

# El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos

LUIS DIEZ - PICAZO  
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. El incumplimiento contractual como un presupuesto del ejercicio de la acción de resolución del contrato.—2. La delimitación del concepto de “incumplimiento” en la teoría general de las obligaciones.—3. El incumplimiento resolutorio.—4. Las características del incumplimiento resolutorio según la jurisprudencia del T. S.: a) La voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido; b) El hecho obstativo que de modo absoluto impide el cumplimiento; c) La coordinación de las dos exigencias jurisprudenciales.—5. El retraso en el cumplimiento y la resolución del contrato: las líneas generales de la doctrina jurisprudencial: a) La frustración del fin práctico perseguido; b) El interés atendible en la resolución.—6. Los casos de retraso resolutorio y la jurisprudencia del T. S.: a) El retraso resolutorio como incumplimiento puro y simple; b) El retraso no resolutorio: diversificación de supuestos.—7. El retardo y la mora dentro del cuadro de la resolución del contrato.

1. *El incumplimiento contractual como un presupuesto del ejercicio de la acción de resolución del contrato.*—Constituye uno de nuestros más queridos, comunes y generalizados tópicos, en materia de resolución de los contratos bilaterales o sinalagmáticos ex art. 1.124 Código civil, la afirmación según la cual el ejercicio de la acción resolutoria requiere “que haya verdadero y propio *incumplimiento*”, al cual no es equivalente, según se nos dice, el “mero retraso” en el cumplimiento de la obligación. Estas afirmaciones, nacidas y desarrolladas en el seno de la jurisprudencia del T. S., han sido recibidas y adoptadas por la doctrina de los autores, sin que se haya hecho, ni intentado, ningún análisis y ninguna puntualización previa. Ocuire, además, que, no obstante, ser el tema de la resolución de los contratos en virtud del juego del artículo 1.124 C. c. un tema de debate casi diario y de una constante aplicación en la práctica forense, no se ha llevado a cabo todavía un estudio detenido de los perfiles que el instituto de la resolución presenta en nuestro Derecho positivo vigente. Los autores, señaladamente en los manuales y en los tratados de Derecho civil, se limitan normalmente a transcribir o a resumir esquemáticamente los razonamientos de las sentencias

del T. S., dándolos por buenos y generalizando unos dichos que históricamente aparecieron muy condicionados por el planteamiento de los casos concretos. Ello le ocasiona al intérprete y al jurista práctico alguna perplejidad y alguna zozobra. ¿Es que cuando un contratante se retrasa o incide en mora, el otro contratante no puede ejercitar la acción resolutoria y desvincularse de la relación contractual?

Cuando el tema comienza a analizarse y se intenta desbrozar el camino, ocurre la primera sorpresa. La afirmación según la cual el “mero retraso” no es, en materia de resolución, equivalente al “incumplimiento verdadero y propio”, no es la afirmación genuina y original del T. S., que se encontraba mucho más matizada, sino que procede de ella por vía de simplificación y de generalización. Si bien se mira, lo que el T. S. ha dicho es que “el mero retraso no es *en algunos casos*, equivalente al incumplimiento”. De esta suerte, parece que hay unos casos en que el retraso es equivalente —a efectos de la acción resolutoria— al incumplimiento llamado verdadero y propio, y otros casos en que no lo es. ¿Cuándo y por qué se produce esta equivalencia y cuándo y por qué no se produce? La respuesta no aparece nada clara.

Por otro lado, una escisión tan tajante entre “verdadero y propio incumplimiento” y “mero retraso” exige que los dos términos de la disyuntiva se delimiten y se maticen con algún cuidado. ¿Cuándo hay “incumplimiento” y cuándo hay “retraso”? La respuesta tampoco es clara.

Finalmente, cabe observar que aunque el artículo 1.124 del C. c. establece en su párrafo 1.º como premisa de la resolución del contrato el que uno de los contratantes “no cumpliera” la obligación que le incumbe, en su párrafo tercero dispone que los tribunales decretarán la resolución de no haber causas justificadas que *autoricen* para señalar un plazo (1). Lo cual, rectamente entendido, parece que quiere decir que la regla general en los casos de retraso —pues si se puede todavía señalar un plazo es porque hay un simple retraso— es la resolución y que la no-resolución es algo excepcional que tiene que venir *autorizado* por una “causa justificada”, causa justificada que tampoco ha cuidado nadie de aclarar en qué debe consistir.

---

(1) MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VIII, 4.ª edic. Madrid, 1929, pág. 147, dice que la facultad concedida a los tribunales en el tercer párrafo del artículo 1.124 C. c. para otorgar un plazo, “únicamente podrá tener aplicación cuando el cumplimiento se refiera al tiempo y no revele el propósito de dejar en absoluto incumplida la obligación, y menos aún la imposibilidad de llevarla a cabo, pues únicamente en aquel caso tendría la concesión de plazo razón de ser y resultado”.

La interpretación del párrafo tercero del artículo 1.124 puede plantear algún problema en orden a la determinación de su alcance. Literalmente, el precepto parece referirse a obligaciones originariamente puras, puesto que habla de “señalar plazo”. Cabe, sin embargo, pensar que puede ser aplicado a obligaciones originariamente a término, en cuyo caso la facultad judicial sería de señalamiento de *nuevo* plazo o nuevo término, como dice el artículo 1.504.

2. *La delimitación del concepto de "incumplimiento" en la teoría general de las obligaciones.*—Para resolver el problema que hemos dejado planteado en las líneas anteriores, la primera tarea que se impone y que se hace preciso acometer es la de tratar de delimitar de algún modo el concepto de "incumplimiento", aparentemente sencillo, pero sólo aparentemente sencillo, y tratar de averiguar qué es lo que se quiere decir cuando al incumplimiento se le califica como "verdadero" y como "propio" y cuando se le contraponen al "mero retraso".

La doctrina navega en este punto por un mar de confusiones. "Hay que distinguir —se nos dice— aquellas causas de incumplimiento de la obligación que afectan a la esencia de ésta, haciendo imposible su realización, y aquellas otras que, sin afectar fundamentalmente al vínculo ni imposibilitar la prestación, suponen una defectuosidad o mal cumplimiento de lo convenido. En el primer caso se habla de incumplimiento propio. En el segundo caso, de incumplimiento impropio; su hipótesis más importante es la del incumplimiento con relación al tiempo que determina el concepto de mora" (2). El párrafo transcrito, que puede considerarse como una muestra muy caracterizada de lo que hoy es la doctrina dominante y generalmente admitida en nuestro país, implica ideas muy distintas y suma cantidades que son entre sí heterogéneas. En primer lugar, puede observarse que el análisis y la tipificación de los fenómenos aludidos no se monta, aunque otra cosa inicialmente se diga, sobre las "causas de incumplimiento". La pregunta por las "causas de incumplimiento" tendría que ajustarse al esquema "por qué se ha incumplido". Y la respuesta tendría que ser o bien porque el deudor ha querido incumplir, o bien porque no ha podido cumplir, y en este último caso, porque se lo ha impedido un hecho imprevisible e inevitable, o porque se lo ha impedido un hecho que pudo y debió preverse y evitarse. En nuestra doctrina dominante, el pretendido análisis sobre las "causas de incumplimiento" constituye en rigor un estudio sobre situaciones objetivas: lo que debía hacerse, no se ha hecho, se ha hecho mal o se ha hecho tarde.

En segundo lugar, obsérvese que se habla de unas "causas de incumplimiento" que afectan a la "esencia" de la obligación y de otras que sin "afectar fundamentalmente al vínculo suponen una defectuosidad", pero el modo cómo esas "causas de incumplimiento" afectan a la "esencia" de la obligación o al "vínculo", es algo que queda sin aclarar. Finalmente, situar el "incumplimiento con relación al tiempo", dentro del género del mal cumplimiento o cumplimiento defectuoso, no parece que sea acertado. Es verdad que aquello que se ha hecho tarde, no está bien hecho. Pero la hipótesis del retraso y de la "mora

---

(2) CASTÁN, *Derecho civil español*, tomo III, 7.ª edición, Madrid, 1951, página 117.

debendi" me parece que no es tanto el caso de lo que se ha hecho tarde como el caso de lo que todavía no se ha hecho.

Para tratar de deslindar nuestro tema y fijar de algún modo el concepto de "incumplimiento" dentro de la teoría general de las obligaciones, creo que cabe separar dos situaciones que *prima facie* se presentan como distintas. La primera situación es aquella en la cual el deudor no ha realizado la prestación debida que le incumbía ejecutar. Por el momento, y sin prejuzgar más, esta situación puede ser denominada como situación de "no-prestación" (3). La segunda situación, en cambio, es aquella en la cual el deudor ha realizado una prestación, pero esta prestación realizada por el deudor no coincide enteramente o no se ajusta por completo con el programa o proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria. Para denominar esta segunda situación, cabe hablar de "prestación defectuosa" (4).

Tomemos ahora la primera de las hipótesis antes esbozadas, es decir, la hipótesis de "no-prestación". La situación que entonces contemplamos supone que, en el momento establecido para ello en el acto de constitución de la relación obligatoria o, si se prefiere, en el momento en el cual nos encontramos, no se ha realizado o ejecutado ninguna prestación. Pues bien, una situación semejante, objetivamente considerada, esto es, analizada en sí misma y, por consiguiente, sin enjuiciar, ni valorar la responsabilidad—culpa o no culpa—que en ella hayan podido tener las partes, adquiere unos perfiles claramente distintos según que se contemple teniendo en cuenta la posibilidad de una posterior o ulterior realización de la prestación por parte del deudor o teniendo en cuenta la posibilidad de una ulterior satisfacción de su interés por parte del acreedor.

Conjugando ambos factores, las combinaciones admisibles son tres.

1.º El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento oportuno en que estaba obligado a ejecutarla, pero la prestación es, objetivamente considerada, todavía posible y es todavía idónea para satisfacer el interés del acreedor. En todos estos casos, en rigor, hay un retraso, que puede llegar a convertirse en mora si se dan o aparecen los requisitos necesarios para colocar al deudor en esta especial situación jurídica—intimación, etc.—.

2.º El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento oportuno y la prestación en sí misma es todavía posible, pero es ya inidónea para satisfacer el interés del acreedor, porque el logro del interés demandaba, según lo estipulado, la ejecución precisamente en

---

(3) La expresión "no prestación" (Nichtleistung) puede encontrarse en HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, págs. 72 y sigs.

(4) La expresión "prestación defectuosa" o "prestación mal hecha" se encuentra generalizada en la doctrina germánica; cfr. GECHNITZER, *Schuldrecht*, Wien, 1965, págs. 49 y sigs.

el momento previsto (término esencial) (5). En este caso la “no prestación” es un “no cumplimiento” que se traduce en una definitiva insatisfacción del derecho del acreedor.

3.º El deudor no ha realizado ninguna prestación y, además, la prestación prometida se ha tornado sobrevenidamente imposible. En tal caso, la situación es también de no cumplimiento y de definitiva insatisfacción del derecho de crédito.

Con estas premisas como punto de partida creo que podemos tratar ya de situar el concepto de “incumplimiento”. Se advertirá en seguida que en éste como en tantos otros campos, el lenguaje de los juristas se debate entre equívocos. Pues en la idea de “incumplimiento” cabe observar matices distintos o diferentes cargas de sentido según que el fenómeno se contemple desde la perspectiva del deber jurídico que pesa sobre el deudor o desde la perspectiva del derecho o interés del acreedor. Desde el primero de los puntos de vista esbozados, lo que habrá que preguntarse es en qué medida el deudor ha observado o ha infringido el deber jurídico que le incumbe. Desde el segundo punto de vista, en cambio, la pregunta deberá dirigirse a investigar en qué medida ha recibido satisfacción o ha sido lesionado o vulnerado el derecho o interés del acreedor a cuyo logro la relación obligatoria se dirigía. Así las cosas, cabe un concepto muy amplio de “incumplimiento” considerando esta idea como sinónima de toda infracción del deber jurídico que el deudor soporta. El deudor incumple, o no cumple, siempre que infringe el deber jurídico que le atañe. En cambio, el concepto adquiere una tonalidad diversa y puede restringirse si la idea de infracción del deber jurídico se conjuga con la idea de satisfacción o de violación del derecho de crédito. Cabe de esta manera pensar que: a) la infracción del deber jurídico comporta una irremediable y definitiva lesión del derecho de crédito: o bien que, b) comporte una insatisfacción del derecho de crédito que es todavía remediable y por consiguiente no definitiva.

Coordinando cada uno de los factores que hasta aquí han ido apareciendo, podríamos establecer dentro del amplio género del “incumplimiento-infracción”, las siguientes especies:

a) Un incumplimiento definitivo y un incumplimiento no definitivo. El primero se produce si el término era esencial o si la prestación ha devenido imposible. El segundo, *grosso modo*, parece coincidir con la hipótesis de retraso.

b) Un incumplimiento total y un incumplimiento parcial.

c) Un incumplimiento por omisión de la prestación y un incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa.

---

(5) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Término esencial*, en A. D. C., VII, 3, 1954, págs. 937 y sigs.

3. *El incumplimiento resolutorio.*—Esbozada la anterior clasificación podemos preguntarnos ya cuál o cuáles son los tipos de fenómenos de incumplimiento que facultan a quien los sufre para ejercitar la acción de resolución del vínculo contractual (6).

No cabe duda de que un incumplimiento por omisión de la prestación, que sea al mismo tiempo definitivo y total, permite poner en marcha la acción resolutoria. El problema lo plantean las hipótesis restantes, es decir, a) el incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa; b) el incumplimiento parcial, y c) el incumplimiento no definitivo o retraso.

a) El incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa ha sido considerado por la jurisprudencia de nuestro T. S. como "incumplimiento resolutorio". En el caso que decidió la sentencia de 16 de enero de 1930, el dueño de un molino imputaba a una sociedad vendedora de maquinaria haberle vendido e instalado unas máquinas de moler harina, que no eran aptas para poner en movimiento las dos piedras de que el molino constaba, y cuyas correas no eran a propósito, dada la humedad del molino. El T. S. entendió que la Audiencia no había aplicado debidamente el artículo 1.124 del C. c. al desestimar la pretensión de resolución formulada por el comprador. En algunas otras sentencias, el T. S. ha propendido hacia la misma idea (7).

Sin embargo, por lo menos *prima facie*, es muy dudoso que el supuesto de incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa sea, rigurosamente hablando, un supuesto de resolución ex artículo 1.124. Ante todo, no debe olvidarse que el acreedor puede rehusar el pago si faltan los requisitos de identidad e integridad. Si el acreedor rehúsa justamente, en realidad lo que hay es no-prestación. Si el acreedor, en cambio, recibe el pago con conocimiento de la defectuosidad de la prestación, la aceptación sana los defectos y hay un cumplimiento liberatorio.

El problema del cumplimiento defectuoso de este modo se plantea solamente: a) cuando el acreedor sólo ha conocido los vicios o defectos después de recibir la prestación; b) cuando aun habiéndolos conocido antes, la rehúsa total no hubiera aparecido como justificada por ser la prestación en sí misma útil (p. ej.: el contratista ha ejecutado la obra, pero el material empleado en los elementos de saneamiento no era exactamente de la calidad pactada). En estos casos la buena fe parece imponer primariamente al acreedor el ejercicio de una pretensión de corrección o rectificación y, en su caso, una ade-

---

(6) Por supuesto que la resolución exige una relación obligatoria perfectamente caracterizada por su sinalgmaticidad y que el incumplimiento ha de referirse a la obligación central o principal y no a prestaciones accesorias o a deberes adicionales o deberes de conducta.

(7) En la Sentencia de 23 de noviembre de 1964, el artículo 1.124 se aplica para resolver un contrato de obra porque el contratista no había logrado la perfecta impermeabilización de la cubierta de una nave industrial, en la cual aparecieron, antes de finalizada la obra, algunas goteras. Vid. mis *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, tomo 1.º, Madrid, 1967, pág. 367.

cuada reducción del precio (*quanti minoris*). La acción resolutoria sólo está justificada si: a) el deudor no se allana a satisfacer la pretensión de rectificación y b) la prestación defectuosa no es útil para el fin a que se destinaba.

b) En términos generales el incumplimiento parcial ha sido admitido por la jurisprudencia de nuestro T. S. como incumplimiento resolutorio. Si el deudor ha pagado, v. gr., la mitad del precio estipulado y ha dejado de pagar la otra mitad, la otra parte contratante puede, sin duda, resolver el contrato. La buena fe puede, sin embargo, imponer alguna moderación al rigor del derecho del acreedor, especialmente si aquella parte de la prestación que aún no ha sido ejecutada, es infinitesimal o muy pequeña (p. ej., se debían cien y se han pagado noventa y cinco) y si la finalidad perseguida por el actor es diversa de la función económica y del interés tutelable a través de la acción resolutoria (p. ej.: el demandante trata de recuperar el terreno vendido y pagado en su casi totalidad para aprovecharse de una revalorización que ha experimentado) (8).

c) La cuestión relativa a la consideración del incumplimiento no definitivo o retraso como un posible incumplimiento resolutorio constituye el objeto específico de este trabajo, y—dentro de lo posible—será exployado en las páginas siguientes.

4. *Las características del incumplimiento resolutorio según la jurisprudencia del T. S.*—Para tratar de profundizar en el tema que hemos dejado planteado—de qué manera puede incidir en la resolución del contrato un incumplimiento de la obligación no definitivo, porque la prestación es todavía posible e idónea para satisfacer el interés del acreedor—quizá el camino más practicable sea estudiar los condicionamientos, requisitos o características que vienen siendo jurisprudencialmente exigidos para permitir la acción resolutoria. En nuestra jurisprudencia existe—según ha dicho el propio T. S.—una “marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual” (9) o, si se prefiere, un predominio de la idea de conservación del negocio. La resolución se torna de este modo un remedio excepcional, que no se liga a todo incumplimiento de contrato, sino que exige, por decirlo así, un incumplimiento en cierta medida cualificado. ¿Cuáles son las notas características que cualifican un fenómeno de incumplimiento contractual y lo elevan a la categoría de “incumplimiento resolutorio”? (10). La jurisprudencia de nuestro T. S. viene exigiendo, de

---

(8) Cabría aplicar en este supuesto la idea de la *exceptio doli* y del abuso del derecho de resolución.

(9) Cfr. S. T. S. de 10 de marzo de 1949, a la cual pertenece la expresión entrecuillada.

(10) JORDANO BAREA, *Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita*, A. D. C., IV, 1, págs. 303 y sigs., ha entendido que el incumplimiento ha de ser grave. Para que la resolución tenga lugar, dice este autor, hace falta que el juez considere sustancial la sobrevenida violación del contrato, de tal manera que legitime la demanda del acreedor dirigida a resolver el vínculo con-

una manera reiterada, como requisitos para que sea viable el ejercicio de la acción resolutoria del contrato “que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida” (11). De esta manera, parece que son dos las características del “incumplimiento resolutorio”: a) una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento; b) un hecho obstativo que de modo absoluto impida el cumplimiento.

a) *La voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido.*—Al requerir como presupuesto o como característica del incumplimiento resolutorio, que se patentice en el comportamiento del demandado “una voluntad deliberadamente rebelde al incumplimiento de lo convenido”, se introduce en el tema de la resolución lo que se ha podido llamar un “factor etiológico subjetivo” (12) o, dicho de otro modo, una valoración judicial del comportamiento del demandado: un enjuiciamiento de las causas o razones que han determinado el incumplimiento y un enjuiciamiento de los propósitos que revelan respecto a un ulterior cumplimiento. Con ello parece que se llega a la conclusión de que la resolución en vía judicial sólo puede ser acordada, cuando, además de ser el incumplimiento voluntario o doloso, concurren en la conducta del deudor la deliberación y la rebeldía. La deliberación parece indicar una plena conciencia en el incumplidor y la rebeldía un persistente propósito de mantenerse en la misma actitud (no ha cumplido y tiene el propósito de no cumplir) (13).

Estas conclusiones, que son el resultado lógico de la máxima jurisprudencial, abren, sin embargo, nuevos interrogantes, ¿qué ocurre, v. gr., en el caso de incumplimiento y negligente o debido a imprudencia? Una corriente jurisprudencial que aparece expresa, aunque incidentalmente formulada, en la Sentencia de 23 de noviembre de 1964,

---

tractual. El contrato es irresoluble, añade JORDANO, si el incumplimiento inexacto de una de las partes tiene escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra.

(11) Sentencias del T. S. de 5 y 9 de julio de 1941 y 12 de abril de 1945, entre otras muchas.

(12) Expresamente lo califica así la Sentencia de 23 de noviembre de 1964.

(13) PINTO RUIZ, en el Apéndice a la obra de Luigi Mosco, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Barcelona, s. f., pág. 367, interpreta la doctrina jurisprudencial acerca de la “voluntad deliberadamente rebelde”, señalando que en el terreno pragmático la mora deberá ser considerada como expresión de propio incumplimiento “cuando por su excesiva duración y alargamiento, sin justificación moral ninguna (no ya jurídica), da a conocer que no se trata de un retardo, sino que en realidad nunca va a cumplirse la prestación”. Es muy probable que la idea latente en la jurisprudencia sea precisamente ésta, pero conviene señalar que de este modo se altera la configuración jurisprudencial, pues ya no se trataría de una voluntad y un propósito de rebeldía, muy difícil de ser detectado, sino de inducir, presumir u obtener la conclusión, con base en el comportamiento del demandado, de que existió una expectativa o una objetiva probabilidad de una continuación futura del resultado de no-cumplimiento.

entiende que el incumplimiento que ha obedecido a una actuación negligente, imprudente o culposa del deudor produce sí la resolución, pero siempre y cuando de tal actuación surja el "acto obstativo" a que se viene refiriendo la jurisprudencia (14). Aunque no aparezca formulada con la claridad que sería de desear, la doctrina parece ser ésta: a) si hay deliberación y rebeldía en el deudor, basta con el mero hecho objetivo de no haber cumplido y los signos ostensibles de no querer cumplir para que la resolución pueda ser decretada, aun cuando el cumplimiento sea todavía posible y útil y por consiguiente haya retraso o mora; b) si hay imprudencia o incluso dolo, pero no deliberación y rebeldía, la resolución requiere la imposibilidad posterior de la prestación o la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato (acto o hecho obstativo).

Las cosas, sin embargo, probablemente son mucho más sencillas. La máxima jurisprudencial que viene exigiendo reiteradamente que en el incumplimiento resolutorio se patentice "una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido", no puede, ni debe, ser entendida de una manera literal. Probablemente, colocada en el concreto marco donde nació no enunciaba una exigencia positiva, sino que trataba de formular o de englobar casos en que la acción de resolución debía ser desestimada. Esto se comprueba buscando sus orígenes. Hasta dónde es posible establecerlo con una cierta exactitud, puede decirse que la idea de la "voluntad deliberadamente rebelde" aparece por primera vez en las Sentencias de 5 y 9 de julio de 1941, y viene a reanudar la afirmación anterior, según la cual el incumplimiento debe ser arbitrario y no de buena fe.

En el caso que decidió la Sentencia de 5 de julio de 1941 el actor demandaba la resolución de un contrato de cesión onerosa de un crédito que había celebrado con la demandada. El actor había vendido a la demandada un crédito que ostentaba contra un hermano de esta última. El precio de la cesión debía satisfacerlo la compradora en dos partes: una de cien mil pesetas, que pagaría con los dividendos de unas acciones que el actor tenía judicialmente retenidas, para lo cual el actor se debía cuidar de solicitar el alzamiento de la retención; el resto del precio lo pagaría a medida que lo permitiesen los ingresos de una testamentaria, pero nunca después del 15 de enero de 1934.

Un acreedor del cedente había obtenido la retención judicial del crédito que a aquél le correspondía por el precio de la cesión. La retención fue notificada a la demandada como deudora, con las consecuencias establecidas en el artículo 1.165 C. c. No obstante la interdicción, la cesionaria pagó al cedente una parte del precio —alrededor de unas sesenta mil pesetas—.

---

(14) "El factor etiológico subjetivo del incumplimiento—dice la citada sentencia— puede obedecer no sólo a la conducta dolosa de su agente productor, sino, también a su actuación negligente, imprudente o culposa, siempre que de ella surja el acto obstativo a que se refieren las sentencias antes enunciadas".

Más adelante, el actor-cedente, desentendiéndose del contrato de cesión, adquirió en subasta pública el mismo crédito por el enajenado y pidió la resolución del contrato de cesión, con indemnización de los daños y perjuicios sufridos, alegando que la demandada había incumplido su obligación de pago del precio. La pretensión del demandante fue acogida en la instancia, por entender los tribunales que si bien le había sido dirigida a la demandada la intimación preventiva en el artículo 1.165 C. c., como consecuencia de la retención judicial, siempre hubiera podido y, consiguientemente, debido hacer el pago por consignación, de suerte que al no hacerlo había dejado incumplida la obligación de pago del precio y este incumplimiento debía determinar la resolución del contrato de cesión.

El T. S. declaró haber lugar al recurso y sentó la doctrina que estudiamos, según la cual el “homenaje al respeto que los contratos lícita y válidamente celebrados merecen” impone que se impida que “se pronuncie la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se patentice de modo indubitado, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida”.

Más clara aún es la segunda de las sentencias—9 de julio de 1941—, donde la máxima acuñada se consagra. El actor era miembro de una sociedad de seguros mutuos contra incendios y había pagado puntualmente sus cuotas hasta el año 1936 inclusive. Quedó la población en que el actor vivía incomunicada con el domicilio social de la entidad demandada y no fue pagada a su tiempo la cuota correspondiente al año 1937. Apareció justificado en el pleito que durante ese período de incomunicación había ocurrido el siniestro cuya indemnización reclamaba el actor; que la sociedad hasta aquel momento no había adoptado acuerdo alguno para separar al actor de su seno; que después de la liberación se había admitido el pago de las cuotas atrasadas a otros mutualistas residentes en la misma población y que en cambio no se le había admitido al actor pese a sus reiteradas ofertas.

En la instancia se había absuelto a la sociedad demandada por entender que el actor había incumplido el contrato. Las ofertas de pago, no seguidas de consignación, no eran cumplimiento. El T. S. estimó, sin embargo, el recurso y casó la sentencia recurrida. Las ofertas de pago no liberaban al deudor, pero determinaban una mora *accipiendi* que cuando menos impedía dar al deudor el trato de moroso y obstaba la declaración autorizada por el artículo 1.124. Además, el retraso sólo había sido temporal y había obedecido a una causa cuya evidencia y legitimidad no era preciso encarecer.

b) *El hecho obstativo que de modo absoluto impide el cumplimiento.*—El segundo de los supuestos, en que, según la jurisprudencia de nuestro T. S., debe acordarse la resolución del contrato, lo constituye el caso en que el examen de los hechos patentiza que existe un “hecho obstativo”, que impide el cumplimiento de un “modo absoluto,

definitivo e irreformable". Ni la jurisprudencia, ni los autores han tratado de puntualizar esta afirmación, que en tan escuetos términos queda un poco confusa. La hipótesis de un obstáculo o impedimento, absoluto, definitivo e irreformable parece que puede ser englobada dentro de lo que la técnica moderna denomina imposibilidad sobrevenida de la prestación. Resultaría así que según nuestra jurisprudencia la imposibilidad sobrevenida de la prestación determina la resolución del contrato, con independencia —puesto que no se hace mención expresa a ello— de cuál haya podido ser la participación o la responsabilidad del demandado en tal imposibilidad. De esta suerte, constituyen factores de la resolución de contrato una imposibilidad de la prestación causada dolosa o culposamente por el deudor, pero también una imposibilidad sobrevenida de la prestación que sea fortuita. La imposibilidad sobrevenida fortuita, según esto, no pertenece a la teoría de los riesgos como la mayor parte de nuestra doctrina tradicional cree, sino al ámbito del artículo 1.124 C. c. (15).

Para decidir si esta conclusión es o no exacta, no disponemos de otros materiales que los que nos proporciona el texto del precepto. La doctrina tradicional venía entendiendo que el incumplimiento del artículo 1.124 exige responsabilidad —dolo o culpa—, aunque ciertamente el precepto no lo dice. El problema de los riesgos se convertía en una cabal laguna, pues, si bien el artículo 1.182 libera o exonera al deudor cuya prestación resulta imposible, nada dice sobre la repercusión que ejerce en la obligación recíproca (*periculum obligationis*). Si en el artículo 1.124 el "no cumplirse" se lee o se toma como un hecho escueto y objetivo —no ejecutar la prestación—, la laguna se llena y el problema se resuelve en una forma plenamente coherente con la naturaleza sinalagmática del vínculo (16).

c) *La coordinación de las dos condiciones exigidas por la jurisprudencia.*—La jurisprudencia, al establecer las condiciones del incumplimiento resolutorio, se ha producido en una forma alternativa: o bien una voluntad deliberadamente rebelde o bien un hecho obstativo. La alternatividad del enunciado parece indicar que cada uno de los términos de la alternativa cubre zonas de problemas o casos distintos. Pues bien, si ello es así y si, además, la hipótesis del "hecho obstativo" cubre el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación, tendremos que convenir en que la "voluntad deliberadamente rebelde" se refiere a casos en que la prestación y, por tanto, un cumplimiento posterior son todavía posibles, es decir, utilizando nuestra terminología, a casos en que el incumplimiento no es definitivo.

---

(15) La tesis fue ya sostenida por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en ENNECERUS, *Derecho de Obligaciones*, págs. 242 y 243, y recogida tímidamente por CASTÁN, op. y loc. cit., pág. 64. Naturalmente, como los autores citados señalan, esta doctrina no es aplicable en aquellos contratos en que existan preceptos especiales que contemplen la hipótesis de imposibilidad sobrevenida fortuita.

(16) Vid. PINO op. y loc. cit., págs. 370 y sigs.

5. *El retraso en el cumplimiento y la resolución del contrato: Las líneas generales de la doctrina jurisprudencial.*—Al principiar estas páginas hemos tratado de poner de relieve cómo el tópico según el cual “el mero retraso no equivale al incumplimiento”, en orden a la resolución del contrato, no tenía categóricamente entendido, una base auténtica en la jurisprudencia, pues el T. S. lo único que ha hecho es una afirmación muy relativa y muy matizada: el mero retraso no es *en algunos casos* equivalente al incumplimiento. De aquí se deduce —decíamos— que hay casos en los cuales la equivalencia se produce y casos en que no, o dicho de otro modo, que hay supuestos de retraso resolutorio y supuestos de retraso no-resolutorio. ¿Por dónde corre la línea divisoria que separa uno y otro grupo de supuestos? ¿Cuáles son las razones por las cuales el retraso en cumplir faculta a quien lo sufre para resolver el contrato y cuáles pueden ser las razones para excluir, aun habiendo retraso en el cumplimiento, la facultad resolutoria?

El dicho jurisprudencial más generalizado sobre el tema se enuncia del siguiente modo, “el mero retraso no es en algunos casos equivalente al incumplimiento, porque el retraso no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido en el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés jurídicamente protegible en que se decrete la resolución”.

El origen de la doctrina transcrita se encuentra en el caso de “Pellicer Simó, c. Banco de Reus” (17). La actora, su hijo y dos sociedades mercantiles, una de ellas en suspensión de pagos, habían sido deudores del Banco como consecuencia de la emisión y descuento de varias letras. En 1927, la actora celebró un convenio con el Banco por virtud del cual el Banco renunciaba a las acciones que ostentaba contra sus deudores, reservándose únicamente las que tenía contra la entidad suspensa. La actora se obligaba a indemnizar al Banco en la cantidad de 150.000 pesetas por las pérdidas o perjuicios que pudiera sufrir si en un plazo de cinco años no hubiese podido conseguir el reintegro completo de su crédito. Para garantizar esta obligación la actora constituía un depósito de metálico sin interés de las 150.000 pesetas, estipulándose que, como quiera que para efectuar dicho depósito, había tenido que recibir un préstamo del Banco de Cataluña, el demandado tomaba a su cargo la obligación de pagar los intereses de dicho préstamo. En 1931 el Banco de Reus se declaró en suspensión y no había pagado tales intereses. La actora pedía la resolución del contrato de 1927 y la restitución del depósito de las 150.000 pesetas.

La demanda resultó en definitiva desestimada y el T. S. declaró no haber lugar al recurso. La primera razón que el T. S. esgrime —y quizá la que iba más directamente al fondo de la cuestión— era la del carácter recíproco o sinalagmático de las obligaciones. Sin embargo, el T. S. no quiere profundizar en el tema y prefiere decir que en todo caso se trataría de un retraso del Banco que no justifica la resolución.

---

(17) Es la S. T. S. de 5 de enero de 1935.

“El mero retardo en el pago no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni que la parte adversa tenga un interés atendible en que se decrete la resolución”. Y añade: “el retraso que pudiera significar el no haber efectuado a su debido tiempo el abono en cuenta de dichos intereses no podría justificar el ejercicio de la acción resolutoria por la demandante, que no ha sufrido perjuicio alguno por ese retraso y que requirió a la otra parte para la resolución después de haber ya ésta realizado el pago.

La sentencia mencionada nos proporciona un buen punto de partida para tratar de investigar los perfiles del retraso resolutorio o retraso equivalente a incumplimiento, según el sentido de nuestra jurisprudencia. De las afirmaciones de la sentencia del T. S. de 5 de enero de 1935, que luego han sido reiteradas, parece desprenderse la siguiente afirmación: el retraso en el cumplimiento justifica la resolución del contrato: a) cuando determina una frustración del fin práctico perseguido por el negocio, y b) cuando determina en el otro contratante un interés atendible en la resolución.

a) *La frustración del fin práctico perseguido.*—La primera de las hipótesis de retraso resolutorio según la jurisprudencia, es la de retraso con frustración del fin. ¿Qué puede haber querido decir nuestro T. S. al hablar de frustración del fin? (18). Es algo que no puede saberse con exactitud. A mi juicio aquí —retraso con frustración— nos debemos encontrar en una hipótesis en que la prestación objetivamente considerada es posible, puesto que lo que se frustra es el fin y no la prestación. Sin embargo, la prestación retrasada, aun siendo posible, no permite alcanzar el fin que se perseguía. Y ello, obviamente, porque el término era un término esencial. El retraso en el caso de término esencial justifica plenamente la resolución.

b) *El interés atendible en la resolución.*—Mayores dificultades presenta matizar como condicionamiento del retraso resolutorio la existencia de un “interés atendible en que se decrete la resolución”. En sus estrictos términos literales, esta máxima jurisprudencial encierra un claro arbitrio judicial en torno a la resolución. Y aunque en el origen histórico del instituto de la resolución hay un amplio margen de discreción del juez, que los tribunales franceses han señalado reiteradamente y que en nuestro Derecho asoma en el inciso final del artículo 1.124, nuestra jurisprudencia, a lo largo de casi noventa años, ha ido realizando una labor de objetivación que merece ser continuada.

¿Cuál puede ser el “interés atendible” que hace del retraso una causa que justifica la resolución? La sentencia del T. S. de 5 de enero de 1935 recurrió, aunque muy lateralmente, a la idea de perjuicio. El retraso no podía justificar la acción resolutoria, porque la demandante no había sufrido perjuicio alguno. Sin embargo, el

---

(18) Sobre el tema de la “frustración”. ESPERT, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968.

perjuicio puede ser presupuesto del derecho a recibir una indemnización, pero nunca de la facultad de resolver. La búsqueda del “interés atendible” nos debe llevar por otros caminos.

6. *Los casos de retraso resolutorio y la jurisprudencia del T. S.*— La investigación de la línea divisoria entre el retraso resolutorio y el retraso no resolutorio, a través de la jurisprudencia del T. S., debe descender del cielo de las máximas abstractas y generales y pisar el suelo de los casos concretos. Situando la investigación en este plano y procediendo —dada la extraordinaria abundancia de materiales— según un método de “muestreo”, pueden esbozarse los siguientes grupos de casos.

a) *El retraso resolutorio como incumplimiento puro y simple.*— Hay, en primer lugar, una serie de casos en los cuales el retraso en la ejecución de la prestación contractualmente debida ha sido considerado como una causa justificativa de la resolución del contrato. En todos estos casos, los tribunales no han hecho distinciones, ni han establecido matizaciones, sino que han dicho sin más que había incumplimiento.

La sentencia de 25 de mayo de 1933 consideró que se había aplicado rectamente el artículo 1.124 del C. c., toda vez que el demandado no había abonado el precio del traspaso de un establecimiento y el precio de compra de unas partidas de vino en los plazos convenidos. Y la sentencia de 15 de enero de 1934 entendió que el retraso en la construcción de un barco, que no había obedecido a ninguna de las causas de fuerza mayor mencionadas en el contrato, constituía incumplimiento y liberaba, por vía de resolución del contrato, al recurrido del cumplimiento de sus obligaciones posteriores.

El examen pormenorizado de esta jurisprudencia parece demostrar que las cosas ocurren de diferente manera en vía de máxima y en la realidad jurídica. En vía de máxima, la resolución por retraso parecía excepcional: sólo si se ha frustrado el fin o si hay un interés atendible. De facto es al revés: el retraso es, por regla general, resolutorio y excepcionalmente se trata de salvar determinadas hipótesis de la resolución fundando el salvamento en razones de mayor o menor fuerza dialéctica.

b) *El retraso no resolutorio: diversificación de supuestos.*— Frente a los casos antes apuntados, en los cuales el retardo en la ejecución de la prestación ha sido considerado como incumplimiento puro y simple a efectos de la resolución del contrato, los casos de retraso no resolutorio han revestido características muy diversas, que hacen extraordinariamente difícil su sistematización. Por vía de ensayo se podría intentar, sin embargo, una tipificación.

1.º Retardo en la ejecución y cumplimiento tardío.—En algún momento anterior he apuntado la idea de que son diferentes desde el punto de vista de su valoración jurídica la hipótesis de lo que

todavía no se ha hecho y lo que se ha hecho ya, aunque tarde. En sede de resolución, un cumplimiento anterior al ejercicio de la facultad resolutoria, aunque sea objetivamente tardío, puede enervar la acción, si el término no era esencial y si el acreedor ha aceptado el pago. Esta distinción entre lo hecho tarde y lo no hecho aún, aunque no ha sido dibujada expresamente, parece latir en algunas sentencias de nuestro T. S. Así, en la sentencia de 24 de octubre de 1899 se pone de relieve que el demandado había hecho ya efectiva la obligación y en la sentencia de 5 de enero de 1935, antes citada, uno de los argumentos que se recogen es que el requerimiento para la resolución se había realizado después de que el requerido había efectuado ya el pago.

2.º Retraso del deudor y negativa de cobro del acreedor.—Un segundo grupo de casos, muy numeroso, está constituido por aquellos en que el deudor había intentado pagar y el acreedor se había negado a recibir o había impedido el pago. Ciertamente que por lo general no existía oferta formal, ni posterior consignación, pero la mora accipiendi impide la acción resolutoria. Este esquema aparecía muy claro en el caso del mutualista que contenía la sentencia de 9 de julio de 1941, más arriba examinada, y se ha repetido en buen número de ocasiones.

En el pleito que decidió la sentencia del T. S. de 13 de marzo de 1930 se trataba de un arrendamiento con opción de compra de una casa barata. El arrendatario comprador no había pagado las cuotas, pero se denegó la resolución del contrato porque se estimó probado que la otra parte se había negado a recibirlas para imponer determinadas modificaciones en el contrato. Muy parecido es el caso de la sentencia de 5 de junio de 1944, donde el demandado no había pagado el precio estipulado en una promesa de venta por haberse negado el promitente a recibirlo. La oferta de pago sin consignación no es cumplimiento, pero excluye la acción resolutoria.

3.º Prórrogas tácitas y tácita continuación de los pagos.—En el cumplimiento de obligaciones pecuniarias de carácter periódico—especialmente, pago fraccionado de un precio—, la infracción de los términos estipulados en el contrato no justifica la acción resolutoria si el deudor ha seguido pagando cantidades a cuenta del precio y el acreedor ha continuado recibéndolas.

En el caso decidido por la sentencia de 15 de mayo de 1934 se trataba de un contrato de venta de una finca que se había hecho con precio aplazado y con cláusula de reserva de dominio, estipulándose que el cumplimiento de esta condición suspensiva de la plena eficacia del negocio se haría constar en el Registro por medio de acta notarial. El comprador dejó de pagar el último plazo, pero obtuvo una serie de prórrogas. Después quiso pagar, pero el vendedor se negó a recibir el pago, canceló el asiento registral y vendió a un tercero. El comprador demandaba el cumplimiento del contrato y, si éste resul-

taba imposible, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Su pretensión triunfó en definitiva. Puesto que el término para el pago del último plazo del precio se había prorrogado y el vendedor siguió percibiendo los intereses y pagos a cuenta del precio, sin que hubiera mora del comprador, por no haberse producido el requerimiento exigido por el artículo 1.100 C. c., el comprador no había incumplido y el vendedor no podía legítimamente resolver el contrato. Era el vendedor, en cambio, el que había incumplido al transmitir la finca a un tercero, y este incumplimiento permitía decretar la resolución implícitamente pedida por el actor.

Un punto de vista muy similar adopta la sentencia de 28 de enero de 1944. Se trataba de una venta de inmuebles con precio aplazado. Los plazos contractuales no se habían cumplido, pero el actor había ido desembolsando cantidades hasta cubrir la mayor parte del precio. El último pago se había hecho el día anterior al en que el vendedor formuló el requerimiento resolutorio prevenido por el artículo 1.504 C. c. El comprador demandaba el otorgamiento de la escritura de venta y el vendedor oponía la resolución del contrato. Prosperó la pretensión del comprador.

4.º Incumplimiento transitorio por causas no imputables al demandado.—Aparece, v. gr., en la sentencia del T. S. de 24 de octubre de 1899: La demanda dirigida a que se declarase resuelta la obligación no prosperó porque el retraso en cumplir la obligación se debió a motivos no imputables al obligado.

7. *El retardo y la mora dentro del cuadro de las causas de resolución del contrato.*—En las páginas anteriores hemos tratado de demostrar que, no obstante los términos generales en que está concebida la doctrina, no es el incumplimiento definitivo la única causa de resolución del contrato, sino que la resolución se admite también aunque el incumplimiento sea no-definitivo y pueda por ello, grosso modo, considerarse como un retardo o retraso en la ejecución de la obligación. Este retraso o retardo no exige, en línea de principio, ninguna cualificación especial, determinada por una especial voluntad del deudor que sea deliberadamente rebelde, ni tampoco una frustración del fin del negocio. Más bien ocurre al contrario: determinados casos de retraso quedan excluidos exonerados de la sanción resolutoria cuando aparecen de algún modo justificados.

Admitido que el retraso en el cumplimiento de la obligación puede ser, en línea de principio y salvo excepciones, una causa justificativa de la resolución del contrato, lo que hay que preguntarse ahora es si en tema de resolución es suficiente el mero retraso o si se necesita además que el deudor haya sido constituido en mora. ¿Es la constitución en mora del deudor un requisito del ejercicio de la facultad de resolver el contrato? El problema aparece muy borroso, tanto en la literatura jurídica como en la jurisprudencia de nuestro país.

Existe un sector de la doctrina que estima necesaria la constitu-

ción en mora del deudor para que pueda entrar en juego la acción resolutoria (19), razonando sobre una serie de argumentos de muy distinta contextura y de muy distinto alcance, que quizá convenga esquematizar de algún modo.

1.º La naturaleza de la acción resolutoria.—La acción resolutoria, se nos dice, encuentra su fundamento en la idea de sanción. Es una sanción que se impone al contratante incumplido. Por ello, para que el incumplidor pueda ser sancionado es menester que antes sea considerado como responsable por la ley. Y la responsabilidad del deudor deriva de la mora, no del simple retardo.

El argumento no parece suficiente. En primer lugar, no es muy claro que la acción resolutoria sea primariamente una medida de sanción por el incumplimiento. En la base de la situación que da lugar a la resolución del contrato existe lo que se ha podido llamar una "anomalía funcional sobrevenida" (20). Como consecuencia de ella, se impondrá al incumplidor una determinada responsabilidad, pero se impone también, y antes que nada, una determinada protección al contratante que sufre la susodicha anomalía. A mi juicio, la acción resolutoria es más una medida de protección del interés del contratante cumplidor —permitiéndole desligarse— que una medida de sanción del incumplidor (21). La específica sanción del incumplidor es el deber de resarcimiento, pero no per se la resolución.

2.º La mora como instrumento de fijación del hecho del incumplimiento.—La constitución en mora del deudor —se dice— es necesaria para poner en marcha la resolución ex artículo 1.124, porque la constitución en mora llena la función de fijar con certidumbre el hecho del incumplimiento, de manera tal que faltando la constitución en mora no habría quedado fijada la inejecución de la obligación por parte del sujeto obligado.

A una conclusión semejante se podría llegar también cuando se parte de la idea acuñada por nuestra jurisprudencia sobre la "voluntad deliberadamente rebelde" al cumplimiento. El único medio de dejar constancia o de fijar la "rebeldía" es dar cumplimiento a los requisitos de la constitución en mora.

Frente a esta argumentación se ha dicho que con ella se asigna a la constitución en mora una función que no es la función típica que la ley le atribuye. La función de los actos de constitución en mora

---

(19) Vid. RUBINO, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, Riv. Dir. Comm., 1947, I, pág. 55, y VALSECCHI, en la misma Rev., 1964, II, página 281.

(20) La frase es de SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, 1964.

(21) Un argumento importante en favor de la tesis que ve en la acción resolutoria un medio de protección del acreedor y no un medio de sanción del deudor puede encontrarse en la idea de que la resolución juega también cuando la imposibilidad sobrevenida es fortuita (caso del hecho obstativo). Vid. supra, notas 15 y 16.

no consiste en “fijar” o dar certidumbre al incumplimiento, sino pura y simplemente en reclamar la prestación. Para que el deudor incumpla no es menester que el acreedor haya reclamado la obligación.

3.º La consecuencia del resarcimiento.—Puesto que la resolución lleva consigo el resarcimiento de los daños, se ha pensado, ello quiere decir que, en los casos de retardo, sólo la mora justifica la acción resolutoria, pues sólo de la mora deriva una pretensión de resarcimiento.

Sin embargo, como se ha señalado agudamente, la acción resolutoria transforma el incumplimiento en definitivo y constata la falta de satisfacción del derecho de crédito. El resarcimiento nace de este hecho y no, como en la simple mora, del hecho del retraso.

Los sostenedores de la tesis, según la cual en los casos de ejercicio de la acción resolutoria por retraso en el cumplimiento de la obligación no es necesaria una previa constitución en mora del deudor, encuentran el apoyo de su tesis en dos argumentos muy fuertes, que son, respectivamente, la letra de la ley y los antecedentes históricos de la llamada condición resolutoria tácita.

1.º La letra de la ley.—El artículo 1.124 deriva la posibilidad de resolver la obligación del puro y simple hecho de que el deudor no haya cumplido y no hace referencia alguna a la constitución en mora. Más aún, en aquellos casos en que el legislador ha querido que a la resolución preceda un requerimiento o una intimación, los ha impuesto de una manera expresa, como ocurre en el caso del artículo 1.504 C. c. La consideración del artículo 1.504 como *lex specialis* legitima la conclusión de que la *lex generalis* no impone la especial constitución en mora.

2.º Resolución y mora como cauces histórica y funcionalmente diversos.—Recientemente, BENATTI (22) ha recurrido, para apoyar la tesis según la cual la mora del deudor no es necesaria para la resolución del contrato, a los antecedentes históricos. La mora deriva del Derecho romano. La resolución tiene su origen en el Derecho común y singularmente en el Derecho consuetudinario francés. Primero fue una cláusula establecida expresamente, según la cual la inejecución de cualquiera de las obligaciones se consideraría como condición resolutoria. Más tarde la práctica jurisprudencial consideró sobreentendida esta cláusula o condición en todos los contratos sinagmáticos. Y fue esta práctica jurisprudencial la que se recogió en los Códigos civiles y cristalizó en ellos. La autonomía de la cláusula o condición resolutoria respecto de la mora queda demostrada desde el momento en que el poder de demandar la resolución del contrato no tiene nada que ver con los principios romanos sobre la mora *debendi*.

El argumento histórico es aparentemente muy fuerte, pero no es decisivo. La diversidad del origen histórico no comporta autonomía.

---

(22) BENATTI, Francesco, *La costituzione in mora del debitore*, Milán. 1968.

Por el contrario, aun tratándose de normas e instituciones con orígenes históricos distintos, su disciplina y funcionamiento en el Derecho moderno puede imponer la coordinación entre ambas si resulta exigida por aquellas finalidades de orden empírico que se trata de conseguir.

El razonamiento jurídico debe descender en éste como en tantos otros campos, del plano de la dogmática y de la pura lógica institucional al campo de la contemplación de casos e intereses concretos. Aquí podemos tropezar con las verdaderas raíces de nuestro problema. En la raíz encontramos experiencias que poseen un relieve muy singular. La primera de ellas es la experiencia jurisprudencial. La práctica de los tribunales ha tropezado insistentemente con una serie de casos que, objetivamente considerados, eran casos de retraso en el cumplimiento y que, por tanto, deberían haber sido llevados, prima facie, a la resolución ex artículo 1.124. Un sentido de justicia ha impuesto en todos estos casos una sin duda acertada exclusión del efecto resolutorio fundándola sobre una serie de máximas, de cuya fortuna dialéctica cabe, en cambio, dudar. Ocurre, sin embargo, si se mira bien, que todas esas hipótesis que han quedado expuestas supra —negativa de recibir, prórrogas tácitas, tácita continuación de los pagos, inimpuntabilidad del retraso, retraso purgado por el cumplimiento tardío, etc.— eran casos de retraso objetivo en los cuales, en cambio, no existía una genuina mora. Esta razón, que es, sin duda, una razón de orden más práctico que teórico, pero que creo que es legítima y enormemente significativa, induce a considerar que en principio es posible pensar que es la constitución en mora y no el retraso lo que justifica el ejercicio de la acción resolutoria.

La conclusión anterior tiene, sin embargo, su contrapartida, que aparece también muy sólidamente fundada en razones que son igualmente razones de orden práctico. La disciplina de la mora debendi conserva hoy una serie de exigencias de carácter formal que se concilian muy mal con las necesidades de los tiempos modernos. ¿Conviene imponer al acreedor la carga de constituir formalmente al deudor en mora? ¿Sería justo desestimar una demanda de resolución por un defecto de forma en la constitución en mora del deudor?

Para contestar a estos interrogantes parece necesario parar la atención en orden a la naturaleza y, sobre todo, en orden a la función que cumple la “situación de mora” (23). Es éste un tema que se encuentra extrañamente falto de claridad. En la doctrina parecen, sin embargo, dibujarse, aún sin unos perfiles nítidos, dos corrientes de pensamiento. Con arreglo a la primera, la “mora debendi” sería, por decirlo así, la traducción a términos jurídicos del retraso del deudor en el cumplimiento. El retraso por sí solo sería un hecho intrascendente. Sólo cuando al retraso se añaden los presupuestos de la mora, aparecen unas consecuencias jurídicas y el retraso se eleva a la categoría de

---

(23) Sobre el tema, vid el excelente trabajo de MELICH ORSINI, *La mora del deudor en el Derecho Venezolano*. Libro-homenaje a la memoria de R. GOLDSCHMIDT, Caracas, 1967, pág. 335.

lesión del derecho de crédito, constituyendo genuina violación de la relación obligatoria.

Con arreglo a una segunda manera de pensar, en cambio, el retardo es ya de por sí incumplimiento e infracción del deber jurídico del deudor y puede por sí sólo desencadenar responsabilidad. La mora no sería, según esto, nada más que un retardo caulficado, del cual surgen unas consecuencias jurídicas especiales y particularmente una especial agravación de la responsabilidad del deudor, que opera fundamentalmente en dos puntos: en punto a la conveniencia de asegurar una sanción eficaz en materia de obligaciones pecuniarias, donde no resulta fácil establecer la existencia y el alcance de los daños con arreglo a los principios generales de la teoría de la responsabilidad civil (problema de los intereses moratorios) y en puntos a la conveniencia de preservar el cumplimiento por equivalente más allá de los supuesto de responsabilidad subjetiva o culposa (problema de la traslación de los riesgos ex artículo 1.096 C. c.).

Cada una de estas dos diferentes concepciones del instituto de la mora ejerce un influjo decisivo en nuestro tema. Los sostenedores del primer punto de vista propenden obviamente a considerar necesaria la constitución en mora como requisito del ejercicio de la acción resolutoria, puesto que un retardo sin mora sería un hecho intrascendente y sin consecuencias jurídicas. En cambio los sostenedores del segundo punto de vista entienden que el simple retardo es incumplimiento y que la exigencia de la constitución en mora no aparece justificada.

¿Cuál de las dos diversas maneras de configurar la mora, que antes hemos tratado de bosquejar, es la que ha sido recibida en nuestro derecho positivo? No parece tarea fácil el determinarlo. La primera tesis —la mora como factor desencadenante de responsabilidad y como requisito constitutivo de incumplimiento o, dicho de otro modo, como “retardo jurídicamente relevante”— puede tener apoyo en algunos de nuestros textos legales, que parecen separar la “exigibilidad” como situación de apertura para el acreedor de la posibilidad de poner en marcha su derecho de crédito y la “morosidad” como hecho determinante de la responsabilidad del deudor (cfr. artículo 1.101), lo que, a su vez, encuentra justificación en la idea de que mientras el acreedor no reclama, el deudor no infringe, ni viola el derecho de crédito. En las obligaciones puras hay una exigibilidad inmediata (art. 1.113 C. c.), pero no hay responsabilidad del deudor mientras el acreedor no exige o reclama. En las obligaciones a plazo, la llegada del dies abre la exigibilidad (cfr. “serán exigibles”, artículo 1.125), pero no se coloca al deudor en situación de incumplimiento en tanto no preceda la intimación o interpelación, puesto que no rige en nuestro Derecho civil la máxima “dies interpellat pro homine” (art. 1.100).

La segunda tesis —la mora como situación de responsabilidad especialmente agravada— será grata a quienes gustan de creer que las instituciones y los fenómenos jurídicos son lo que aquellos efectos

que producen vienen a denotar. Pues parece cierto que en nuestro Derecho el término "mora" es más que otra cosa una "species facti" de dos muy concretas consecuencias jurídicas: la exclusión de la liberación del deudor en los casos de imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación de dar cosas determinadas con la consiguiente traslación del *interitus rei* (arts. 1.096 y 1.182), y la obligación de pagar intereses (arts. 1.106 y 1.501) en las obligaciones pecuniarias. En este sentido cabe señalar que nuestro Código civil no deriva la responsabilidad del deudor únicamente del hecho estricto de la morosidad, sino también del hecho de haber contravenido de cualquier otro modo el tenor de la obligación (art. 1.101).

Llevar a cabo una opción entre estas dos grandes maneras de configurar la mora —y, consiguientemente, el retardo no moroso— es una difícil y delicada tarea interpretativa, que sólo puede ser acometida después de ponderar, además de la exégesis estricta de los escasos preceptos legales que pueden ayudarnos a iluminar el panorama, toda una serie de factores de signo muy diverso, entre los cuales creo que no son los de envergadura menor aquellos que se refieren a la protección de los diferentes intereses en juego.

Ante todo, bueno será observar que una configuración de la mora como "retardo jurídicamente relevante" —con su inevitable secuela: que el retardo no moroso, aun siendo falta de puntualidad, no es constitutivo de infracción— será especialmente grato a los deudores, cuya posición resulta especialmente favorecida (*favor debitoris*) e ingrato para los acreedores, a quienes se impone la especial carga de llevar a cabo los actos desencadenantes de la responsabilidad —interpelación o intimación, etc.—. Desde el punto de vista general, denota una economía poco preocupada y poco escrupulosa por la puntualidad o donde la puntualidad o el tiempo o ritmo no juega un papel relevante o no suscita un interés vitalmente apreciable.

Desde otro punto de vista puede señalarse que mediante el sistema de mora como retardo jurídicamente relevante, queda bien guarnecido el interés del acreedor de dinero —banqueros, prestamistas, etc.— a través del juego del interés moratorio, mediante el mecanismo de la exoneración de la prueba del daño, y bastante bien guarnecido el interés del acreedor de una cosa concreta y determinada. Debe tenerse en cuenta que en ambos casos el interés del acreedor se dirige primaria o centralmente hacia el objeto de la obligación —el dinero, la *species*— y sólo en forma menor hacia el *tempus solutionis*.

En cambio, cuando de una economía monetaria, con intercambio de especies, que puede moverse a tempo lento, pasamos a una economía de intercambio masivo de géneros y servicios, que se engranan en el ciclo económico, el factor tiempo adquiere una relevancia primordial. Al fabricante le interesa disponer de las piezas contratadas en el momento en que lo demanda su programa o su plan de producción, y al comerciante recibir los géneros en la coyuntura en que lo exigen sus campañas de venta. El término no es aquí "esencial"

en el sentido riguroso de la palabra, pero el simple retraso comienza a adquirir una evidente relevancia, que no es ya sólo económica, sino también jurídica, como lo prueba el hecho de que nuestro Código de Comercio permita el “deje de cuenta” y la “rescisión por retraso”.

Sobre las distinciones anteriores, aún podríamos establecer una tercera: la que existe entre el caso en que el deudor ha visto transcurrir los plazos contractuales sin acometer en absoluto la prestación y el caso del deudor, en una relación obligatoria duradera—v. gr., suministros, obra—, que va cumpliendo el programa retrasadamente.

Como resumen de todo el razonamiento anterior, los casos de retraso en el cumplimiento de la obligación, a efectos del ejercicio de la acción resolutoria, pueden ser clasificados del siguiente modo:

1.º El deudor ha cumplido enteramente la prestación, aunque lo ha hecho con retraso. En este caso, el acreedor pudo ejercitar legítimamente la facultad de rehusar y si no lo hizo *sibi imputet*. No hay por consiguiente resolución.

2.º El deudor está cumpliendo la prestación, pero lo hace en forma retrasada. En este caso, si existe una específica penalización, es ésta la que debe encontrar aplicación. En otro caso el cumplimiento retrasado puede determinar la resolución del contrato, pero supuesto que el deudor está cumpliendo, aunque retrasadamente, parece necesaria la especial intimidación de la mora.

3.º El deudor no ha cumplido en absoluto la prestación y el plazo para realizarla ha vencido. En este caso, personalmente me inclino por admitir la posibilidad del ejercicio de la acción resolutoria sin necesidad de llevar a cabo especiales actos de intimidación para la constitución en mora del deudor.