Ai. 2030 y 21 octubre 1994/Ar. 8146) o, pese a la intimación dirigida a la otra parte, no está en condiciones de cumplir lo que le incumbe (S. 23 marzo 1992/Ar. 2277).

En definitiva, para que se produzca la *compensatio morae* es preciso que la falta de cumplimiento sea predicable de ambas partes, no incurriendo ninguna de ellas en mora mientras la otra no cumpla por su parte lo que le corresponde, pues —como dice OGAYAR Y AYLLÓN— «si ambas tienen en cuenta la obligación asumida por la contraria sería opuesto a la equidad que cualquiera de ellas tuviera que anticipar su prestación, lo que no puede exigirse salvo pacto expreso de cumplimiento anticipado a cargo de una de las partes» (81).

Al obligado «que no cumple» asimila el texto legal de constante mención: el que «no se allana a cumplir debidamente» su prestación. A tenor de este precepto debe, por consiguiente, afirmarse que no cumple ni puede, por ende, constituir en mora a su deudor quien realiza su prestación de manera inexacta, parcial o defectuosamente, en términos que no satisfacen objetivamente el interés de su destinatario; siendo de reiterar aquí que la ejecución «ha de

(81) OGAYAR Y AYLLÓN, TOMÁS, *Efectos que produce...*, cit., pág. 23.

sujetarse al programa de prestación previsto al constituirse la obligación para tener por cumplida ésta» (82) en cuanto «cumplir una obligación es satisfacer el interés del acreedor de una manera exacta, íntegra y puntual» (83).

En consideración al cumplimiento inexacto de la prestación a su cargo por parte del acreedor, la jurisprudencia ha denegado la constitución en mora de su contradictor al vendedor que no llegó a poner a disposición del comprador la totalidad de la finca objeto del contrato al retener un tercero la posesión de una parte de ella, a virtud de una previa relación jurídica concertada con el transmitente (*S. 14 marzo 1986/C.L.*, núm. 171) (84); al que no entregó al comprador más que una parte de las vacas contratadas (*S. 4 marzo 19851 Ax.* 1106); al contratista que incumplió parcialmente su obligación de realizar la obra libre de vicios o defectos (*S. 6 julio 19841 Ai.* 1146 de 1986) (85); al también contratista que intentó la entrega de su prestación defectuosamente, con variaciones respecto al proyecto convenido rehusadas por el comitente (*S. 2 noviembre 1994/Ai.* 8364); al dueño de la obra que incumplió las condiciones de pago pactadas en el contrato, absteniéndose de realizar las entregas parciales a medida que la obra avanzaba (*S. 22 febrero 19791 Ax.* 523) (86), o al arrendador concedente de una opción de compra que reclamaba del arrendatario optante ciertas cantidades, olvidando las que a su vez le debía e incumpliendo por su parte la obligación de entrega de la documentación que precisaba para la obtención del préstamo hipotecario con que había de hacer frente al pago reclamado (*S. 30 septiembre 19911 Ax.* 6073) (87).

La mención al allanamiento que se contiene en la disposición legal no puede entenderse referida a la institución procesal del mismo nombre, que en rigor

(82) Así lo establece la *Sentencia de 2 noviembre 1994* (Ar. 8364) tras señalar que si el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la pactada ni un cumplimiento parcial, tampoco lo estará a conformarse con una prestación que no se ajuste a lo convenido.

(83) *Sentencia de 3 marzo 1979* (Ar. 1184).

(84) En la expresada sentencia se añade que «en manera alguna puede entenderse producida mora por parte del referido comprador desde la interpelación judicial, sino desde la fecha posterior de 28 de enero de 1982 en que quedó a disposición del meritado comprador, en su integridad, la finca en cuestión».

(85) La sentencia de instancia cuya impugnación casacional se desestima absuelve al comitente del pago de los intereses reclamados desde el requerimiento practicado en acto de conciliación al entender que en la hipótesis de incumplimiento parcial falta el presupuesto de hecho establecido para la mora en las obligaciones recíprocas por el artículo 1.100 del Código Civil.

(86) En la sentencia de instancia se rechaza la pretensión de resarcimiento por mora en la entrega de los ascensores en idónea disposición para su entrada en actividad, razonando la de casación para mantener dicho pronunciamiento que, con arreglo al último párrafo del artículo 1.100, sin el cumplimiento del reclamante no puede ser pretendida indemnización alguna de daños y perjuicios.

(87) La sentencia recuerda que se trata de un incumplimiento en obligaciones recíprocas que, «conforme al párrafo final del artículo 1.100 del Código, impide la constitución en mora en que los recurrentes pretenden incurrió el optante por falta de pago».

supondría la existencia de una previa acción judicial de cumplimiento deducida de adverso (88), ni al simple aquietamiento frente a una intimación extrajudicial de idéntica finalidad. La alternativa cumplimiento-allanamiento resulta difícilmente explicable tanto en su formulación negativa como en su traducción positiva. La postura de quien no se allana a cumplir nada añade a la de quien lisa y llanamente no cumple; pero, en su formulación positiva, allanamiento y cumplimiento tampoco son términos equiparables. El sometimiento o la avenencia a cumplir, si no van acompañadas de la efectiva realización o puesta a disposición de la prestación debida, no constituyen cumplimiento ni, en consecuencia, alcanzan a excluir la llamada compensación de la mora.

El allanamiento cobra sentido en el significado usual, no técnico-jurídico, de la expresión, refiriéndolo estrictamente al «cumplimiento debido» de la obligación. Y es que un cumplimiento aun inexacto de la prestación puede ser aceptado por su destinatario con efectos solutorios o satisfactorios de la obligación; pero también puede ser rehusado con la consiguiente interpelación para su exacta realización. El interpelado que se resiste —o no se allana— a ella no ha de tenerse ni ser tenido como «cumplidor» ni, por ende, está en condiciones de constituir mora a su deudor.

La referencia al allanamiento puede también entenderse expresiva de la suficiencia de la disposición al cumplimiento cuando ésta es seria y va acompañada del formal ofrecimiento de la prestación. La *Sentencia de 9 junio 1986* (Ar. 3298), en consonancia con esta interpretación, rechaza la mora del vendedor en la entrega de la vivienda argumentando que el requerimiento del comprador no contenía el pago por el comprador del resto del precio pactado todavía pendiente «ni la manifestación de que se allanaba a entregarlo al tiempo de recibir la cosa, actitud indispensable para el efecto de la mora según el párrafo último del ya citado artículo 1.100». En la misma línea, la *Sentencia de 2 noviembre 1994* (Ar. 8364) declara incurso en mora al contratista que se negó a ejecutar correctamente su obligación al estimar que «el acreedor siempre estuvo dispuesto a recibir la prestación que se ajustase a lo pactado... y cumplir las que le incumbían», indicando que tal circunstancia era sobradamente conocida por el primero «a través de los requerimientos cruzados entre las partes».

Debe en este sentido recordarse que el ofrecimiento o puesta a disposición de la prestación, aun no seguidos de su consignación (89), liberan al oferente,

(88) Precisamente por ello, como advierte la *Sentencia de 7 junio 1994* (Ar. 4897), lo que ha de tenerse en cuenta «no son las conductas procesales, sino los incumplimientos jurídico-materiales en función de la reciprocidad de prestaciones».

(89) En relación a la compraventa, declara la *Sentencia de 22 marzo 1985* (Ar. 1196) que «el comprador que ofrece cumplir, según la previsión contractual, mediante la entrega del precio a la firma de la escritura, no está obligado a consignar judicialmente frente a la actitud de la otra parte que se resiste a cumplir»; y la *Sentencia de 9 febrero 1985* (Ar.

si no de la obligación de cumplir, sí de la posible tacha de incumplimiento y de su eventual *mora solvendi* (SS. 5 julio 1944/Ar. 905 y 31 octubre 1968/Ar. 4960). Pero, además, producen, como dice la *Sentencia de 15 junio 1987* (Ar. 4469) (90), «un efecto positivo, cual es el de la constitución al acreedor en mora», con las consecuencias que le son propias» (91), lo que sucederá en los casos en que el acreedor se niegue sin razón a recibir el pago u omita la conducta necesaria para que el deudor pueda liberarse de acuerdo con lo establecido en el programa prestacional (92). En definitiva y por lo que aquí interesa, quien ofrece formalmente su prestación y la pone a disposición del acreedor excluye la propia mora y, con ella, los efectos de la compensación, constituyendo en mora a su contradictor.

En todo caso, para que el ofrecimiento o puesta de la prestación a disposición del otro contratante produzca tales efectos ha de cumplir las siguientes exigencias:

— Que sea serio y expresivo de una efectiva voluntad de cumplir, requisito que no es de apreciar cuando, como dice la *Sentencia de 26 junio 1978* (Ar.

541) que «ni del contenido del contrato ni de las normas generales del contrato de compraventa de inmuebles puede desprenderse que le sea exigible al comprador aumentar sus deberes de contratante cumplidor con un plus de garantía para el vendedor que se resiste al cumplimiento de modo injustificado, tal como imponerle la consignación judicial del precio».

(90) La resolución cita en el mismo sentido las *Sentencias de 9 julio 1941* (Ar. 905) y *5 junio 1944* (Ar. 698), a las que cabría añadir en idéntico sentido las de *21 junio 1947* (Ar. 778) y *27 noviembre 1950* (Ar. 1833). La *Sentencia de 1987* que se cita en el texto declara a la compradora incurso en *mora creditoris* por no haber prestado su necesaria colaboración al vendedor en la implementación de los programas informáticos que requerían la cooperación de la compradora en la facilitación de los datos comerciales y contables que habrían de ser objeto de análisis.

(91) Consecuencias que, como indica la *Sentencia de 30 mayo 1986* (Ar. 2835), llevan aparejada «no sólo la exclusión de la mora del deudor, sino la atribución al acreedor del riesgo de la pérdida de la cosa».

Cfr. RUBIO TORRANO, ENRIQUE, «Comentario a la Sentencia de 30 de mayo de 1986», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, 1986, n. 292, págs. 3697-3705, y SABATER BAYLE, ELSA, «Contribución al estudio de la mora del acreedor», en *Actualidad Civil*, núm. 26, 1989, en que se contiene un pormenorizado análisis de los presupuestos, requisitos y efectos de la mora del acreedor.

(92) Advierte en este sentido ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ que «esta conducta necesaria constituye una auténtica carga legal (art. 1.176 CC) en cuanto que sólo si el acreedor facilita la liberación del deudor podrá hacer efectiva la responsabilidad en que ha incurrido éste por mora. Sólo aceptando el pago regular ofrecido por el deudor el acreedor evitará las consecuencias desfavorables que para él derivan de la mora *accipiendo*», en «La mora del acreedor», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, págs. 1374-1375.

Debe, no obstante, recordarse, con PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, que la mora del acreedor se produce no sólo por la negativa sin razón a recibir el pago, sino por otras faltas de cooperación indispensables para el cumplimiento, por ejemplo, no presentarse oportunamente a recibir la prestación, en *Notas al Derecho de Obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, Barcelona, 1954, pág. 296.

2452), «el comportamiento posterior de dicho deudor no ponga claramente en evidencia que esa su aparente voluntad de cumplimiento no era real» (93).

— Que sea incondicional, esto es, sin condiciones ni reservas; aunque no cabe estimar producido condicionamiento alguno impeditivo de tal efecto cuando la realización de la prestación ofrecida se subordina o supedita a la ejecución simultánea de la correlativa o recíproca contraprestación (94).

— Que la prestación ofrecida se ajuste exactamente a la convenida en lo relativo al objeto y circunstancias de su realización, siendo de reiterar cuanto con anterioridad se dijo acerca del cumplimiento inexacto, parcial o defectuoso de la prestación debida. En lo que al cumplimiento intempestivo se refiere, el ofrecimiento tardío de una prestación que por no hallarse sujeta a término esencial y ser todavía útil al acreedor no pueda ser legítimamente rehusada por éste (95) excluye la mora del oferente —y con ella la *compensado morae*—, siendo el retraso mutuo, o determina la cesación de efectos, siendo exclusivo suyo.

(93) La sentencia, tras recordar que «la oferta no seguida de consignación puede llegar a producir el efecto... de constituir al acreedor en *mora accipiendi*», establece que ello es así sobre la base de que la voluntad de cumplimiento sea real, negando tal voluntad en el caso de autos a la entidad compradora, que «olvidando y desconociendo que el ofrecer cuando el destinatario reclama no es pagar», dejó transcurrir el tiempo sin abonar el descubierto pese al requerimiento que se le cursó al efecto.

Abundando en esta exigencia, advierte asimismo la *Sentencia de 7 junio 1995* (Ar. 4632) que «en unas obligaciones sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo, demostrado que una de las partes quería cumplir, estaba dispuesta a cumplir seriamente, la otra ha de hacer lo mismo para no caer en incumplimiento».

(94) Para JOSÉ M.^a CABALLERO LOZANO la incondicionalidad del ofrecimiento «no quita que el deudor pueda subordinar la entrega de la cosa al pago de la contraprestación, la entrega de recibo o carta de pago o la elevación del contrato a escritura pública si es que coinciden los demás requisitos necesarios para ello, ya que no es justo que el deudor dispuesto a cumplir resulte desamparado en sus legítimos derechos derivados del correcto cumplimiento», *La mora del acreedor*, Barcelona, 1992, pág. 237.

En el Derecho alemán, «si el deudor sólo está obligado a cumplir la prestación contra una prestación del acreedor, incurre éste en mora si está efectivamente dispuesto a aceptar la prestación ofrecida y no ofrece sin embargo la contraprestación exigida» (BGB, § 298).

(95) Díez-Picazo distingue bien que, a efectos del ejercicio de la acción resolutoria, tres casos de retraso en el cumplimiento de la obligación: 1.º El deudor que ha cumplido enteramente la prestación aunque lo ha hecho con retraso. 2.º El deudor que está cumpliendo la prestación pero lo hace de forma retrasada. 3.º El deudor que no ha cumplido en absoluto la prestación y el plazo para realizarla ha vencido, en «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 394-404. Cfr. también *Fundamentos...*, cit., t. II, págs. 622-625.

La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que el simple retraso en el cumplimiento que no impida el fin normal del negocio ni frustre las legítimas expectativas del otro contratante no constituye incumplimiento resolutorio, sino cumplimiento defectuoso y tardío que da lugar a indemnización de daños y perjuicios. Así, entre otras, las *Sentencias de 25 enero 1991* (Ar. 319), *27 noviembre 1992* (Ar. 9447), *16 noviembre 1993* (Ar. 9099), *14 octubre 1994* (Ar. 7553) y *7 marzo 1995* (Ar. 2149).

— Que el ofrecimiento se dirija al acreedor o a persona por él autorizada para recibir la prestación. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 1.176, párrafo primero, del Código Civil («el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago»), en relación con lo prevenido para el pago en el artículo 1.162 del mismo cuerpo legal («el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación o a otra autorizada para recibirlo en su nombre»); pues si la entrega de lo adeudado hecha a un tercero no autorizado por el titular para su recepción, aun realizada de buena fe, no libera al deudor de su obligación ni perjudica al acreedor en su derecho (96), menos aún podrá producir tal efecto el solo ofrecimiento o puesta a su disposición.

El cumplimiento de las obligaciones, excepción hecha de las constituidas con carácter personalísimo, puede hacerse, sin embargo, «por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor» (art. 1.158, párrafo 1.º, CC) (97), produciendo el mismo efecto satisfactorio del crédito que el cumplimiento directamente realizado por él. Otro tanto ha de afirmarse del ofrecimiento de la prestación, pues —señala DIEZ-PICAZO— parece claro que si el tercero ofrece la prestación debida y ésta es exacta, el acreedor no puede negarse a recibirla, incidiendo en *mora creditoris* si lo hace (98).

b) *Efectos de la compensación*

Como antes se ha adelantado, la recíproca falta de cumplimiento o, lo que es igual, la tardanza en el cumplimiento de las prestaciones correlativas a cargo de ambas partes, más que compensar la mora respectiva de los sujetos obligados impide que ésta se produzca, pues al ser presupuesto de su constitución el cumplimiento de una de las partes, cuando menos en las obligaciones de ejecución simultánea en que rige la norma con plenitud, el incumplimiento o retraso mutuo excluye la respectiva constitución e incursión en mora. En términos más o menos coincidentes así lo viene declarando la ju-

(96) En aplicación del artículo 1.162 del Código Civil así lo han declarado, entre otras, las *Sentencias de 2 junio 1981* (Ar. 2491), *3 diciembre 1982* (Ar. 7457) y *16 noviembre 1983* (Ar. 6116).

(97) «El fundamento de esta legitimación de cualquier tercero para realizar el pago, concebida en términos tan amplios, reside —en palabras de LALAGUNA— en la idea de obligación considerada fundamentalmente como deber ordenado a satisfacer el interés del acreedor, desde cuyo punto de vista es indiferente la persona que paga», en «Sujetos del pago», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1391, 5 agosto 1985, pág. 10.

(98) DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 485.

risprudencia, siendo de citar, entre otras, las *Sentencias de 18 noviembre 1971* (Ar. 4901), *22 febrero 1979* (Ar. 523), *2 enero 1980* (Ai. 77), *11 diciembre 1980* (Ar. 4744), *30 septiembre 1991* (Ar. 6073), *1 marzo 1993* (Ar. 2030) y *10 noviembre 1993* (Ar. 8958).

Mantiene CARDENAL FERNÁNDEZ que el retraso culpable que, con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.100 del Código Civil, no haya derivado en mora no es, sin embargo, jurídicamente irrelevante, siendo incardinable en la «morosidad» que, como concepto —a su juicio— independiente del de «mora», sanciona el artículo 1.101 con la indemnización de daños y perjuicios (99).

La exclusión de la mora —su «compensación»— por el mutuo retardo en el cumplimiento excluye, sin embargo, también las consecuencias indemnizatorias legalmente vinculadas al retraso; y ello no tanto porque la «morosidad» contemplada en el artículo 1.101 haya de identificarse necesariamente con la situación de «mora» definida en el artículo 1.100 (100) cuanto porque la reciprocidad de la tardanza en cumplir las prestaciones a cargo de uno y otro obligado neutraliza sus efectos. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, que en *Sentencia de 2 julio 1994* (Ar. 6422) declara que «el incumplimiento de cada parte compensa las consecuencias indemnizatorias del imputable a la otra»; y en *Sentencia de 20 diciembre 1993* (Ar. 10086), que «el incumplimiento por ambas partes de sus respectivas obligaciones impide acceder a la concesión de dichas indemnizaciones», manteniendo similar doctrina en las *Sentencias de 25 noviembre 1983* (Ar. 6500), *27 mayo 1988* (Ar. 4344), *24 abril 1992* (Ar. 3412) y *21 octubre 1994* (Ar. 8146).

La exclusión recíproca de la mora impide también que en estos supuestos se produzca la denominada *perpetuatio obligationis* que sitúa a cargo del deudor constituido en mora el riesgo de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por pérdida o destrucción fortuita de la cosa debida, que sancionan los artículos 1.196, párrafo tercero, y 1.182 del Código Civil (101). La in-

(99) CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1979, págs. 309 y sigs., para quien «cuando el legislador ha querido que sea a la mora propiamente dicha a la que han de atribuirse los efectos del retraso, así lo ha empleado expresando ese término y no, en cambio, el de morosidad», pág. 319.

(100) La cuestión, como se ha visto, no es pacífica. Para FÉLIX HERNÁNDEZ GIL la tardanza sin mora no produce indemnización de daños y perjuicios, citando en apoyo de esta tesis la *Sentencia de 21 mayo 1904*, que declaró que el precepto del artículo 1.101 está subordinado a la existencia real de la mora y no procede, por tanto, indemnización de no existir ésta; y el artículo 1.108, que fija la indemnización de daños y perjuicios si el deudor incurriere en mora y sólo se incide en mora con la concurrencia de los requisitos que impone el artículo 1.100, *La intimación del acreedor...*, cit, pág. 332, n. 1.

(101) La *Sentencia de 21 junio 1980* (Ar. 2726) explica la razón de tal disposición, argumentando que al existir morosidad «mal podrá sostenerse que la situación dañosa se ha desencadenado sin culpa y que el deudor no resulta responsable de la imposibilidad cuando de haber observado las pautas contractuales haciendo la entrega a su tiempo no habría perecido en su poder».

equivoca referencia de este último precepto a la constitución en mora del deudor despeja las incógnitas que la dicción del artículo 1.101 suscitaba al respecto (102), siendo, pues, pacífico que la imposibilidad de la prestación acaecida antes de que cualquiera de los obligados incurra en mora libera al deudor de su cumplimiento al no haberse producido aquélla por su culpa; lo que por imperativo del artículo 1.183 habría de presumirse *iuris tantum* cuando la cosa debida se hubiera perdido en su poder.

El mutuo retardo no extingue la obligación ni libera a ninguno de los obligados del deber de cumplir su respectiva prestación. El simple retraso —se ha apuntado ya antes— no es causa de resolución del vínculo obligacional (SS. 16 noviembre 1993/Ar. 9099, 14 octubre 1994 Ai. 7553 y 7 marzo 1995 Ai. 2149, por todas); pero a ello ha de añadirse que la resolución tampoco requiere necesariamente su previa transformación en mora (S. 20 julio 1994/Ai. 6513). Y es que el presupuesto de la resolución es el verdadero y propio incumplimiento y en él puede desembocar el retraso en la ejecución de la prestación aun sin haber llegado a configurar una situación legal de mora:

— El retraso en el incumplimiento puede llegar a conformar un incumplimiento resolutorio sin la previa constitución en mora del deudor, no sólo en los casos en que la ejecución de la obligación se hallase sujeta a término esencial (103), sino también en aquellos otros en que la prestación hubiera devenido imposible por causa imputable al deudor (104) o su tardía realiza-

(102) Para FERRÁN BADOSA COLL «el concepto de *mora solvendi* con que opera el artículo 1.182 es el derivado del artículo 1.100», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. 2.º: «Comentario al artículo 1.182», pág. 257. En el mismo sentido, CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo...*, cit., pág. 319, y HERNÁNDEZ GIL, FÉLIX, *op. cit. y loc. cit.*

(103) Así lo advierte la *Sentencia de 22 marzo 1985* (Ar. 1196). En tales casos no tiene sentido la constitución en mora, pues la inejecución al vencimiento del término se transforma directamente en incumplimiento definitivo de la obligación. Cfr. ALVAREZ VIGARAY, RAFAEL, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., págs. 125 y sigs.; CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 74 y sigs., y Díez-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., t. II, págs. 338-340.

(104) La imposibilidad de la prestación imputable a dolo o culpa del deudor no libera de su obligación conforme al artículo 1. 182 del Código Civil, pero sí constituye un hecho que definitivamente impide su cumplimiento, haciéndole incurrir en incumplimiento resolutorio. Cfr. ALVAREZ VIGARAY, RAFAEL, *La resolución de los contratos...*, cit., pág. 179.

Ahora bien, que la imposibilidad sobrevinida imputable constituya incumplimiento resolutorio no significa que sólo esa imposibilidad sea causa de resolución de los contratos bilaterales. La imposibilidad fortuita o inimputable a ninguna de las partes faculta también para instar la resolución del vínculo obligacional, habiéndolo declarado así, entre otras, las *Sentencias de 24 febrero 1993* (Ar. 1249), *7 febrero 1994* (Ar. 917), *24 abril 1994* (Ar. 3216) y *6 septiembre 1994* (Ar. 7245). Cfr. en este mismo sentido Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. II, págs. 718 y sigs.; LACRUZ y DELGADO, *Elementos...*, cit., t. II, vol. 1.º, págs. 271-272, y CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos...*, cit., págs. 163 y sigs.

ción hubiese llegado a impedir el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas del acreedor (105) o a evidenciar en el deudor una voluntad deliberada y manifiestamente obstativa al cumplimiento de la prestación debida (106). En estos casos, a la resolución puede acompañar la indemnización, pero no *ex* artículo 1.101, por efecto de la mora, sino *ex* artículo 1.124 por efecto del incumplimiento.

— Si la constitución en mora no es necesaria para la resolución, tampoco es suficiente para ella (107), pues cuando la prestación sigue siendo posible y útil al acreedor y la demora no es reveladora de una actitud del deudor obstativa al cumplimiento, la mora carece de trascendencia resolutoria aun cuando la tenga indemnizatoria de los daños y perjuicios causados. En cualquier caso, como la resolución requiere un verdadero incumplimiento, la intimación al cumplimiento del deudor retardado, en muchos casos determinante de su constitución en mora, representará comúnmente el medio más adecuado para justificar su existencia (108).

Oportuno parece recordar aquí que el carácter mutuo o recíproco del incumplimiento impide que pueda constituirse en causa de resolución (109). Pero también que, conforme a una reiterada jurisprudencia, puede legítima-

(105) Cfr. *Sentencias de 27 octubre 1986* (Ar. 5960), *29 enero 1991* (Ar. 347), *27 noviembre 1992* (Ar. 9447) y *25 junio 1995* (Ar. 4859), por todas. Señala la primera de las citadas sentencias que cuando el cumplimiento «por su extemporaneidad es ineficaz para satisfacer el fin previsto por los otorgantes tiene declarado la jurisprudencia que una vez desaparecida la legítima expectativa de la parte en cuanto al resultado previsto e ínsito en la causa, la prestación, aunque físicamente posible, ya no es satisfactoria para el acreedor, que se ve privado de alcanzar el logro económico perseguido por el vínculo negocial, cuya conservación no procede, y sí la resolución por incumplimiento a tenor del artículo 1.124 del Código Civil».

(106) Así, *Sentencias de 16 julio 1992* (Ar. 6620), *21 septiembre 1993* (Ar. 6648), *16 y 18 noviembre 1993* (Ar. 9099 y 9150) y *10 y 14 octubre 1994* (Ar. 7716 y 7553).

(107) Cfr. *Sentencias de 9 junio 1986* (Ar. 3298) y *18 marzo 1988* (Ar. 2216).

(108) En este sentido se manifiesta ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES, para quien «el deudor que no cumple su débito, cuando sea demandado en resolución necesariamente deberá encontrarse en situación de mora, pero no porque su constitución en mora se contemple como un requisito o presupuesto previo para poder intentar la demanda resolutoria, sino porque su condición de incumplidor al no poder constatare adecuadamente más que a través del requerimiento de pago fallido habrá derivado hacia el estado de deudor moroso». Aunque partidario como se verá de la mora por el cumplimiento en las obligaciones recíprocas, señala que si bien en ellas el cumplimiento por una de las partes determina la mora de la otra, para ejercitar la acción resolutoria es necesaria la previa reclamación del cumplimiento, porque «sólo de esta manera existe constancia de que se ha producido el incumplimiento obligacional que el artículo 1.124 reclama inexcusablemente para poder demandar la resolución del contrato», *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, cit., págs. 174 y 178. En parecidos términos CLEMENTE MEORO, MARIO, *La resolución...*, cit., pág. 191.

(109) Así, *Sentencias de 23 enero 1986* (Ar. 111), *20 diciembre 1993* (Ar. 10086) y *10 enero 1994* (Ar. 436), entre otras muchas.

mente demandarla quien incumple a consecuencia del incumplimiento previo del otro obligado por ser la conducta de éste la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso (110), no debiendo olvidarse que, como dice la *Sentencia de 9 julio 1993* (Ar. 6330), en cuestiones de recíproco incumplimiento, «además del momento inicial del mismo respecto de una y otra parte..., es de tener también en cuenta el relieve, importancia o trascendencia de los actos, conductas o hechos que integran ese cumplir, ya que si recaen sobre aspectos accesorios o complementarios no son de tener en cuenta».

De reseñar es finalmente que, a diferencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, que ha de ser alegada por el demandado para su apreciación judicial, la denominada *compensado morae* es el único efecto de las obligaciones recíprocas que opera *ipso iure* al no incurrir *ministerio legis* ninguno de los obligados en mora «si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe», peculiaridad resaltable, en palabras de CRISTÓBAL MONTES, porque «revela la trascendencia y valor que el legislador atribuye al incumplimiento en tema de mora, evidentemente mayores que los que asigna al incumplimiento cuando contempla la ejecución o la resolución contractuales» (111).

B) LA CONSTITUCIÓN EN MORA

La norma contenida en el inciso final del último párrafo del artículo 1.100 establece que «desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

La citada disposición, a diferencia de la que encabeza el párrafo, carece de precedentes en el Proyecto de Código Civil de 1851 y de referentes en los Códigos Civiles de nuestro entorno jurídico, hallando su origen en el artículo 1.117 del Proyecto de 24 de abril 1882, del que el artículo 1.100 del vigente Código es reproducción casi literal.

Pese a la aparente claridad de la norma, su inserción en el único precepto del Código Civil regulador de la constitución en mora ha dado lugar a una viva polémica en la doctrina y a una jurisprudencia vacilante acerca de la necesidad de la interpelación en las obligaciones recíprocas, en particular sobre si es precisa en esta clase de obligaciones la intimación al deudor o es bastante a efectos de su constitución en mora el cumplimiento por el acreedor de la prestación que le corresponde.

(110) Cfr., entre otras, las *Sentencias de 15 junio 1989* (Ar. 4688), *3 junio 1993* (Ar. 4382) y las que cita: *20 diciembre 1993* (Ar. 10086) y *10 enero 1994* (Ar. 436).

(111) CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, cit., págs. 81-82.

a) *La interpretación de la norma en la doctrina*

Con algunas excepciones (112), la generalidad de los autores vino dando por supuesta, durante decenios, sin más justificaciones argumentales que la meramente literalista, la innecesidad de la intimación en las obligaciones recíprocas, en las que venía a reconocerse una tercera excepción a la regla de la mora interpelatoria proclamada en el primer párrafo del artículo 1.100 (113). Con arreglo a dicha doctrina, el cumplimiento de la prestación por uno de los obligados basta para constituir en mora al otro. La revisión crítica de esta clásica concepción tuvo su fundamental punto de arranque en la publicación en 1968 de un detallado estudio del profesor ALBALADEJO (114) en defensa de la necesidad del requerimiento para la mora también en las obligaciones recíprocas, a cuya tesis se han sumado con posterioridad otros civilistas.

1.^a Tesis de la mora por medio de la intimación añadida al cumplimiento

La tesis de ALBALADEJO, posteriormente desarrollada y matizada en otros trabajos (115), mantiene que la disposición interpretada no constituye una excepción a la regla general de que la mora se produce mediante requerimiento, sino una regla especial para las obligaciones bilaterales que añade a los requisitos de la mora (bien normal, bien automática) en las obligaciones unilaterales otro nuevo para las bilaterales: el cumplimiento o allanamiento

(112) Como DÍAZ PAIRÓ, *Introducción al Derecho de Obligaciones*, La Habana, 1942, t. I, pág. 148, para quien el Código sólo ha querido advertir que, en ciertas obligaciones, a pesar de la reclamación de pago o de concurrir las circunstancias que producen la *mora ex re*, no surgirá la mora sino que será necesario algo más, esto es, el cumplimiento por parte del que interpela o de la otra parte de la obligación que le incumbe y que se ha establecido en relación de reciprocidad a favor del interpelado o aparente moroso *ex re*. En el mismo sentido, también RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1965, pág. 205.

Otros autores, como FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, manifestaron sus dudas sobre la exigencia de la intimación para la constitución en mora en las obligaciones recíprocas, en «La intimación del acreedor en la mora ex persona», en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, págs. 361-362.

(113) Así CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, t. III, Madrid, 1967, pág. 164; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil español*, vol. 3.º, Madrid, 1961, pág. 243; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1966, págs. 174-175, por citar sólo algunos de ellos.

(114) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La mora en las obligaciones recíprocas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, págs. 9-31.

(115) «De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas», en *Estudios homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, vol. 1.º, Madrid, 1988, págs. 29 y sigs., y *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, «Comentario al artículo 1.100», Madrid, 1991, págs. 353 y sigs.

del otro obligado. Para el citado autor, el texto legal expresa con poca fortuna la idea de que la mora comienza cuando uno cumple, presupuestos los requisitos (y así el requerimiento) para que se dé. Los argumentos expuestos en defensa de su opinión pueden sintetizarse así:

- La distribución del artículo 1.100 en tres partes (una para la mora normal o mediante requerimiento, otra para la automática y una tercera para las obligaciones bilaterales) impide considerar a la última como una excepción más de las incluidas en su segunda parte a la regla general contenida en la primera.
- La especial contextura de las obligaciones recíprocas justifica la exigencia del cumplimiento, pero no la derogación de la regla general del requerimiento para la mora.
- Con el solo cumplimiento, sin interpelación, podría incurrir en mora quien no tuviese conocimiento del cumplimiento de la otra parte.
- El comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1.007 del Proyecto de 1851, antecedente del vigente artículo 1.100 en el sentido de que «el que no cumple mal puede reclamar del otro el cumplimiento y de consiguiente constituirle en mora», parece revelador de la sobrentendida necesidad de la reclamación.
- La adecuada correlación entre los artículos 1.101 y 1.501 del Código Civil así lo exige, pues partiendo el segundo de que la cosa ha sido ya entregada por el vendedor con la constitución en mora por el solo cumplimiento, los dos primeros números del artículo 1.501 o resultarían inútiles o habrían de entenderse referidos únicamente a supuestos en que la entrega no constituye por sí al comprador en mora.
- En caso de duda debería prevalecer la regla general (la necesidad del requerimiento) frente a la excepción.

A estos argumentos se añaden otras consideraciones de orden histórico y sociológico, a saber:

- La inexistencia en los antecedentes históricos y en los Códigos de nuestra área de un tratamiento especial y diferenciado de la mora en las obligaciones recíprocas.
- La progresiva práctica forense de solicitar y conceder intereses moratorios no desde el cumplimiento, sino desde la reclamación.

La tesis de ALBALADEJO es seguida sustancialmente por OGAYAR Y AYLLÓN, quien agrupa sus razonamientos fundamentales en cuatro apartados, que titula así: *razón histórica* (la del comentario al Proyecto de 1851), *razón legal* (la sistemática del art. 1.100), *la esencia de las obligaciones recíprocas* (la exigencia de su especial contextura) y *la relación entre los artículos 1.100 y 1.501*; para concluir que si estos argumentos no son decisivos por sí mismos,

al menos ponen en duda la veracidad de la tesis contraria (116). También es aceptada sin reservas por BADOSA COLL (117), O'CALLAGHAN MUÑOZ (118) y BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (119), habiéndose pronunciado asimismo en contra de la mora automática en las obligaciones recíprocas CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, para quien la automaticidad significaría desconocer la importancia de la culpabilidad de la parte que retrasa el cumplimiento de su prestación (120).

2.^a Tesis de la mora mediante el cumplimiento

La posición que excluye la necesidad del requerimiento para la mora en las obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo cuenta, desde luego, en su apoyo con la clara dicción del texto legal, según la cual «desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro». De ahí que los esfuerzos argumentativos de los partidarios de esta tesis hayan sido encaminados, más que a la interpretación de esta norma, a la justificación de su efectiva correspondencia con la estructura y configuración de aquella clase de obligaciones.

Superada ya en estos últimos años la consideración de la mora en las obligaciones recíprocas como un tercer supuesto de mora *ex re* excepcionante de la regla contenida en el párrafo primero del artículo 1.100, se ha defendido la innecesariedad del requisito interpelatorio para la mora en ellas apelando a la autonomía de las disposiciones legales que, aun comprendidas en un mismo precepto —el comentado art. 1.100—, establecen una regulación diferenciada para las obligaciones de vínculo sencillo y de doble vínculo desde la consideración de que en las primeras la constitución en mora del deudor precisa de la intimación, mientras que en las segundas dicha situación se produce con el solo cumplimiento de la contraparte. Ha sido CRISTÓBAL MONTES quien de manera más extensamente argumentada ha sostenido esta tesis (121).

(116) OOAYAR Y AYLLÓN, TOMÁS, *Efectos que produce...*, cit., págs. 28-32.

(117) BADOSA COLL, FERRÁN, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II: *Comentario al artículo 1.100*, Madrid, 1991, quien apunta también en favor de esta tesis la dicción del artículo 1.124.11 en cuanto contempla la exigencia del acreedor que ya ha cumplido su obligación, pág. 33.

(118) O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Compendio de Derecho Civil*, t. II, vol. 1.º, Madrid, 1987, págs. 149-150.

(119) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, PABLO, *El incumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 83-88.

(120) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, *La mora*, pág. 83.

(121) CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984, págs. 13 y sigs., especialmente págs. 61-89, en las que desarrolla la que califica como «nuestra posición».

Para el citado autor el artículo 1.100 formula, en su párrafo primero, la regla de la mora mediante reclamación para las obligaciones unilaterales y establece a continuación dos supuestos de excepción a dicha regla, para concluir con un párrafo dedicado a las obligaciones recíprocas, sin dependencia o conexión con lo establecido en la primera parte, que constituye una norma independiente, autónoma, del mismo rango y categoría que la antecedente. Si el requerimiento de pago sólo viene exigido por estricto mandato de la norma positiva respecto a las obligaciones unilaterales, ha de concluirse que desde el momento en que nos situamos en el campo de las obligaciones recíprocas la ausencia del requisito interpelatorio no dará lugar a la configuración de un supuesto excepcional más. En nuestro sistema no existe una auténtica regla general en materia de mora del deudor que pueda predicarse como operativa en todo tipo de obligaciones, sino dos: una aplicable a las obligaciones unilaterales (*mora mediante reclamación*) y otra a las recíprocas (*mora mediante cumplimiento*). La interpelación no hace falta porque la esencia de la obligación bilateral no reclama semejante conducta del acreedor para que el deudor quede incurso en mora. El deudor bilateral que cumple su obligación manifiesta de la manera más patente y contundente posible que está interesado en el contrato que le vincula y que aspira a obtener la contrapartida de la prestación de la otra parte. Exigir además del cumplimiento la interpelación, es por ello reiterativo e innecesario.

Aun sin hacer tanto hincapié en la autonomía de los dos regímenes jurídicos, la automaticidad de la mora por el cumplimiento en las obligaciones recíprocas de simultánea ejecución es asimismo defendida por Luis Díez-PICAZO, para quien en esta clase de obligaciones puede decirse con una frase expresiva que «es el sinalagma funcional el que *interpellat pro homine* y el que excluye la necesidad de una especial intimación» (122), y por LACRUZ y DELGADO, para los que «puede decirse que el cumplimiento hace las veces de interpelación, en el sentido no de que la contenga conceptualmente —lo que es fácilmente contingente—, sino de que el ordenamiento hace derivar de aquel en las obligaciones recíprocas las mismas consecuencias que de ésta en las simples» (123). De la misma opinión se muestra CARDENAL FERNÁNDEZ, para el que en las obligaciones recíprocas «el cumplimiento de uno de los

(122) Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 643, quien sin embargo considera que si ninguno de los contratantes ha cumplido y ambas obligaciones son exigibles, para constituir en mora una de las partes a la otra precisa la interpelación, además de poner la prestación a disposición del interpelado cuando ésta por sí sola no valga como intimación de la mora, lo que es cuestión de interpretación de la comunicación, *op. cit. y loc. cit.*

(123) LACRUZ y DELGADO, *Elementos...*, cit., t. II, pág. 250. Para los citados autores, «en las obligaciones recíprocas basta el cumplimiento de una de las partes para que la otra caiga en mora (dados los demás requisitos de ésta, excluido el de estimación)», *op. cit.*, págs. 249-250.

obligados o la simple oferta de cumplir tienen el significado y el valor de una declaración de voluntad dirigida al otro obligado para que verifique la prestación que le incumbe» (124). En parecidos términos se ha pronunciado recientemente Díez-Picazo Giménez cuando apunta que «si por definición este tipo de obligaciones han de cumplirse al tiempo, al unísono por ambas partes, no es necesario el requisito de la exigencia de la prestación porque basta que una cumpla para que esté exigiendo la correspondiente» (125). También Clemente Meoro parece inclinarse por esta tesis al examinar la mora en la resolución de los contratos sinalagmáticos (126).

Por su parte, los defensores de la automaticidad de la mora por el cumplimiento, y con particular detenimiento y profundidad Cristóbal Montes (127), han analizado y rebatido las objeciones planteadas por Albaladejo a la formulación tradicional de esta tesis con las consideraciones que resumidamente se expresan a continuación:

- La distribución formal del precepto no permite sustentar que la norma relativa a las obligaciones recíprocas constituya un caso más de *mora ex re*, pero tampoco que represente una disposición especial subordinada a la regla contenida en su párrafo primero, permitiendo asimismo concluir que este último, desde el punto de vista de su contenido institucional, se sale del marco de las obligaciones unilaterales en que hasta él se movía la norma para regular con independencia las obligaciones recíprocas.
- No existe, pues, una regla o principio general en materia de mora aplicable por igual a las obligaciones unilaterales y recíprocas, sino dos reglas correspondientes a dos diferenciados regímenes jurídicos.
- La posible ignorancia del cumplimiento del otro no obsta para la incursión en mora, pues lo que la Ley toma en cuenta es el desequilibrio patrimonial producido y su adecuado restablecimiento, sin perjuicio de poder tomar en consideración el posible error como causa de exoneración de la responsabilidad.

(124) CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, cit., pág. 200.

(125) Díez-Picazo Giménez, GEMA, *La mora y la responsabilidad contractual*, cit., pág. 574. En su opinión, «el legislador no toma como criterio para la constitución en mora automática de las obligaciones recíprocas su carácter sinalagmático, sino que únicamente está determinando el momento desde el que empezará a sufrir efectos la traslación de los riesgos fortuitos (cuando no se haya previsto algo distinto) y no el modo en que ésta ha de hacerse», *op. cit.* y *loc. cit.*

(126) CLEMENTE MEORO, MARIO, *La resolución...*, cit., págs. 193-194, apuntando que precisamente por la constitución en mora mediante el cumplimiento, sin necesidad de reclamación judicial o extrajudicial, «en la mayoría de los supuestos el deudor ya se encontrará en mora cuando el acreedor inste la resolución».

(127) CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL, *La mora del deudor...*, cit., págs. 33-59.

- La observación de GARCÍA GOYENA, amén de referirse al antecedente del primer inciso de este párrafo, no puede entenderse en el sentido de que si no hay reclamación no hay mora, sino en el más propio de que si no cabe reclamar el cumplimiento tampoco es posible constituir al deudor en mora.
- El artículo 1.501 contempla como hipótesis natural la del aplazamiento del pago del precio, que queda fuera del supuesto normal del artículo 1.100, atinente a las obligaciones recíprocas del cumplimiento simultáneo, aparte de que los dos primeros casos del artículo 1.501, por sus propias características y punto de partida, excluyen el juego de la mora.
- El tratamiento restrictivo del supuesto como excepción incurre en la petición de principio de dar por sentado la existencia de un principio general en materia de mora para todo tipo de obligaciones.
- La inexistencia de antecedentes sobre la mora en las obligaciones recíprocas en el Derecho Romano es explicable por la peculiar formación histórica de esta figura, siendo por lo demás constatable en los ordenamientos jurídicos actuales una tendencia favorable hacia la mora automática. Evidenciada por lo demás la vacilación de la jurisprudencia sobre la materia, la pretendida frecuencia de la demanda de intereses desde la reclamación tampoco corroboraría su conformidad con la recta interpretación de la normativa aplicable al caso.

b) *La interpretación de la norma por la jurisprudencia*

La jurisprudencia se ha mostrado vacilante en la interpretación del último inciso del artículo 1.100 del Código Civil, inclinándose en algunas sentencias por la necesidad de la interpelación y en otras por la suficiencia del cumplimiento por cualquiera de los obligados para la constitución en mora del otro.

1.^a La exigencia judicial del requerimiento para la mora

La *Sentencia de 17 octubre 1924* (C.L., n.º 30, T. 164) establece que «se incurre en mora desde la interpelación judicial cuando no se cumplen las obligaciones contraídas por una parte a pesar de cumplir el otro las recíprocas, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.100 y 1.101 del Código Civil». La claridad de sus términos dispensa de cualquier comentario.

La *Sentencia de 13 de abril 1931* (C.L., n.º 94, T. 199) niega que, pese al cumplimiento del vendedor, el comprador incurra en mora por la parte del precio pendiente de pago, porque, dice, «ésta no le ha sido reclamada expresamente». La declaración tiene sin embargo en el contexto de la sentencia un carácter

meramente incidental, pues el rechazo de la mora fue también y fundamentalmente debido a la reclamación al deudor de una cantidad (3.618 pesetas) muy superior a la realmente debida (9 pesetas) y ofrecida en pago al acreedor.

La *Sentencia de 15 marzo 1934* (Ar. 462) recaída en un supuesto de compraventa con precio aplazado en el que el vendedor, tras prorrogar el término concedido, siguió percibiendo intereses y pagos parciales, declara que «el comprador no incurrió en mora por no haber existido el requerimiento exigido por el artículo 1.100 del Código Civil». De reseñar es que se trataba de un contrato con prestaciones de cumplimiento no simultáneo en los que —sabido es— la especialidad de la mora en las obligaciones recíprocas no rige en plenitud.

La *Sentencia de 20 de febrero 1950* (Ar. 550), pese a reconocer que «en las obligaciones recíprocas el cumplimiento de la obligación por uno de los contratantes determina la mora para el otro», añade que no es «precisa la intimación del acreedor cuando la obligación, como ocurre en el supuesto de autos, así lo declare expresamente». Aunque el inciso parece indicar *a contrario* que de no excluirse la interpelación es necesaria (128), cabe dudar si con él no trata de reforzarse para el caso concreto enjuiciando la cuestionada inesariedad general del requisito interpelatorio en esta clase de obligaciones.

La *Sentencia de 26 mayo 1966* (Ar. 2744) declara, en relación a la parte del precio no pagada al entregarse las fincas vendidas, que «como no se fijó plazo para su abono la obligación resultó exigible desde que el vendedor lo reclamó», y que «al no atender este requerimiento el comprador incurrió en mora» (129). Del texto de la sentencia parece deducirse que las obligaciones contractuales no eran de cumplimiento simultáneo, hallándose diferido, aun sin señalamiento de término, el pago del precio por el comprador.

La *Sentencia de 26 febrero 1970* (Ar. 1013) señala que el artículo 1.100 «sólo hace nacer la mora sin necesidad de intimación en los casos determinados que cita», añadiendo que «según la interpretación que se respeta de la sentencia, el Convenio de 6 marzo 1967 requería para la producción de la mora intimación de la parte acreedora». En el caso de que se trata, pues, la interpelación venía exigida por el propio contrato, no pudiéndose descartar que en la mente del Tribunal estuviera la clásica concepción de la mora en las obligaciones recíprocas como uno de los casos de mora automática del artículo 1.100, derogada en este supuesto por el Convenio.

(128) Tal es la opinión de ALBALADEJO, *La mora en las obligaciones recíprocas...*, cit., pág. 20, y de OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos...*, cit., pág. 27.

(129) La sentencia, sin embargo, añade que «en atención a que disfrutando el comprador de los frutos de la cosa es justo que abone al vendedor el interés del precio no satisfecho, es aplicable el artículo 1.501», justificación que produce alguna perplejidad por cuanto los intereses a que se refiere el artículo 1.501.2.º son compensatorios y se deben desde la entrega misma de la cosa vendida; y los moratorios del número 3.º del mismo artículo se devengan con independencia de que la cosa vendida y entregada produzca frutos o rentas.

La *Sentencia de 22 octubre 1971* (Ar. 4724) rechaza la mora imputada al proveedor demandante, porque «el demandado no apremió ni intimó al demandante», pero también porque «no consta que efectuara objeción alguna a la recepción de los suministros que recibió y aceptó sin protesta, y así se montaron en la obra que estaba construyendo», refiriendo a este conjunto de circunstancias la falta de «los elementos que requiere el artículo 1.100 del Código Civil para la existencia de la mora». La sentencia parece poner el acento más que en la falta de una necesaria interpelación en la aquiescencia o tolerancia del acreedor con el cumplimiento retardado de su deudor (130).

La *Sentencia de 28 noviembre 1978* (Ar. 4296), que la doctrina suele citar entre las que exigen el requerimiento (131), no contiene una declaración significativa al respecto, aunque sí concluye que «la compradora recurrente ha incurrido en mora a tenor de los presupuestos que el artículo 1.100 establece».

La *Sentencia de 2 enero 1980* (Ar. 77), en un supuesto de compraventa de ganado, considera inaplicable «la mora del artículo 1.100 del Código Civil, dado que nunca se requirió de pago al comprador»; pero también porque «en su actitud nunca se apreció *animus* de mora cuando siempre estuvo dispuesto a pagar» y porque habiéndose declarado el incumplimiento del contrato «recíproco no cabe hablar de mora ni del comprador ni del vendedor». La falta de intimación no es, por tanto, la única ni la fundamental razón para el rechazo de la mora.

La *Sentencia de 9 junio 1986* (Ar. 3298), a propósito de un contrato de compraventa de vivienda en construcción, declara que podría afirmarse la mora del deudor, «pues aparte haberse pactado una fecha para la entrega, el acreedor demandante (comprador) interpeló al deudor demandado (vendedor) a través de las actas notariales de que se deja hecho mérito..., con cuya interpelación e intimación se dio satisfacción a lo dispuesto en el artículo 1.100 del Código». La resolución, sin embargo, termina rechazando la mora en cuestión: de una parte, porque mediaron dificultades significativas de fuerza mayor para el remate de la obra, y de otra, porque el requerimiento moratorio no contenía el pago u ofrecimiento del resto del precio pactado, «actitud indispensable para el efecto de la mora según el párrafo último del ya citado artículo 1.100».

La *Sentencia de 15 julio 1991* (Ar. 5388), relativa a una compraventa con precio fraccionado en plazos sucesivos, establece que incumplida una obliga-

(130) Para CRISTÓBAL MONTES la resolución deja, sin embargo, «bien patente cómo la intimación de pago se configura para el Tribunal con las características de un auténtico elemento esencial o requisito para la situación misma de *mora insolviendo*, en *La mora del deudor...*, cit., pág. 31.

(131) Así LACRUZ y DELGADO, *Elementos...*, cit., t. II, pág. 251; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil*, cit., «Comentario al artículo 1.100», pág. 369, y CRISTÓBAL MONTES, *La mora del deudor...*, cit., pág. 31.

ción a su vencimiento el comprador incurre en mora y viene obligado al abono de intereses; pero advierte que «la constitución en mora del deudor presupone la intimación judicial o extrajudicial del acreedor (art. 1.100), y en este caso no hay constancia de que la misma se produjera hasta el día 22 de febrero de 1983 por lo que se refiere al plazo vencido en 11 de junio de 1982, y el día 18 de febrero de 1986 respecto a todos los restantes». De reseñar es, una vez más, que las obligaciones recíprocas contraídas no eran tampoco en este caso de cumplimiento simultáneo, sino sucesivo.

La *Sentencia de 21 noviembre 1994* (Ar. 9324) desestima el recurso por el que los vendedores de un piso entregado en 1977 reclamaban los intereses moratorios devengados desde el 1 de mayo de 1978 en que los compradores debían haber abonado el resto del precio pactado al habérseles reconocido su devengo en la sentencia de instancia tan sólo desde el 7 de septiembre de 1983 en que efectuaron su reclamación. La sentencia, que mantiene el pronunciamiento recurrido, declara que el artículo 1.100 «sólo distingue en realidad dos tipos de mora, la que exige requerimiento y la automática, comprendiendo esta segunda dos supuestos (1.º y 2.º), de manera que no hay un tercero, pues el segundo (*sic*) párrafo debe interpretarse en relación con los anteriores del artículo en el sentido de acumular a los generales un requisito más de la mora propio de las obligaciones recíprocas». Dos circunstancias vale la pena reseñar: una, que estamos de nuevo ante un contrato con prestaciones de cumplimiento no simultáneo, y otro, que al vencimiento del término para el pago del resto del precio siguió una aparente pasividad o tolerancia de los vendedores en la exigencia del importe que se les adeudaba.

El examen de las sentencias hasta aquí analizadas evidencia que en muy pocas ha sido sólo la exigencia de la interpelación para la mora en las obligaciones recíprocas causa determinante del fallo pronunciado, y en la mayor parte de las que lo han sido se ha referido a obligaciones bilaterales de cumplimiento no simultáneo, en las que incluso para quienes defienden la tesis de la «mora automática» o «mediante el cumplimiento» la del sujeto favorecido por el plazo precisa de la intimación (132). Si bien hasta en las sentencias más recientes la necesidad del requerimiento moratorio aparece afirmada cuando lo es, incidentalmente y sin mayores desarrollos argumentativos por parte del Tribunal, no puede desconocerse que la tesis de la «mora mediante la reclamación» va abriéndose camino especialmente en la denominada jurisprudencia menor o doctrina de las Audiencias Provinciales (133).

(132) Así Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 644; LACRUZ y DELGADO, *Elementos...*, cit., t. II, vol. 1.º, pág. 250; PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Mora*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, cit., pág. 647, y Díez-PICAZO, GEMA, *La mora...*, cit., págs. 576-578.

(133) La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 10 mayo 1993* declara que «la exigencia o intimación del acreedor, que normalmente constituye un requisito esencial para que pueda constatar el incumplimiento obligacional del deudor y su cons-

2.^a La innecesidad del requerimiento para la constitución en mora

La *Sentencia de 15 febrero 1905* (C.L., n.º 60, T. 100) establece que «si bien es doctrina legal..., que en términos generales sólo existe mora después del requerimiento que produce la responsabilidad de los daños y perjuicios, es asimismo principio admitido por la jurisprudencia derivado de la Ley 5.^a, título 4.º, libro 5.º del Fuero Juzgo, que no es justo que una de las partes se aproveche de la cosa recibida y de la que, a su vez, está obligado a entregar, razón por la cual el comprador que no satisface el precio después de recibir la cosa debe pagar intereses por mora según aquella Ley; y que aplicado al caso del presente recurso por tratarse de obligaciones recíprocas de las que es tipo el contrato de compraventa, aquel principio de justicia en que también se funda el último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil según el cual el mero incumplimiento de la obligación por parte de uno de los obligados en las recíprocas determina la mora para el otro, es obvio que no habiendo el demandado pagado la cantidad líquida en dinero efectivo, que por sí se obligó a satisfacer en cambio de lo que obtuvo, debe intereses por mora». De esta doctrina se hace asimismo eco con posterioridad la *Sentencia de 17 enero 1967* (Ar. 77).

La *Sentencia de 31 mayo 1916* (C.L., n.º 97, T. 136) declara rectamente aplicado el artículo 1.501, en relación con el artículo 1.100, al establecer la sentencia de instancia que «comprador se constituyó en mora desde que le fueron entregados los toros, y a partir de este acto debe intereses a la vendedora».

La *Sentencia de 24 octubre 1941* (Ar. 1091) señala que «el artículo 1.100 del Código Civil en su último párrafo hace innecesaria la intimación del acreedor en las obligaciones recíprocas..., lo que aplicado al caso (suministro de

titución en mora, sufre una transformación cuando de obligaciones recíprocas se trata, ya que además del requerimiento previo del acreedor a que se refiere el artículo 1.100 del Código Civil y que algún sector doctrinal y una reiterada jurisprudencia viene considerando innecesario en estos casos..., la *mora solvendi* exige que el acreedor se haya anticipado a cumplir su prestación o se manifieste dispuesto a cumplirla» (Ar. Civ. 952/1993).

La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 noviembre 1993*, relativa como la anterior a un contrato de compraventa, establece que «al no producirse la mora de forma automática de carácter legal, haría falta un requerimiento a la otra parte, ya que de lo contrario sería lo mismo que constituir en mora a quien no se ha enterado de que la otra parte ha cumplido» (Ar. Civ. 2298/1993).

También las *Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 mayo 1993* (RGD, núm. 594/1994, págs. 2637 y sigs.) y de la *Audiencia Provincial de Madrid de 10 octubre 1995* (RGD, núm. 615/1995, págs. 13838 y sigs.) optan por declarar necesaria la interpe-lación en sendos contratos sinalagmáticos —de arrendamiento y garantía bancaria a primera demanda respectivamente—, bien que advirtiendo, tras exponer las tesis sobre el particular, que las obligaciones contraídas en ellos no eran de cumplimiento simultáneo.

leche) significa que desde el momento en que vencían los términos señalados en el contrato de autos para pagar el precio de las entregas de leche la obligación recíproca se convertía en pura y quedaba incurso en mora el comprador». En el caso enjuiciado no se trataba tanto de obligaciones de cumplimiento no simultáneo (134) cuanto de obligaciones de tracto sucesivo. Aplicando el mismo razonamiento, establece la *Sentencia de 1 mayo 1950* (Ar. 728), a propósito de un contrato de arrendamiento, que «desde el momento en que vencía cada uno de los términos señalados en el contrato para el pago de la renta la obligación recíproca de satisfacerla se convertía en pura, incurriendo en mora el arrendatario al no abonar su importe en las fechas señaladas».

La *Sentencia de 9 noviembre 1944* (Ar. 1183), cuya doctrina reproducen las de *29 noviembre 1982* (Ar. 6938), *26 febrero 1985* (Ar. 775) y *27 mayo 1985* (Ar. 2814), mantuvo en relación con el último párrafo del artículo 1.100 la interpretación «de no ser necesario el requerimiento previo al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe». La declaración, sin embargo, tiene en el contexto de estas sentencias carácter incidental, pues el razonamiento se dirige en todas ellas a justificar la necesidad del requerimiento prevenido en el artículo 1.504, de aplicación preferente sobre aquél.

La *Sentencia de 22 marzo 1950* (Ar. 710) razona que «incumplido el compromiso (de suministro) por el actor, no tenía el recurrente precisión de requerirle para situarle en mora porque, a tenor de lo estatuido en el artículo 1.100, en las obligaciones recíprocas es innecesaria toda interpelación, por lo mismo que desde que uno de los obligados cumple su obligación comienza la mora para el otro».

La *Sentencia de 17 marzo 1956* (Ar. 1168), si bien recuerda que en las obligaciones recíprocas «la mora... comienza para uno cuando el otro cumple su obligación», lo hace a mayor abundamiento, pues reconoce que desde el año 1920 en que el acreedor cumplió su obligación —trabajos de albañilería contratados a tanto la unidad de medida— viene reclamando el pago de su importe en la parte que dejó de satisfacerlo el deudor demandado.

La *Sentencia de 27 enero 1978* (Ar. 16) declara que el último párrafo del artículo 1.100 establece sin el menor género de dudas que «en las obligaciones recíprocas... la mora empieza para el incumplidor desde que el otro contratante cumplió su obligación, sin necesidad, como dice la *Sentencia de 22 marzo 1950*, de previa interpelación del acreedor».

La *Sentencia de 29 marzo 1985* (Ar. 1256) señala que «precisamente el juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución en mora de uno de los obligados cuando el otro sujeto del contrato cumplió las suyas, efecto que se produce de modo automático cuando se trata de negocios en los

(134) En contra, ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES califica estas obligaciones como de cumplimiento no simultáneo en *La mora...*, cit., pág. 20.

que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad sin referirlas a tiempos diversos; y en el caso debatido es incuestionable que la morosidad de la empresa comitente surgió sin más una vez que la sociedad contratista dio fin a las obras contratadas de carpintería y acristalamiento, haciendo entrega a Z., S.A.». De reseñar es que en la sentencia se hace hincapié en la innecesidad de requerimiento cuando las obligaciones recíprocas son de simultáneo cumplimiento. Su doctrina viene a reproducirse en la más reciente *Sentencia de 23 marzo 1992* (Ar. 2277).

La *Sentencia de 13 marzo 1987* (Ar. 1478) razona en relación con el último párrafo del artículo 1.100, en un arrendamiento de obra con término esencial para la entrega, que «no cabe argumentar la necesidad de interpelación o intimación de la mora».

La *Sentencia de 21 abril 1987* (Ar. 2719), tras recordar el tenor del último inciso del artículo 1.100, señala que «habiendo cumplido el demandante las obligaciones que le incumbían, no es de aplicación lo dispuesto en el párrafo 1º de dicho precepto y sí lo establecido en aquel inciso final».

La *Sentencia de 23 marzo 1992* (Ar. 2277) niega al vendedor la posibilidad de «intimar de mora al comprador al no estar él en condiciones de cumplir lo que le incumbía», argumentando que «la mora en las obligaciones recíprocas no nace hasta que los otros obligados no han cumplido su obligación».

La *Sentencia de 7 junio 1995* (Ar. 4632) finalmente, aun sin abordar directamente la mora, parece inspirarse en esta doctrina cuando afirma que «en una de las obligaciones sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo, demostrado que una de las partes quería cumplir, estaba dispuesta a cumplir seriamente, la otra ha de hacer lo mismo para no caer en incumplimiento».

En suma, las sentencias examinadas rechazan en términos concluyentes la necesidad de la intimación para la mora en las obligaciones recíprocas, si bien las más recientes vienen a matizar esta doctrina, limitándola a las de cumplimiento simultáneo. Aun sin extensos desarrollos argumentales, este criterio es, en la mayor parte de ellas, determinante del fallo. Asentado principalmente en la clara dicción del último párrafo del artículo 1.100, no faltan en su justificación alusiones a la equidad y a la reciprocidad funcional de las obligaciones constituidas. De reseñar es, en cambio, el escaso eco que en esta jurisprudencia ha tenido la superada construcción doctrinal de la mora en las obligaciones recíprocas como un tercer supuesto de mora *ex re* excepcionante de la regla que encabeza el citado precepto legal.

c) *La interpelación y la regla de la simultaneidad en el cumplimiento*

El Código Civil, separándose de la tradición romanista que el Derecho intermedio acuñó con la expresión *dies interpellat pro homine*, conforme a la

cual el simple vencimiento del plazo da lugar a la *mora debitoris* sin necesidad de acto alguno de reclamación por parte del acreedor, ha establecido como regla, cuando menos para las obligaciones unilaterales o de vínculo sencillo, la exigencia de la interpelación para la constitución en mora del deudor, sujeto o no a plazo, sin más excepciones que las enumeradas en el párrafo segundo del repetido artículo 1.100.

Como ha puesto de relieve CARDENAL FERNÁNDEZ (135), las funciones que la doctrina científica asigna a la interpelación del acreedor son distintas según se trate de obligaciones sin plazo o sujetas a él. En las primeras la intimación constituye un instrumento necesario para la fijación del término del vencimiento, sin el cual el deudor no puede ser considerado en retardo. En la segundas, producido el vencimiento del plazo, la reclamación cumple una triple finalidad: hacer cesar la presunción de tolerancia comunicando al deudor el interés del acreedor en el cumplimiento inmediato y sin dilación alguna de la obligación, constatar formalmente el retraso en el cumplimiento debido y poner en marcha los efectos jurídicos vinculados a él.

La exigencia de requerimiento en las obligaciones a plazo ha sido ampliamente cuestionada en la consideración de que tal trato de favor, concesión proteccionista a los intereses del deudor, responde a realidades superadas desde el punto de vista social y económico (136) y carece de una lógica justificación en cuanto el señalamiento de un término para la prestación evidencia el deseo del acreedor de obtener en él su realización (137).

Resulta sin embargo evidente, a tenor del párrafo primero del artículo 1.100, que el vencimiento de la obligación y su consiguiente exigibilidad no constituyen, por lo general, al deudor en inmediata situación de mora. Por el contrario, para que éste tenga lugar ha de sumarse a la exigibilidad de la

(135) CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 198 y sigs.

(136) Ha señalado sobre el particular BENATTI que esta doctrina tradicional fue elaborada cuando sólo se recurría al crédito para satisfacer las necesidades más apremiantes de la existencia, por lo que era natural dispensar un trato de favor al deudor; pero que la vida moderna no justifica el mantenimiento de la misma regla, sobre todo teniendo en cuenta que muchas veces los deudores son empresas más poderosas que los acreedores, en *La costituzione in mora del debitore*, Milán, 1968, págs. 185, 187 y 217 y sigs., cit. por PUIG BRUTAU, *Mora*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, pág. 646, y por CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo...*, cit., págs. 220 y sigs.

Para Díez-PICAZO, LUIS, el apartamiento de la regla *dies interpellat pro homine* «debe considerarse como un presente realizado a la idea de favor del deudor», en *Fundamentos...*, cit., pág. 633.

(137) Como dice Mucius SCAEVOLA, «si se fijó un término para el cumplimiento y no hay acto ninguno del acreedor que contradiga su deseo de obtener en el día señalado la cosa o servicio que se convino, ¿por qué ha de aplazarse ese término sin consentimiento del acreedor poniendo a su cargo riesgos que no es presumible que trate de correr?», *Comentarios al Código Civil*, t. XIX, Madrid, 1902, pág. 455.

prestación la efectiva exigencia de su cumplimiento. En las obligaciones unilaterales, por el propio sentido unidireccional del vínculo obligatorio que ninguna contraprestación requiere del acreedor, esta exigencia se materializa en la necesidad de la formal interpelación al deudor, que con la intimación recibida deviene compelido al inmediato cumplimiento de la obligación, quedando desde ese momento incurso en mora. Por el contrario, en las obligaciones bilaterales de simultánea efectividad, puras o aplazadas, la ejecución de cualquiera de ellas comporta la exigencia de la correlativa como una natural consecuencia de la regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones recíprocas; una exigencia que al deudor no le es dable desconocer no sólo porque aparece sancionada por la propia Ley (art. 1.100, último párrafo) de ignorancia inexcusable (art. 6, párrafo 1.º, CC), sino porque es de esencia a la simultaneidad la realización de las prestaciones a un mismo tiempo y, a todas luces, acorde a la reciprocidad la simultaneidad que como regla se predica. La necesidad o no de la interpelación para la mora no deriva, pues, sólo de la naturaleza unilateral o bilateral de las obligaciones, sino del modo simultáneo o sucesivo en que estas últimas han de cumplirse (138).

La normal simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones recíprocas es —como antes se ha dicho— susceptible de derogación convencional mediante un acuerdo de voluntades dirigido a la ejecución anticipada o aplazada de una de ellas. Este acuerdo puede producirse, expresa o tácitamente, al tiempo de constituirse la relación obligatoria o en el curso de su desarrollo. Incluso cumplida por una de las partes la prestación que le incumbe, los actos posteriores del contratante cumplidor pueden evidenciar la voluntaria concesión al otro de un aplazamiento de la suya para su posterior realización en un solo acto o fraccionadamente. Constatada esa positiva voluntad más allá de la paciente espera o de la resignada tolerancia, la mora del deudor queda sujeta al régimen de las obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo.

Conforme a la opinión dominante (139) en esta clase de obligaciones, para que el contratante cumplidor constituya en mora al favorecido por un aplazamiento determinado o indefinido de su prestación ha de dirigírle la oportuna interpelación, requisito éste que también habrá de observarse para la constitución en mora del obligado a cumplir en primer lugar que no realiza su prestación, aunque en este caso el contratante beneficiado por el plazo tan

(138) Así lo reconocen explícitamente las precitadas *Sentencias de 20 marzo 1985 (Ai. 1256)* y *23 marzo 1992 (Ar. 2277)*.

(139) Así DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 644, quien explícitamente reconoce compartir en este punto la opinión de ALBALADEJO; LACRUZ y DELGADO, *Elementos...*, cit., t. II, pág. 250, y DÍEZ-PICAZO, GEMA, *La mora...*, cit., págs. 576-578. A estas opiniones habrían de sumarse, obviamente, la de quienes para todos los supuestos consideran precisa la intimación del deudor.

sólo haya de cumplir u ofrecer la suya tras el vencimiento del término con que deviene exigible.

La jurisprudencia parece confirmar la opinión expuesta. Baste recordar la exigencia del requerimiento interpelatorio para constituir en mora:

- a) Al comprador con precio aplazado que habiendo recibido la cosa vendida deja de satisfacer el importe adeudado al vencimiento del término establecido (SS. 15 marzo 19341 Ax. 462 y 21 noviembre 1994/ Ar. 9324).
- b) Al comprador a quien a la entrega de la cosa vendida se le permitió posponer el pago del precio sin señalamiento de término para hacerlo efectivo (S. 26 mayo 19661 AY. 2744).
- c) Al comprador con precio fraccionado en sucesivos plazos por cada uno de los vencimientos en que se haya producido el impago (S. 15 julio 1991/Ai. 5388).

Tratamiento distinto del de las prestaciones diferidas o aplazadas parece asignar la jurisprudencia a las continuadas o de tracto sucesivo en que las prestaciones de una y otra parte van sucediéndose en el tiempo de forma ininterrumpida y regular. Tal sucede en el arrendamiento con la cesión del uso y el pago periódico de rentas por él, o en el suministro regular con las entregas sucesivas y el abono de sus respectivos importes en los términos establecidos al efecto. Así, el Tribunal Supremo ha declarado innecesaria la interpelación para la constitución en mora:

- a) del arrendatario por el impago de las rentas en las fechas señaladas (S. 1 mayo 1950/Ar. 728) (140), y
- b) del adquirente por suministro de leche por el impago del precio establecido al vencimiento de los términos señalados en el contrato de autos (S. 24 octubre 1941 /Ar. 1091).

De reseñar es que el retardo en alguno de estos pagos periódicos no supone el de los demás si se han satisfecho a sus respectivos vencimientos. Ello, como apunta CANO (141), significará «que cada prestación parcial está

(140) Sin embargo, alguna sentencia, como la de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 mayo 1993 (RGD, núm. 594/1994, págs. 2637 y sigs.), aplica a las rentas de un arrendamiento de vivienda el régimen propio de las obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo, exigiendo para constituir en mora al arrendatario el oportuno requerimiento.

(141) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, IGNACIO, *La mora...*, cit., pág. 38, aunque —como se ha dicho— defiende la mora interpelatoria. Señala así el citado autor que en las obligaciones recíprocas de tracto sucesivo, entre las que cita el pago de rentas de alquiler, «el acreedor de estas prestaciones deberá en cada caso y respecto de cada deuda vencida

o debe estar sujeta a una situación moratoria diferente, incomunicada e incomunicable con todas las demás».

d) *Los requisitos de la mora mediante el cumplimiento*

La suficiencia del cumplimiento para constituir en mora al deudor en las obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo determina la innecesariedad en ellas del requerimiento preciso en las demás obligaciones, pero no la exclusión de los demás requisitos propios de la mora; pudiendo afirmarse, con CARDENAL FERNÁNDEZ, que «existe una innegable coincidencia sustancial entre la mora interpelatoria y la que nace de forma automática en las obligaciones recíprocas» (142).

Conjugando las características propias de este tipo de obligaciones con las exigencias generales o comunes a la constitución de la mora en cualesquiera de ellas, puede afirmarse, recapitulando cuanto hasta aquí ha quedado expuesto, que la apreciación de la denominada «mora mediante el cumplimiento» exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.º Que se trate de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo

El último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil sólo es aplicable, tal como en el mismo se advierte, a las obligaciones recíprocas y, según ha quedado dicho, únicamente lo es en plenitud o con automatismo excluyente de la interpelación a las de cumplimiento simultáneo. Tal simultaneidad ha de constituir una exigencia natural y por ello mismo evidente del contrato y no haber sido objeto de derogación por la voluntad expresa o tácita de las partes, que en cualquier tiempo pueden válidamente convenir el aplazamiento o la ejecución diferida de cualquiera de las prestaciones correlativas, con o sin señalamiento de término para su cumplimiento.

2.º Que las obligaciones sean susceptibles de causar la mora de los obligados

Para que cualquiera de los deudores recíprocos pueda reputarse incurso en mora es necesario que la obligación a su cargo sea:

(por ejemplo, renta mensual) hacer la interpelación que sitúe en mora al deudor, ya que tales pagos tienen una estructura autónoma e independiente de los demás», *op. cit.*, pág. 84.

(142) CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo en el cumplimiento...*, cit., pág. 200.

— *Positiva*, esto es, de dar o hacer. Las negativas —se dice— (143) se cumplen o se incumplen, pero no se cumplen tarde. Ello es así cuando el comportamiento negativo preexistía a la constitución de la obligación y tan sólo se persigue asegurar su continuidad, pero no cuando su observancia ha de iniciarse con posterioridad. En tal caso, señala CANO, «más que de no hacer se trata de dejar de hacer lo que ya se venía haciendo» y «resulta incuestionable que en este tipo de obligaciones es posible la mora» (144).

— *Exigible*, por ser de carácter civil y no hallarse sujeta a término inicial o condición suspensiva de vencimiento o cumplimiento pendientes. La pendencia del término o de la condición excluye la mora, siendo asimismo de recordar que cuando afecta a una sola de las prestaciones se produce la quiebra de la simultaneidad en el cumplimiento.

— *De objeto cierto y determinado, líquido* si fuera de naturaleza pecuniaria. Faltando dicha certidumbre resulta asimismo cuestionable tanto la exigibilidad de la obligación como la imputabilidad del retraso al deudor. Tratándose de deudas dinerarias, la jurisprudencia, en aplicación de la máxima *in illiquidis non fit mora*, ha venido declarando con reiteración que la iliquidez de la cantidad adeudada es incompatible con la declaración de mora en el deudor (145) y que es ilíquida la deuda cuando la determinación de su cuantía precisa la sustanciación de un proceso (146) o resulta debida cantidad inferior a la reclamada (147).

Esta doctrina ha sido sin embargo matizada a partir de la *Sentencia de 5 marzo 1992* (Ar. 2389) (148), que iniciando una corriente más atenta a la tutela de los derechos del acreedor considera más justo que en los supuestos en que pueda colegirse en la litis la existencia de una deuda en favor del actor y en contra del demandado se entienda que «la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma aun cuando fuese menor de la por él reclamada», evitando de este modo que los

(143) Así LACRUZ y DELGADO, *Elementos...*, cit. t. II, pág. 246.

(144) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, IGNACIO, *La mora...*, cit., pág. 18.

Las obligaciones de dejar de hacer, como señala MOISSET DE ESPANES, suelen en la práctica forense producirse en los casos de prohibiciones estipuladas para impedir la continuación de actividades negociables competitivas, «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer», *RGLJ*, núm. 4, 1975, págs. 345-359.

Cfr. también sobre el particular DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 627.

(145) Así, por todas, *Sentencias de 4 abril 1986* (Ar. 1793), *12 julio 1988* (Ar. 5687) y *5 marzo 1990* (Ar. 1896).

(146) Cfr. *Sentencias de 30 noviembre 1982* (Ar. 6940), *20 mayo 1987* (Ar. 3539), *4 noviembre 1991* (Ar. 8139), *29 febrero 1992* (Ar. 1405), *7 abril 1995* (Ar. 2989) y *19 junio 1995* (Ar. 5322), entre otras muchas que asimismo se citan en ellas.

(147) Cfr. *Sentencias de 4 abril 1986* (Ar. 1793), *12 julio 1988* (Ar. 5687) y *28 octubre 1988* (Ar. 7776), entre otras muchas.

(148) Continúan sus doctrinas, entre otras, las *Sentencias de 17 febrero 1994* (Ar. 1619), *18 febrero 1994* (Ar. 1098), *21 marzo 1994* (Ar. 2561), *19 junio 1995* (Ar. 5324) y *21 julio 1995* (Ar. 6195).

frutos de las cosas debidas —léase frutos civiles o intereses— se «produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor» (149). Con esta doctrina trata de evitarse —como señala la *Sentencia de 21 marzo 1994* (Ar. 2561)— que la determinación del saldo en supuestos en que no constituya un obstáculo dificultoso por encima de la voluntad de las partes sea utilizada como un recurso dilatorio por el deudor renuente al pago en una litigiosidad meramente artificial.

En los supuestos de liquidez parcial la doctrina se ha mostrado contraria al rechazo global de la mora. Como dice Luis Díez-PICAZO, «el que debe *algo* y no paga *nada* no obra bien ni su conducta es ajustada a Derecho. Una impugnación por excesividad de la pretensión del acreedor supone, por hipótesis, un allanamiento a una parte de la misma, y por lo menos en esta parte el deudor está en mora» (150).

— *De posible cumplimiento*, tanto desde el plano objetivo de la realizabilidad de la prestación como desde el subjetivo del interés del acreedor. Siendo la obligación de imposible cumplimiento o habiendo frustrado el retardo en su ejecución el fin normal del contrato o las legítimas expectativas del acreedor, no se estaría en un caso de mora sino de ejecución total y, en definitiva, de incumplimiento resolutorio del contrato.

3.º Que el acreedor cumpla, ofrezca seriamente o ponga a disposición del deudor la prestación exacta que correlativamente le incumbe

El requisito se ha examinado ya en profundidad al comentar el segundo de los presupuestos de la denominada *compensatio morae* y la interpretación doctrinal y jurisprudencial del último inciso del artículo 1.100 del Código Civil, siendo procedente la remisión a lo allí expuesto en evitación de inútiles repeticiones.

Oportuno parece, sin embargo, apuntar aquí que del mismo modo que la intimación, en cuanto declaración recepticia, ha de ir dirigida al deudor y

(149) De reseñar es que este mismo argumento es el que en las *Sentencias de 15 febrero 1905* (C.L., n.º 60, T. 100) y *17 enero 1967* (Ar. 77) se esgrimía para justificar la mora automática o sin necesidad de interpelación en las obligaciones recíprocas.

(150) Véase *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. 1.º, Madrid, 1966, pág. 505. Afirma en esta línea Díez-PICAZO, GEMA, que «admitiendo la posibilidad de una iliquidez parcial o relativa de la obligación, hay que afirmar que si el deudor incumple absolutamente el pago quedará automáticamente constituido en mora en la parte que conoce y que no se discute... En la parte discutida se deberá analizar no la imputabilidad del incumplimiento al deudor, sino más bien su inimputabilidad... Así, será el deudor incumplidor en esa parte discutida quien deba probar... la efectiva y razonable iliquidez y no la aparente indeterminación de la misma», *La mora y la responsabilidad contractual*, cit, págs. 533-534.

conforme a la opinión dominante (151) no provoca la constitución en mora del destinatario sino desde su recepción en términos que le permitan tomar conocimiento efectivo de ella y adoptar las medidas conducentes al cumplimiento que le es debido, el ofrecimiento o la puesta de la prestación a disposición de la otra parte han de ser conocidos por ella para que pueda considerársele morosa en la realización de la que correlativa y simultáneamente le correspondía ejecutar. No parece, pues, atendible la objeción opuesta por ALBALADEJO (152) a la mora mediante el cumplimiento de que su automaticidad permitiría que una de las partes incurriese en mora aun antes de conocer que la otra había cumplido.

4.º Que el deudor retarde culpablemente el cumplimiento de su prestación

Aunque el Código Civil no exige expresamente este requisito, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en la necesidad de su concurso para la apreciación de la mora, de suerte que el retraso en el cumplimiento resulte en definitiva imputable al dolo o la negligencia del deudor. Siendo la imputabilidad un presupuesto de la responsabilidad por incumplimiento, ha de serlo también de la mora, de suerte que su exclusión en los supuestos del artículo 1.105 es asimismo predicable de ésta.

La culpabilidad del retraso supone su conocimiento y, por ende, en las obligaciones recíprocas de simultánea ejecución, el del cumplimiento de la

(151) Para FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, «en principio, pues, el giro desde la intimación del artículo 1.100 quiere decir desde que la intimación es conocida por la persona a quien se dirige; mas tampoco es suficiente, porque el que se disponga a cumplir una vez conocida la intimación no debe incurrir en mora desde el instante del conocimiento de su contenido. Luego además de que la intimación llegue a conocimiento del deudor, es preciso que rehuse el cumplimiento», *La intimación del acreedor en la mora ex persona*, cit., pág. 359.

De la misma opinión se manifiestan DÍAZ PAIRÓ, *Introducción al Derecho de Obligaciones*, cit., pág. 142; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil*, cit., pág. 227; LACRUZ y DELGADO, *Elementos...*, cit., t. II, pág. 247, y ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil...*, cit., t. XV, vol. 1.º, «Comentario al artículo 1.100», págs. 361-362.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO distingue entre la interpelación y la intimación, refiriendo el primer vocablo a la llamada de atención al deudor y el segundo al conocimiento por éste de la advertencia, lamentando las consecuencias que se derivan de su confusión en la práctica, en *La mora*, cit., págs. 32-34.

La *jurisprudencia*, sin embargo, tratándose de interpelaciones judiciales ha venido refiriendo el momento de la constitución en mora a la interposición de la demanda en que comúnmente entiende producida la reclamación (SS. 29 diciembre 1951/Ar. 258 y 21 noviembre 1988/Ar. 9039, por todas); aunque no falten sentencias, como la de 27 abril 1950 (Ai. 572), que lo sitúan en la fecha del emplazamiento.

(152) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *La mora en las obligaciones recíprocas*, cit., pág. 23, y *Comentarios al Código Civil...*, cit., t. XV, vol. 1.º, «Comentarios al artículo 1.100», pág. 365.

obligación correlativa generador de la mora (153); pero además requiere que la imposibilidad de cumplir puntualmente no sea debida a caso fortuito o fuerza mayor salvo que tales riesgos hayan sido asumidos por el deudor.

La jurisprudencia se ha hecho eco del requisito de la culpabilidad en la mora, exigiéndolo, entre otras, en *Sentencias de 18 junio 1964* (Ar. 3930), *8 junio 1966* (Ar. 3024), *16 diciembre 1968* (Ar. 111 de 1969) y *12 febrero 1986* (Ar. 549). Así ha podido declarar que no incurre en mora quien procuró cumplir la obligación contraída removiendo los obstáculos que a ello se oponían cuando el retraso se deriva de un estado de hecho conocido y aceptado por igual por los dos contratantes (*S. 23 octubre 1957*) Ar. 3391) o es consecuencia de dificultades significativas de fuerza mayor (*S. 9 junio 1986*/Ar. 3298).

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI
Magistrado

(153) Para CANO, «la culpabilidad que existe en la mora y que es necesario que se dé en ésta es una culpabilidad cualificada». Tras señalar que para que ésta sea apreciable ha de concurrir el requisito de la interpelación, añade que «no basta que ésta se haga, es necesario además que llegue a conocimiento del deudor y que éste se oponga a satisfacer la prestación en tiempo», lo que —a su juicio— «añade a la posible culpabilidad determinante del retraso una matización que supone la potenciación de tal elemento culpabilista», en *La mora*, cit., pág. 28.