

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

La mora en el Código Civil de Perú de 1984 (*)

LUIS MOISSET DE ESPANÉS (**)

SUMARIO: I.— Introducción. II.— Mora del deudor. Elementos. a) Efectos de la mora del deudor. b) Purga de la mora. c) La mora y las obligaciones recíprocas. III.— Mora «ex persona». IV.— Excepciones a la interpelación: a) Antecedentes del inciso 2 del art. 1333. b) Plazo esencial. c) El plazo como «motivo determinante». V.— Mora y obligaciones de dar sumas de dinero. VI.— Mora y obligaciones de no hacer. a) Justificación doctrinaria. Diferentes tipos de inactividad. b) Soluciones legislativas. c) El Código peruano de 1984. VII.— Mora del acreedor. a) Efectos de la mora del acreedor. VIII.— Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

He elegido como tema de este estudio el régimen de la mora por el parentesco que existe entre el Código civil peruano y varias legislaciones hispanoamericanas que adoptan el sistema de la mora «ex persona», consagrando como excepción a la necesidad de interpelar aquellos casos en que de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del plazo de cumplimiento fue un «motivo determinante», excepción que reconoce como antecedente uno de los artículos del proyecto español de 1851, también llamado Proyecto de García Goyena, como lo hemos de ver luego con más detenimiento.

(*) Ponencia presentada al Congreso celebrado en conmemoración de los diez años de vigencia del nuevo Código civil de Perú (Lima, septiembre 1994).

(**) Presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina); Académico honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada.

II. MORA DEL DEUDOR. ELEMENTOS

Para que haya «mora» del deudor deberá existir un retardo en la ejecución de la prestación, en forma contraria a derecho y por una causa que le sea imputable. Es menester, por tanto, la presencia de varios requisitos o elementos:

- 1.º) **Elemento material.** El retraso en el cumplimiento de la obligación. Para que podamos hablar de «retraso» la obligación debe ser exigible, de plazo vencido y válida.

Si la obligación tuviese causa ilícita (por ejemplo, las deudas de juegos prohibidos), no sería válida, ni exigible y, en consecuencia, no podría existir respecto a ella la situación de mora.

Examinemos distintos tipos de obligaciones civiles para ver como funciona la mora: tenemos las de dar, hacer y no hacer. Respecto a estas últimas un gran sector de la doctrina afirma que no puede hablarse de mora; por nuestra parte entendemos, y así lo hemos desarrollado en otros trabajos, que existen algunas obligaciones de «no hacer», en las que la mora es posible (1), punto al que dedicaremos especial atención en el apartado VI de este trabajo.

Por su parte en las obligaciones de dar o de hacer el retardo no suele importar forzosamente «incumplimiento» definitivo (salvo que se estuviese frente a hipótesis de «plazo esencial»), sino solamente «mora» mientras continúe siendo posible y útil que el deudor cumpla la prestación, aunque de manera tardía (2).

Hablamos, pues, de «mora» cuando —pese al retraso— todavía es »posible» y «útil» que se ejecute la prestación.

- 2.º) **Imputabilidad.** Hemos dicho que el «retardo» es un elemento de la mora, pero puede suceder que pese al retraso, a la existencia de un plazo vencido que torna la obligación plenamente exigible, todavía no haya mora.

Debe sumarse un elemento subjetivo: la imputabilidad del retardo, es decir que se deba a dolo o culpa del deudor (3). Por eso decimos que la mora del deudor «es el atraso en la ejecución de la prestación, en forma contraria al derecho e imputable al deudor». El nuevo Código de Perú consagra este requisito indirectamente, en su art. 1336, al permitir al

(1) Ver el apartado II de nuestro trabajo: «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer», *RGLJ*, abril 1975, p. 351.

(2) Conf. Felipe OSTERLING PARODI: «La mora del deudor», *Themis*, 2.ª época, 1987, N.º 8, p. 55.

(3) Conf. OSTERLING PARODI, Trabajo y lugar citados en nota anterior.

deudor sustraerse a los efectos de la mora «probando que ha incurrido en retraso sin culpa».

- 3.º) **Interpelación.** El tercer elemento es la intimación, o «interpelación», característico de la mora ex persona, aspecto que trataremos en el siguiente apartado.

El Código peruano no entra en detalles respecto a cómo debe ser efectuado el requerimiento, y en qué casos es o no válido, expresando solamente que esta exigencia de cumplimiento puede realizarse por vía judicial o extrajudicial (4).

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia, consideran que no basta la simple interpelación por parte del acreedor, sino que es menester que éste preste su colaboración para la ejecución de la obligación: por ejemplo, en las obligaciones alternativas, que elija el objeto de la prestación; o que dé instrucciones respecto a la forma en que debe cumplirse una obligación de hacer. Si el acreedor no prestase su colaboración el requerimiento no surtiría efectos y el deudor no incurriría en mora.

a) Efectos de la mora del deudor.

Los principales efectos de la mora son dos: en primer lugar, la obligación del deudor de indemnizar en dinero los daños y perjuicios ocasionados por la demora en cumplir la obligación, es decir una indemnización de carácter pecuniario. En segundo lugar, el deudor es responsable de los riesgos de la cosa, es decir lo que se llama el «periculum».

Si la cosa perece por caso fortuito antes de la constitución en mora, el deudor no responde; por ejemplo, si el deudor estaba obligado a entregar un caballo y el animal muere afectado por una epidemia, o ahogado por una inundación, es decir por una causa no imputable a culpa del deudor, éste queda liberado. Pero si ese deudor ya estaba constituido en mora, el riesgo por la muerte del animal, o la pérdida de la cosa, pesa sobre él y estará obligado a indemnizar al acreedor; vale decir que los riesgos de la cosa, o «periculum», corren por su cuenta.

Creemos conveniente destacar la diferencia que hay entre la indemnización por mora, y la indemnización por incumplimiento: en el caso de mora se continúa debiendo la prestación, y junto con ella los daños moratorios. En cambio la indemnización por incumplimiento se debe en lugar, o en reemplazo, de la prestación principal y tiende a poner al acreedor en la misma situación en que se hubiera encontrado si no se hubiese producido el incumplimiento.

(4) OSTERLING PARODI, en las p. 57 y ss. del trabajo que hemos citado, se ocupa con detenimiento de la interpelación.

El artículo 1336 dispone que:

«El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. ...»

Fácilmente advertirán que la norma, en primer lugar, presume que la prestación se ha de cumplir, aunque sea tardíamente. En segundo lugar, si la mora se transforma en incumplimiento definitivo, cargará también con los daños que ha ocasionado, aunque la pérdida de la cosa sobreviniese por caso fortuito o fuerza mayor no imputables al moroso.

b) **Purga de la mora.**

Los efectos de la mora, es decir la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, y el «periculum», pueden cesar en algunas circunstancias.

En primer lugar (caso general), si el deudor paga la obligación, aunque lo haga tardíamente, los efectos de la mora cesarán a partir del momento en que ejecute la prestación, pero el deudor deberá cargar con las consecuencias dañosas que produjo su mora hasta el momento en que pagó.

Otra causa de cesación de los efectos de la mora es la renuncia del acreedor, a quien nada le impide abdicar a un derecho que ya le pertenece.

El derecho a reclamar los daños y perjuicios moratorios, o los que hubiese ocasionado la pérdida de la cosa, es un derecho establecido exclusivamente en interés particular del acreedor; no está interesado en manera alguna el orden público, que es lo que pone límites a la renunciabilidad de algunos derechos (5).

Además, en este caso no habría una renuncia anticipada a la protección legal, porque el derecho ya ha nacido. Generalmente lo que la ley prohíbe es la renuncia anticipada a los beneficios que ella concede.

(5) Los tribunales argentinos han dicho que: «nada obsta a la renuncia del acreedor a hacer valer los derechos emergentes de la mora, renuncia que puede ser parcial si se refiere solamente a algunos efectos determinados que debe ser apreciada con criterio restrictivo y que, en cuanto a su forma, puede ser expresa o tácita, pues aun cuando ella no se presume es posible inducirla con entera certidumbre de la conducta del acreedor», Cámara Civil de la Capital, sala A, 14 de febrero de 1978, «Dzierewianko, Olga c/ Ital Construcciones S.A.», El Derecho, caso 30.699.

Finalmente diremos que los efectos de la mora también pueden extinguirse por prescripción, si el acreedor deja vencer los plazos establecidos por la ley sin ejercitar el pertinente reclamo.

c) La mora y las obligaciones recíprocas.

El artículo 1335 del nuevo Código dispone que «en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá».

Se trata de un principio básico de justicia conmutativa, que impide a una de las partes exigir cumplimiento, si a su vez no se presta a cumplir la obligación a su cargo.

III. MORA «EX PERSONA»

El derecho peruano mantiene su adhesión al sistema de la mora personal, que en el país tiene vieja tradición, pues fue el adoptado por el Código de 1852 (art. 1264), y también en el de 1936 (art. 1254) (6), normas que sirven de antecedente a la solución consagrada en el Código de 1984 (art. 1333) (7).

Ya en 1936 los autores de ese cuerpo legal reconocen, en la Exposición de Motivos, que «parece acentuarse en el derecho científico la opinión de que la mora personal debe aplicarse a las obligaciones de plazo incierto y no a las de plazo fijo, en que la simple estipulación del

(6) Código civil de Perú de 1936: «Art. 1254.— Incurre en mora el obligado, desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

Empero, no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1.— Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente;

2.— Cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que debía entregarse la cosa, o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.»

(7) Código civil de Perú de 1984: «Art. 1333.— Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1.— Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

2.— Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.

3.— Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.

4.— Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.»

término dispensa al acreedor de practicar acto alguno» (8), pero eligieron deliberadamente continuar exigiendo la intimación al deudor como un requisito indispensable, por considerar que «si el acreedor no requiere al deudor, hay fundamento atendible para suponer que la demora no le irroga daño apreciable y en este caso debe preferirse la solución más benévola» (9); el Código vigente prosigue esa misma línea. Se trata de una aplicación del viejo principio del «favor debitoris» (10).

Aunque estimamos que los cambios que la realidad económica actual ha introducido en el mundo moderno hacen aconsejable sustituir este sistema por el de la mora automática para las obligaciones a plazo determinado (11), no podemos silenciar que en países que abandonaron el sistema de la mora «ex persona», como Argentina en 1968, al producirse el cambio legislativo se alzaron voces prestigiosas, como la del recordado maestro Jorge Joaquín LLAMBÍAS (12), y el profesor de Mar del Plata, don Pedro Néstor CAZEAUX (13) defendiendo el

(8) Ver «Exposición de Motivos» en Fernando GUZMÁN FERRER, Código Civil, Lima, 1977, Tomo III, p. 843.

(9) Ver «Exposición de Motivos», reproducida en obra y lugar citados en nota anterior.

(10) Ver José María CASTÁN VÁZQUEZ: El «favor debitoris» en el Derecho civil, A.D.C., 1961 - IV, p. 835.

Conf. Alfredo COLMO: «Obligaciones», 3.ª ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1961, N.º 91, p. 71; Eduardo B. BUSO: «Código civil anotado», Ediar, Buenos Aires, 1949, T. 3, art. 509, n.º 28, p. 259; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, «Tratado de Derecho civil - Obligaciones», ed Perrot, Buenos Aires, 1967, T. I., n.º 105, p. 119; Raymundo M. SALVAT: «Tratado de Derecho civil - Obligaciones» (actualizado por Galli), 6.ª ed., Tea, Buenos Aires, 1952, T. I, N.ºs 97 y 97 - a, p. 109 y 110.

(11) Con motivo de las reformas introducidas al Código civil argentino por la ley 17.711, afirmamos que el retorno al principio «dies interpellat pro homine», constituye un verdadero acierto (ver nuestro: LA MORA y la reforma al art. 509 del Código Civil argentino, Jurisprudencia Argentina, 1968 - V - 794 y ss).

(12) Jorge Joaquín LLAMBÍAS: «Estudio de la Reforma del Código civil - ley 17.711», Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1969, p. 101.

Nos dice este autor que la mora ex persona tiene «un fundamento ampliamente justificado que reside en la conveniencia de esclarecer la conciencia de las partes para que entre ellas reine la buena fe y ninguna pueda abusar de situaciones equívocas» y agrega que «ese sistema de constitución en mora se adapta apropiadamente a nuestros hábitos de vida y valoraciones sociales», porque «es frecuente que el acreedor tolere ciertos retardos mínimos, porque confía en el deudor y atiende a sus dificultades momentáneas, sin descargar sobre él todo el peso de sus derechos».

(13) Ver Pedro Néstor CAZEAUX: «La mora», en «Examen y Crítica de la Reforma del Código civil», ed. Platense, Tomo 2, Obligaciones, p. 1. En especial el apartado V del trabajo: «Nuestro juicio sobre la mora de pleno derecho», p. 21, donde expresa:

«No nos convence la innovación introducida por la ley 17.711 en el régimen de la constitución en mora del deudor, por las siguientes razones: a) No se advierte la necesidad de este cambio. Las reformas de las leyes no se conciben por puro afán teórico, sino cuando se constatan, en la vida práctica, defectos del sistema jurídico imperante, o se perciben justificados y predominantes anhelos de modificación en los sectores afectados. Nada de eso ha ocurrido en este caso. ... c) Es incomprensible cómo en una época que se caracteriza por lo que Colin y Capitant llaman «la dulcificación progresiva y constante de la condición del deudor», y el «favor debitoris» pareciera ser todavía el santo y seña del derecho obligacional, se haya caído en un sistema que según la opinión prevaleciente ni siquiera se empleó en el riguroso derecho romano.»

mantenimiento del requisito de la interpelación, con argumentos dignos de ser oídos, que pueden servir de justificativo a la tradicional solución de la mora «ex persona», y sosteniendo que no había razón alguna que justificase el cambio de régimen efectuado por la ley 17.711. Sin embargo otros, como BORDA, REZZONICO y el autor de este trabajo, defendimos el sistema de mora automática en las obligaciones a plazo (14), considerando que en esas-hipótesis resulta superflua la exigencia de requisitos formales, porque el deudor conoce exactamente el momento en que debe cumplir la prestación, a lo que debe agregarse que ésta es la solución que prevalece en el Derecho Comparado y reconoce como antecedentes el Derecho Romano y las Leyes de Partida. La mora ex persona choca con los requerimientos del comercio, donde la celeridad de los negocios impone como necesidad casi ineludible la mora automática; y también en el ámbito civil los procesos de inflación que sufren la mayor parte de los países del mundo occidental, especialmente cuando se presentan picos agudos, tornan muy gravosa para el acreedor cualquier demora en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias. Estas circunstancias, sumadas a la conveniencia de unificar el derecho privado, estableciendo normas aplicables tanto a las obligaciones civiles, como a las comerciales, nos inclinan a pensar que debe reemplazarse la interpelación por sistemas que consagren la mora automática del deudor, cuando se ha determinado el plazo de cumplimiento de la obligación.

El problema, sin embargo, no es demasiado grave, ni urgente, porque las disposiciones relativas a la mora tienen carácter supletorio, de manera que a las excepciones que la propia ley suele establecer al principio de la interpelación, se suma el hecho de que las partes pueden convenir la mora automática, a punto tal que suele hacerse costumbre incluir en los contratos, como cláusula de estilo, que el deudor caerá en mora sin necesidad de interpelación judicial ni extrajudicial, por el solo vencimiento del plazo. Cuando esto sucede, en la práctica uno y otro sistema se aproximan y terminan funcionando de manera muy similar.

El legislador peruano de 1984 no ha sido insensible a estas realidades, por lo que no se limitó a reproducir las previsiones del Código de 1936, sino que en el art. 1333 en lugar de *dos* excepciones a la intimación, contempla ahora *cuatro*, agregando a las que ya hemos mencionado (15), las contenidas en los dos últimos incisos de la nueva norma, que rezan:

(14) Ver Guillermo A. BORDA: «Tratado de Derecho civil - Obligaciones», 2.^a ed. Perrot, Buenos Aires, 1967, T. I, N.º 52, p. 56; Luis María REZZONICO: «Estudio de las obligaciones», Depalma, Buenos Aires, 1961, T. I, p. 133; Luis MOISSET DE ESPANÉS: «La mora y la reforma al art. 509 del Código civil argentino», J.A., 1968 - V, sec. doct., p. 794 y ss.

(15) Ver el art. 1254 del Código de 1936 en nota 5.

«No es necesaria la intimación: ...

3.— Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.

4.— Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor».

En definitiva, aunque los juristas suelen sostener con frecuencia que es más perfecto el sistema de la mora automática, y éste sea el camino por el que se inclinan las legislaciones más modernas, no parece advertirse una necesidad imperiosa de modificar las leyes que consagran la mora ex persona, salvo que se proceda a unificar el derecho privado, sobre todo cuando su funcionamiento no provoca soluciones injustas, porque contienen excepciones con suficiente elasticidad como para permitir a los particulares y a los jueces amoldar las relaciones obligatorias a las reales necesidades de la sociedad en que se aplican.

IV. EXCEPCIONES A LA INTERPELACIÓN

a) Antecedentes del inciso 2 del art. 1333.

En nuestras palabras introductorias hemos hecho referencia a la excepción a la interpelación contenida en el segundo inciso del artículo 1333, que permite prescindir de ella:

«2.— Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla».

En el Perú aparece esta previsión en el Código de 1936, como inciso 2 del art. 1254, con una redacción muy próxima a la que encontramos en el texto actual (16). Al parecer el legislador peruano se ha

(16) El cotejo de ambos textos permite advertir que se han cambiado algunos tiempos verbales, y los vocablos «época», por «tiempo», y «cosa», por «bien».

En general las modificaciones introducidas carecen de trascendencia y miran más bien a la búsqueda de perfeccionar la redacción de la norma. Sin embargo puede generar alguna duda la sustitución de «entrega de la cosa», por entrega del «bien», en especial para aquellos que piensan que los «bienes» son inmateriales, razón por la cual sería discutible que puedan, en estricto rigor terminológico, ser susceptibles de «entrega», acto cuya materialidad se compadece mejor con las «cosas», que con los «bienes».

inspirado en el segundo párrafo del viejo art. 509 del Código civil argentino (17) que, a su vez, tuvo como fuente de inspiración el Proyecto de GARCÍA GOYENA (18), que expresaba:

«Art. 1007.— Para que el obligado a entregar una cosa incurra en mora, debe mediar requerimiento por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:

1) Cuando en el contrato se haya estipulado expresamente que el vencimiento del plazo lo produzca, sin necesidad de requerimiento.

2) Cuando de la naturaleza y circunstancias del contrato resulte que la designación de la época en que debía entregarse la cosa fue un motivo determinante, por parte de quien había de recibirla, para celebrarlo.

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.

Cuando hay mora, por parte de los dos contratantes, perjudica la posterior».

Nos dice GARCÍA GOYENA que el inciso segundo de este precepto se ha inspirado en el artículo 1146 del Código civil francés y en el inciso 1 del artículo 1927 del Código de Luisiana, que dispone: «la constitución en mora es innecesaria cuando la cosa no podía, por su naturaleza, ser dada o hecha más que en cierto tiempo, que ya ha transcurrido, o bajo circunstancias que ya no existen». Y agrega a continuación:

«Nuestro artículo es más explícito que el francés y se acerca más al de la Luisiana. El deudor cae en mora, cuando la cosa no podía, por su naturaleza, ser hecha o entregada sino en un tiempo cierto, que ya ha pasado, o bajo circunstancias que ya no existen. Pero en nuestro artículo se exige que este tiempo y circunstancias hayan sido la causa determinante del contrato».

Las hipótesis previstas en el Código de Luisiana se refieren a casos en que sería «materialmente imposible» realizar la prestación; GARCÍA GOYENA, al tiempo que refuerza la situación, incluyendo la

(17) GUZMÁN FERRER, (obra citada, p. 843), afirma que el Código de 1936 tomó el segundo párrafo del art. 509 del Código civil argentino.

(18) Nos interesa en especial el inciso segundo de esa norma, que se refiere a que de las circunstancias de la obligación resulte que la época en que debía cumplirse fue un motivo determinante, porque luego encontraremos una serie de Códigos que tomaron en este punto como modelo el proyecto español de 1851.

referencia a los «motivos determinantes», atrapa de esta forma hipótesis en que es materialmente posible la ejecución de la prestación, pero resulta de «inutilidad jurídica», o el retraso ocasiona grave daño al acreedor, aspecto que fue tomado en consideración al contratar y constituyó un «motivo determinante» de la fijación del plazo.

Dos puntos deben destacarse: 1) Hay plazo designado, o tiempo pactado; 2) el vencimiento del plazo ocasiona grave daño al acreedor, pues había sido un «motivo determinante».

Resulta interesante señalar que estos giros, así acuñados en castellano por GARCÍA GOYENA, van a influir en numerosos Códigos, que adoptaron esa fórmula u alguna otra parecida; podemos mencionar, entre otros, el Código de Vélez, artículo 509 (19); el Código civil uruguayo, artículo 1336 (20); el de España, artículo 1100 (21); Puerto Rico, artículo 1053 (22); y Guatemala, artículo 1431 (23).

(19) **Código civil argentino** (texto originario): «Art. 509.— Para que el deudor incurra en mora, debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:

- 1) Cuando se haya estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo la produzca.
- 2) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, fue un motivo determinante por parte del acreedor».

(20) **Código civil de Uruguay**: «Art. 1336.— El deudor cae en mora, sea por interpelación judicial o intimación de la protesta de daños y perjuicios, sea por la naturaleza de la convención, o por efecto de la misma cuando en ella se establezca que el deudor caiga en mora por el solo vencimiento del término».

En realidad el codificador uruguayo no habla de «motivos determinantes», utilizando en cambio el giro «naturaleza de la convención» que, a nuestro criterio, atiende al mismo principio.

(21) **Código civil de España**: «Art. 1100.— Incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

- 1) Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.
- 2) Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

(22) **Código civil de Puerto Rico**: El artículo 1053 es idéntico al artículo 1100 español.

(23) **Código civil de Guatemala**: «Art. 1428.— El deudor de una obligación exigible se constituye en mora por la interpelación del acreedor».

«Art. 1430.— El requerimiento para constituir en mora al deudor o al acreedor, debe ser judicial o notarial. La notificación de la demanda de pago equivale al requerimiento».

La referencia a la «naturaleza y circunstancias de la obligación» y al «motivo determinante», aparecen también en el inciso tercero del artículo 985 del Código de Panamá, aunque ese cuerpo legal adhiere al sistema de mora automática (24).

En lo que respecta a Cuba hasta hace pocos años su Código civil era prácticamente reproducción del Código español; ahora se ha dictado en julio de 1987 un nuevo Código, que entró en vigencia a comienzos de 1988, cuyo artículo 295 ha variado ligeramente la redacción, pero en líneas generales adopta la misma solución (25).

b) Plazo esencial.

La mayor parte de los ejemplos con que los autores suelen ilustrar esta norma, se vinculan con el «plazo esencial», es decir con casos en

«Art. 1431.— No es necesario el requerimiento:

- 1) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- 2) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación de la época en que debía cumplirse la prestación, fue motivo determinante para que aquella se estableciera.
- 3) Cuando el cumplimiento de la obligación se ha imposibilitado por culpa del deudor, o éste ha declarado que no quiere cumplirla, y
- 4) Cuando la obligación procede de un acto o hecho ilícito».

(24) **Código civil de Panamá:** «Art. 985.— Incurrirán en mora los obligados a entregar alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extra judicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

- 1) Cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término expresamente estipulado.
- 2) Cuando la obligación o la ley declaren expresamente que no es necesaria la intimación.
- 3) Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue un motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.»

La diferencia entre esta norma y la vigente en España es, sustancialmente, lo dispuesto en su inciso 1.

(25) **Código civil de Cuba:** «Art. 295.— 1. El deudor de una obligación vencida incurre en mora desde que el acreedor le exija judicial o extra judicialmente su cumplimiento.

2. La exigencia no es necesaria, sin embargo, cuando el día de la ejecución se ha fijado de común acuerdo o fue motivo determinante para establecer la obligación.
3. El deudor moroso responde de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor si después de estar en mora la prestación se hace imposible.
4. En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple la obligación, comienza la mora para el otro».

los cuales vencido el plazo el cumplimiento de la prestación resulta materialmente imposible, o jurídicamente «inútil».

En realidad estimamos que esta norma sólo es aplicable cuando todavía es posible o útil ejecutar la prestación, por cuanto si la prestación se torna «materialmente imposible» o ha perdido totalmente su «utilidad», ya no será aplicable el régimen de la mora, sino el de la resolución por incumplimiento, como lo señala con acierto OSTERLING (26).

La mora, por definición —tal como lo hemos señalado al comenzar este trabajo— es una situación de «retardo» en el cumplimiento de la obligación, y presupone la posibilidad de ejecutar la prestación debida. El «incumplimiento», en los casos de mora, es sólo de tipo «temporal», pero es factible realizar la prestación, que deberá completarse con la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el retraso que ha sufrido su ejecución. Pero cuando la prestación ya no puede realizarse, *no hay mora*, sino lisa y llanamente *incumplimiento*. Es lo que sucede en las hipótesis de lo que doctrinariamente se denomina «plazo esencial», cuyo vencimiento constituye un obstáculo insalvable para la ejecución de la prestación debida. Verbigracia, después que el barco ha zarpado es imposible cargar en él las mercaderías.

También el plazo es «esencial» cuando después de su vencimiento, aunque la prestación sea materialmente posible, resulta jurídicamente inútil para el acreedor; por ejemplo, después de la boda, no tiene sentido que la modista pretenda entregar el traje de novia!

Estos últimos son los casos previstos por el art. 1337 del nuevo Código peruano, cuando se refiere a la «mora que inutiliza la obligación», disponiendo que «cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios». La verdad es que, con mayor propiedad, esta previsión debería incluirse entre los casos de «incumplimiento» definitivo, y no entre los de mora, pues ya no corresponde reclamar cumplimiento, sino resolución del contrato e indemnización.

Los ejemplos que mencionamos quedan excluidos del inciso segundo del art. 1333, que sólo puede referirse a casos en los cuáles el plazo era *determinante*, pero no *esencial*.

c) El plazo como «motivo determinante».

El campo de aplicación del inciso segundo se refiere a hipótesis en que no se ha previsto de manera expresa que el vencimiento del plazo provocará automáticamente la mora, en las que sería de aplicación el inciso primero, pero en los que existe interés especial por parte del acreedor de recibir la prestación en la fecha fijada, y el retraso, aunque

(26) Felipe OSTERLING PARODI: Trabajo y lugar citados en nota 2.

genera daños moratorios, a veces muy graves, no hace imposible ejecutar la prestación. Por ejemplo, si yo vendo un inmueble, y estipulo que su precio me sea pagado en cuotas en determinadas fechas, porque con ese importe debo atender las obligaciones emergentes de la compra de otro inmueble con el que sustituyo el que enajené; los plazos de pago de esas obligaciones dinerarias reconocen un «motivo determinante», y si no se cumple en término con su pago, la mora será automática, sin necesidad de interpelación. De manera semejante, si contrato la construcción de una obra y establezco ciertos plazos para el pago de las cuotas al constructor que, con esas sumas debe adquirir los materiales y pagar a los obreros, esos plazos constituyen un «motivo determinante» de la obligación y su incumplimiento acarrea la mora sin necesidad de intimación. Al dejarlos vencer no se incurre en «simple retraso», sino en verdadera «mora», con todos sus efectos jurídicos, en especial la indemnización de los daños y perjuicios que tal retraso ocasiona.

La discusión se centra, como lo señalaba SALVAT en la Argentina (27), y lo reiteran diversos autores peruanos (28), en decidir si es necesario que el deudor conozca que el plazo fue un «motivo determinante», exigencia no establecida por la norma, pero que parece resultar indispensable para que pueda prescindirse de la interpelación.

Prevalece la idea de que es necesario el conocimiento, aunque no se considera indispensable que tal circunstancia haya sido elevada a la categoría de «condición expresa», sino que el juez apreciará libremente, de acuerdo a las constancias de la causa, si el deudor sabía o no que se trataba de un «motivo determinante».

Queda, pues, en manos del juez un margen muy amplio de discrecionalidad, que puede acrecentar la litigiosidad, pero comprendemos que resulta muy difícil elaborar una norma que prevea con exactitud los distintos matices que pueden presentarse en la práctica y trace una línea tajante que permita distinguir los casos en que la fijación del plazo ha sido «motivo determinante» (29).

(27) Raymundo M. SALVAT, *Obligaciones en general*, 6.^a ed. (actualizada por Enrique V. GALLI), Tea, Buenos Aires, 1952, T. I, N.º 101, p. 113: «El Código no exige que el deudor haya tenido conocimiento de que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, hubiese sido un motivo determinante por parte del acreedor. Esta condición, sin embargo, es en nuestro concepto necesaria, porque si el deudor ignora que el plazo señalado fue un motivo determinante para el acreedor, no puede decirse que él haya consentido tácitamente en quedar constituido en mora sin necesidad de requerimiento alguno».

(28) Ver GUZMÁN FERRER, obra citada, T. III, p. 843, quien a su vez cita a José LEÓN BARANDIARÁN, T. II, p. 229.

(29) Por supuesto que el problema no existe cuando se opta por el sistema de la mora automática, ya que en él siempre el vencimiento del plazo tendrá ese efecto, sin requerir jamás interpelación.

V. MORA Y OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO

En un siglo signado por los procesos inflacionarios, la práctica indica que uno de los campos en que se torna insuficiente el sistema de la mora *ex persona* es el de las obligaciones de dar sumas de dinero.

El constante deterioro del valor de la moneda resulta aún más grave para el acreedor en el lapso que transcurre entre la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora, en especial si ni siquiera se le abonan intereses moratorios para compensarlo, aunque sea parcialmente, por la pérdida de valor adquisitivo que se opera con relación a la cifra nominal adeudada. El problema se agrava, pues, si se aplica rigurosamente el principio que hemos enunciado de que no hay mora mientras la deuda no sea «líquida», es decir mientras no esté determinada la suma de dinero debida.

El legislador peruano ha actuado con sensibilidad frente a este problema, previendo en el art. 1334 que «en las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda...», de manera que el acreedor no resulte perjudicado por el tiempo que demande a la justicia efectuar esa liquidación; resulta suficiente, por tanto, el reclamo judicial de que se determine el monto, para que comiencen a correr los intereses moratorios.

Esta norma viene a completarse con lo previsto en la parte final del art. 1985 para las obligaciones que nacen de un hecho dañoso de origen extracontractual, hipótesis en la cual ni siquiera es menester que exista un reclamo judicial de fijación del monto indemnizatorio, sino que los intereses legales correrán desde la fecha en que se produjo el daño (30).

En el Derecho comparado encontramos muchos códigos que mencionan los actos ilícitos como un caso de «mora automática» (31). La solución del Código civil peruano parece técnicamente más acertada porque, en realidad, se trata más bien de una aplicación del principio de «indemnización integral» que impone el deber de reparar a la víctima no sólo el daño que directamente le ocasionó el acto ilícito, sino también la privación de los bienes o valores que debieron estar en su patrimonio, y no lo están como consecuencia del hecho dañoso. Es lógico entonces que ese rubro indemnizatorio, que contempla la «privación del aprovechamiento de bienes», se calcule a partir del momento en que se produjo el daño, con independencia de la mora.

(30) Código civil de Perú: «Art. 1985.— ... El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño».

(31) Código italiano, artículo 1219, inciso 1; portugués, artículo 805, inciso 2, ap. b; de Guatemala, artículo 1431, inciso 4); y de Paraguay, artículo 424 en su último párrafo.

Por otra parte, el legislador peruano, al fijar el sistema de intereses en el artículo 1242, diferencia correctamente entre los compensatorios y los moratorios (32), previendo en el artículo 1244 que las tasas legales serán fijadas por el Banco Central.

Se permite que las partes convengan los «intereses moratorios», pero si no lo hubiesen hecho corresponderá aplicar el interés legal (33).

Creemos, sin embargo, que todas estas previsiones pueden resultar insuficientes en períodos de inflación aguda, sea que ella se deba a un salto brusco (por ejemplo el «paquetazo» del ministro Salinas), o que se refleje en períodos más prolongados, pues suele suceder que los intereses legales moratorios fijados por el Banco Central resulten insuficientes para cubrir los daños y perjuicios derivados de la mora. Es cierto que el legislador no puede prever estas circunstancias, pero cuando se producen los magistrados deben comprender que enfrentan una «laguna legislativa», provocada por un supuesto de hecho excepcional que no ha sido contemplado por la ley, que tendrá que ser suplido por aplicación de lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar (34), recurriendo a los principios generales del derecho, en especial el que impone dar una solución equitativa al conflicto, concediendo «a cada uno lo suyo» como ya lo consagraba el Derecho Romano (35).

VI. MORA Y OBLIGACIONES DE NO HACER

a) Justificación doctrinaria.

Hace ya dos décadas nos dedicamos a investigar este problema y publicamos algunos trabajos sobre el tema en revistas argentinas y españolas (36); procuraremos reseñar las ideas allí expuestas.

(32) Código civil de Perú: «Art. 1242.— El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago».

(33) Código civil de Perú: «Art. 1246.— Si no se ha convenido interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal».

(34) Código civil de Perú: «Art. VIII.— Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano».

(35) ULPIANO, Digesto 1.1.10.1, «ius suum cuique tribuere».

(36) Ver nuestros: «Las obligaciones de no hacer y la mora», *Jurisprudencia Argentina, Doctrina* 1974, p. 676, reproducido en *Documentación Jurídica*, Madrid, N.º 14, p. 381; «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1975, p. 345.

Es menester recordar que la investigación en el campo de las ciencias jurídicas tropieza con numerosas limitaciones, surgidas de nuestra propia naturaleza humana y del hecho de que el objeto de nuestro estudio son las relaciones sociales, sobre las que no podemos actuar a voluntad repitiendo los fenómenos cuantas veces deseemos, como puede hacerse en las ciencias de la naturaleza (37). Por eso con frecuencia, nuestro trabajo se basa en un número limitado de hipótesis (38), de las que extraemos conclusiones valederas «para esos casos», pero que solemos generalizar, como si no hubiese ninguna otra posibilidad fáctica. Eso es, precisamente, lo que ocurre con relación a las obligaciones de no hacer y la mora, ya que la mayor parte de la doctrina se ha limitado a analizar ejemplos escolásticos de obligaciones de no hacer en los que —tienen razón— su violación acarrea siempre el incumplimiento.

Algo semejante sucedería si en las obligaciones a plazo estudiásemos únicamente aquéllas que tienen plazo esencial: iextraeríamos una conclusión errónea si afirmásemos que «en todas las obligaciones a plazo» no hay mora, sino incumplimiento!

Diferentes tipos de inactividad

Las prestaciones negativas, al igual que las positivas, pueden consistir en un hecho único, de cumplimiento instantáneo, o de muy breve duración temporal (39), como en el caso de quien se obliga a ejecutar una pieza musical (obligación positiva), o de quien se compromete a no asistir a un determinado acontecimiento, reunión o espectáculo (abstención única o instantánea).

Sin embargo, con más frecuencia, las prestaciones negativas consisten en una abstención continuada (40), que tiene una proyección temporal bastante dilatada, a tal punto de que podríamos hablar de esa abstención como de una «situación» permanente.

Dentro de las situaciones de abstención haremos una subdivisión, distinguiendo aquellas que tienen por objeto la suspensión de una actividad que el sujeto realizaba de manera habitual, de las promesas de abstención que vienen a dar carácter jurídico a una pasividad del sujeto, que no estaba realizando la actividad que promete no ejecutar.

(37) Ver nuestro «Algunos problemas vinculados con la investigación en las ciencias jurídicas», *Revista del Notariado*, Buenos Aires, N.º 733, p. 57 a 94, en especial capítulo II, p. 58.

(38) Ver trabajo citado en nota anterior, capítulo V, apartado c (la originalidad), p. 80 a 83.

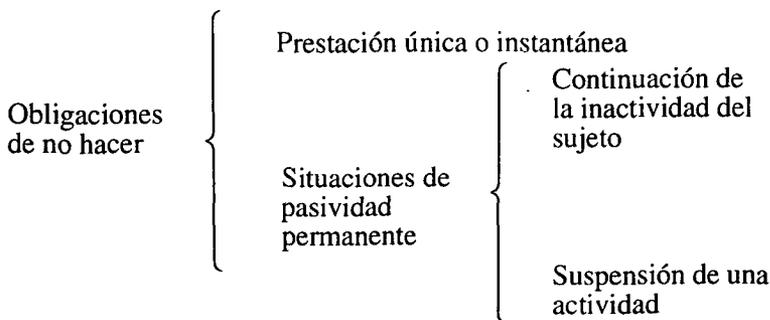
(39) Véase A. VON THUR: «Obligaciones» (traducción al castellano), Reus, Madrid, 1934, T. I, p. 37.

(40) Autor y lugar citados en nota anterior.

Procuraremos ilustrar ambas hipótesis con algún ejemplo:

- a) Un sujeto que es fumador habitual, se compromete a dejar de fumar por un mes, o por un año; su prestación consiste en la suspensión de una actividad.
- b) Un sujeto que nunca ha fumado, promete continuar sin fumar durante un mes, o durante un año; o también, un vecino, que no impedía el goce del panorama a su colindante, se compromete a continuar en esa situación de pasividad, sin alzar construcciones que obstaculicen la vista, durante un cierto período.

Sintetizaremos lo expuesto en un cuadro sinóptico (41):



Cuando la obligación de no hacer consiste en abstenerse de una sola actividad, de carácter instantáneo, y el sujeto ejecuta el acto prohibido, resulta evidente que estamos frente a una hipótesis de incumplimiento.

Este tipo de abstenciones, por su propia naturaleza, no admite la posibilidad de mora. Así, por ejemplo, si alguien se compromete a no asistir a los actos públicos que se efectuarán el 9 de julio, con motivo de la celebración de la Independencia, y concurre, podemos afirmar que ha incurrido lisa y llanamente en incumplimiento; y lo mismo sucede si prometió no hachar un árbol, y lo tala, para mencionar el viejo ejemplo que suele encontrarse en casi todos los libros de texto. Ni siquiera es admisible pensar en deshacer lo hecho, y la violación de la promesa es total.

(41) Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, profundiza la idea y propone un cuadro más completo en su trabajo titulado «La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer», publicado en el *Homenaje a Ulises Montoya Manfredi*, Cultural Cuzco S.A. editores, Lima, 1989, p. 190.

En segundo lugar, si la obligación contraída es de aquellas que significan continuar con la situación de pasividad en que se encontraba el deudor, y luego de un tiempo se ejecuta el hecho prohibido, estaremos frente a una hipótesis de «cumplimiento parcial», donde será necesario distinguir dos casos:

- 1) Al acreedor ya no le interesa que continúe la abstención, puesto que una sola violación debe equipararse al incumplimiento.
- 2) El acreedor desea continuar gozando de la abstención, y es posible deshacer lo hecho, de manera que el acreedor continúe obteniendo la satisfacción de su interés. Por ejemplo, si Pedro se había comprometido a no elevar la pared divisoria durante diez años, para no privar a su vecino Enrique de la vista panorámica, y a los tres años construye un muro, Enrique podrá obtener la demolición de la pared y que se mantenga el cumplimiento de la obligación de no hacer hasta el vencimiento del plazo.

Los ejemplos que mencionamos, correspondientes a estas dos categorías de obligaciones de no hacer, son los que suele utilizar la doctrina para afirmar que la violación de esas relaciones jurídicas constituye un verdadero incumplimiento. Si la gama de las posibles abstenciones se redujese a estos casos deberíamos admitir que en las obligaciones de no hacer no existe la mora, pese a que el lector puede advertir fácilmente que hay diferencias muy marcadas, según que la abstención prometida sea un hecho instantáneo, o se trate de un hecho permanente, y según que lo hecho pueda o no destruirse.

Cuando lo hecho puede destruirse estamos frente a la categoría de los cumplimientos parciales o defectuosos, a los cuales la teoría (42) y la jurisprudencia suelen aplicar por analogía el régimen jurídico de la mora, y ello explica el por qué más de un autor, después de afirmar que en las obligaciones de no hacer la violación significa siempre incumplimiento, propicia simultáneamente la aplicación del régimen de la mora automática (43).

(42) Especialmente en el derecho alemán, donde suele decirse que el problema de las «violaciones positivas del crédito» puede resolverse aplicando, ora las reglas del incumplimiento, ora las reglas de la mora (Conf. J. W. HEDEMANN, «Obligaciones», Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, N.º 22, II, a., p. 185, y L. ENNECCERUS: «Tratado de Derecho civil - Obligaciones», trad. al castellano, Bosch, Barcelona, T. II, vol. I, N.º 55 - II, p. 281).

(43) Ver, por ejemplo, CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, «Derecho de las obligaciones», ed. Platense, La Plata, 1969, T. I, p. 497, y COLMO «Obligaciones», 3.ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1961, párrafo 366, p. 249 y 250.

Pero, nuestra afirmación de que en las obligaciones de no hacer también es admisible la situación de mora, no se vincula en lo más mínimo con la aplicación extensiva del régimen de la mora a los casos de cumplimiento imperfecto, sino que sostenemos la existencia de hipótesis en las cuales se tipifica perfectamente el mero «retardo temporal», unido a la posibilidad de cumplimiento íntegro de la prestación debida.

Si volvemos la vista al cuadro que hemos trazado más arriba, advertiremos que hasta ahora sólo hemos analizado dos de las tres hipótesis que en él se hallan contenidas y que falta por considerar el caso en que la abstención prometida consiste en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a «no hacer» en el futuro.

Lo curioso del caso es que esa categoría, descuidada por los tratadistas al estudiar el problema de la mora en las obligaciones de no hacer, es la que más aplicación tiene en la práctica de los negocios jurídicos, ya que se suele incluir con gran frecuencia como pacto de «no concurrencia», al vender un negocio o empresa, mientras que los ejemplos a que hecha mano la doctrina, como no talar un árbol, o no concurrir a una fiesta, suelen ser más bien casos de gabinete, que no aparecen casi nunca en la vida normal de los negocios.

Examinemos la obligación de no hacer competencia.

Quizá un ejemplo sea en este momento oportuno para ilustrar el problema: un comerciante emprendedor tiene dos casas de comercio; una de ellas dedicada a la venta de artículos de goma, y la otra de ramos generales o —como se las denomina en la actualidad— supermercado. Vende el negocio de artículos de goma, comprometiéndose a entregarlo el 1.º de noviembre, y a no efectuar competencia en ese ramo durante cinco años, a cuyo fin en la misma fecha deberá suspender la venta de artículos por ese tiempo en el negocio de ramos generales que conserva en su poder.

Llegado el 1.º de noviembre entrega la gomería, pero no suspende la actividad que venía realizando y continúa vendiendo neumáticos y otros artículos de goma en el negocio de ramos generales, es decir: «No comienza a cumplir la abstención prometida».

Este «incumplimiento» encuadra perfectamente dentro del concepto de mora, pues a pesar de que la prestación no ha comenzado a ejecutarse en el momento debido, es todavía posible y útil para el acreedor que se cumpla de manera íntegra, es decir que, durante los cinco años prometidos, se abstenga de realizarle competencia y le permita consolidar su clientela. En consecuencia, el acreedor no va iniciar una acción de resolución por incumplimiento y pago de daños y perjuicios, sino que reclamará que se cumpla la abstención prometida, más los perjuicios moratorios.

El ejemplo demuestra con claridad que es perfectamente factible encontrar casos de mora en las obligaciones de no hacer, aunque qui-

zás se nos reproche —como irónicamente lo hacía IHERING en su «Jurisprudencia en broma y en serio»— que hayamos descendido a la vulgaridad de buscarlo entre los problemas que plantea diariamente la vida real ¡en lugar de forjarlo en el gabinete!

Nuestras investigaciones han recibido acogida favorable en la doctrina iberoamericana, pues se han ocupado de ellas no solamente autores argentinos (44), sino también españoles (45) y del Perú (46).

b) Soluciones legislativas

Son numerosos los códigos que no contienen ninguna referencia al problema de la mora en las obligaciones de no hacer. Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, en su trabajo publicado en el *Homenaje a Ulises Montoya Manfredi* enumera con prolijidad aquéllos en los cuales el silencio del legislador, concordado con el resto de las disposiciones que contienen esos cuerpos legales, a su entender debe ser interpretado como que se niega la posibilidad de que exista mora en este tipo de relaciones obligatorias (47). Pensamos, sin embargo, que esta omisión del legislador deja en manos de la doctrina y la jurisprudencia articular interpretaciones flexibles, que permitan encontrar una solución adecuada para los casos en que hay realmente mora, y no inejecución definitiva.

(44) Ver Mariano GAGLIARDO: «La mora en el derecho civil y comercial», Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 21 y 22; Ernesto CLEMENTE WAYAR: «Tratado de la mora», Abaco, Buenos Aires, 1981, § 86, p. 537 a 543; y la tesis doctoral de René A. PADILLA: «La mora en las obligaciones», Astrea, Buenos Aires, 1983, § 76, p. 172 a 177.

(45) Ver José Ignacio CANO: «La mora», Edersa, Madrid, 1978, p. 18 y 19; Juan GÓMEZ CALERO: «Contratos mercantiles con cláusula penal», Civitas, Madrid, 1983, p. 143; y Francisco JORDANO FRAGA: «La responsabilidad contractual», Civitas, Madrid, 1987, en especial p. 472 y 473 en notas 85 y 86.

(46) En primer lugar Carlos CÁRDENAS QUIRÓS: «La mora en obligaciones con prestación de no hacer», *Revista del Foro*, Lima, 1988, N.º 1, p. 133 y ss.; y «La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer», en *Homenaje a Ulises Montoya Manfredi*, Cultural Cuzco S.A. editores, Lima, 1989, p. 186 y ss.; y con posterioridad Raúl FERRERO COSTA (citado por Carlos CÁRDENAS): «Curso de las obligaciones», 1.ª ed., Cultural Cuzco S.A. editores, Lima, 1987, p. 69.

(47) Incluye en esta categoría los Códigos de Francia, España, Uruguay, Venezuela, Méjico, Chile y Bolivia de 1930 (ver punto 5.1 del Sumario, trabajo citado en nota anterior). A ellos agrega, con acierto, los de Bélgica y República Dominicana, que siguen el modelo francés, y los de Colombia y Ecuador, que han tomado como modelo el Código de Chile. Por nuestra parte mencionaremos el de Haití, también inspirado en el Código Napoleón, y el salvadoreño, que sigue las líneas del Código de Bello.

A ellos podemos agregar el Código civil argentino, con la actual redacción del art. 509, el Código portugués de 1967 y el Código de Paraguay de 1986.

En segundo lugar podemos mencionar las leyes y proyectos que mencionan la violación de las obligaciones de no hacer como una hipótesis de mora automática (48): en algún momento pensamos, equivocadamente, que éste era el camino que debía adoptarse (49).

Finalmente encontramos códigos que expresan de manera terminante que la ejecución de la actividad prohibida significa incumplimiento (50).

Estos son, en resumen, los distintos sistemas que encontramos en el Derecho comparado.

c) El Código Peruano de 1984.

El Código civil peruano nada ha dicho sobre la mora en materia de obligaciones de no hacer. Su silencio, como bien lo señala CÁRDENAS QUIRÓS ha sido deliberado (51), por considerar que en este tipo de obligaciones la realización de la actividad prohibida entraña lisa y llanamente incumplimiento, y no mora, como surge implícitamente de la remisión contenida en el art. 1160 (52), ya que las normas allí mencionadas tratan de imposibilidad de cumplimiento, y de inejecución culposa de la obligación. Sin duda ello refleja el pensamiento del Presidente de la Comisión que se encargó del estudio y revisión del Código, don Felipe OSTERLING PARODI, quien ha expresado de manera terminante:

«La mora es ajena a las obligaciones de no hacer. En estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar... (53)».

(48) CÁRDENAS recuerda en este sentido el Esboço de Freitas (art. 1072), y el Código civil brasileño (art. 961).

(49) «La mora y la reforma al art. 509 del Código civil argentino», *Jurisprudencia Argentina*, 1968 - V - 794 y ss. En especial apartado VIII, punto b, p. 802.

Dijimos en esa oportunidad que: «... Tampoco en este caso la omisión de un texto es demasiado grave, pues aunque algún autor haya expresado que sería necesaria la interpelación, la jurisprudencia es pacífica y siempre ha interpretado que la sola violación de la obligación de no hacer provocaría la mora del deudor».

(50) Código civil italiano (art. 1222), Proyecto de DE GÁSPERI para el Paraguay (art. 850) y Código civil de Bolivia, de 1975 (art. 343).

(51) Ver Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, trabajo citado, *Revista del Foro*, p. 140 a 142.

(52) Código civil de Perú: «Art. 1160.— Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157».

(53) Felipe OSTERLING PARODI, «La mora del deudor», *Themis*, 2.ª época, N.º 8, p. 56.

Interpretando estas normas CÁRDENAS QUIRÓS, a pesar de tener el convencimiento personal de que es posible se den hipótesis de mora en algunas obligaciones de no hacer, llega a la conclusión de que la expresa exclusión de la posibilidad de aplicar el segundo párrafo del art. 1154 (54), por determinarlo así la remisión, hace que «el Código peruano descarte la mora del deudor en las obligaciones con prestaciones de no hacer (55).

Por nuestra parte no estamos seguros de que así sea. La ley se independiza de la voluntad del legislador, y debe interpretarse por lo que expresan sus propias normas, y no por lo que haya sido el pensamiento íntimo de uno de sus coautores, contradicho con frecuencia por los textos vigentes.

Adviértase que la falta de remisión al segundo párrafo del artículo 1154 no puede tener los efectos que se pretende darle, pues esa norma se refiere en definitiva a la *imposibilidad de cumplimiento* y, como bien lo enseña el propio OSTERLING PARODI, imposibilidad de cumplimiento y mora son incompatibles por definición (56). ¡En todo caso se habría excluido de las reglas del incumplimiento a algunas situaciones de retardo en las obligaciones de no hacer, es decir que la norma abriría las puertas a la mora en estas relaciones jurídicas, con un efecto diametralmente opuesto al que se propuso su redactor!

En realidad el silencio del legislador permitirá al juez resolver la cuestión que se le someta por aplicación de leyes análogas, o de los principios generales del derecho, y si se enfrenta con una obligación con prestaciones de no hacer en la cual el retardo en cumplirla no impide que el acreedor obtenga todavía satisfacción de sus intereses por medio del sometimiento del deudor a la inactividad prometida, aunque sea en forma demorada, el juez no deberá resolver el caso aplicando las normas del incumplimiento, sino que tendrá que aplicar los principios que rigen la mora del deudor, ordenando al moroso que cumpla la abstención debida.

(54) Código civil de Perú: «Art. 1154.— Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda.

La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor».

(55) CÁRDENAS QUIRÓS, trabajo citado en *Revista del Foro*, Conclusión IX, p. 44; y en *Homenaje a Ulises Montoya Manfredi*, Conclusión XIII, p. 211.

(56) «Si el cumplimiento de la obligación ya no es posible, entonces estaríamos ante un caso de inejecución y no ante un simple retardo. La certidumbre del incumplimiento hace innecesaria la constitución en mora» (OSTERLING PARODI, trabajo citado, p. 55).

VII. MORA DEL ACREEDOR. CONCEPTO

No solamente el deudor puede caer en mora, sino también el acreedor. Esta situación se presenta cuando obstaculiza el cumplimiento de la obligación, sea negándose a recibir el pago de lo que se le debe, sea omitiendo la cooperación que el deudor necesita para ejecutar su prestación; como ejemplo de conductas exigibles al acreedor podemos mencionar el que debe encontrarse presente en el lugar de pago, para recibirlo; o bien, tiene que hacer la elección, cuando le corresponda, en las obligaciones alternativas; en otros casos debe impartir las instrucciones a que ha de sujetarse el deudor en el cumplimiento de su obligación, especialmente en el caso de obligaciones de hacer (color de pintura a emplear en las paredes, tono de las puertas, etc.); o, incluso, prestar su colaboración personal posando para el artista que debe ejecutar su retrato (57).

Cuando el acreedor no presta la colaboración debida, dificulta el cumplimiento de la prestación y la ley concede al deudor los medios legales tendientes a obtener esa colaboración y constituir en mora al acreedor renuente.

Esta materia, conocida por la doctrina como «mora accipiendi», por oposición a la mora del deudor, o «solvendi», suele ser tratada junto con lo relativo al pago; así lo hace WINDSCHEID en Alemania, y BIBILONI en su anteproyecto de Reformas al Código civil argentino. Nosotros pensamos que debe tratarse junto con la mora del deudor, en la parte correspondiente a las obligaciones en general, camino que ha seguido el nuevo Código civil peruano, dedicándole los artículos 1338 a 1340.

El Derecho Comparado nos muestra que en los sistemas que establecen la interpelación para constituir en mora al deudor, es frecuente que no se legisle la mora del acreedor, ya que la aplicación analógica de estos preceptos lleva a la conclusión de que, por su parte, para constituir en mora al acreedor habrá que interpellarlo, ofreciéndole el pago. Se opera así el juego armónico del mismo principio, tanto para el deudor como para el acreedor.

Pese a ello, es conveniente —cualquiera sea el sistema de mora adoptado para el deudor— que se incluyan normas que regulen expresamente la mora del acreedor. Así lo entendió ya en 1936 el legislador peruano que en la «Exposición de Motivos» expresaba:

«El Proyecto contempla la mora del acreedor, la del deudor, la mora bilateral y su posible compensación» (58)

(57) Algunas de estas conductas omisivas del acreedor están contempladas en el inciso segundo del nuevo texto del art. 1251 del Código civil peruano, en materia de pago por consignación, que reproducimos en nota más adelante.

(58) Frases reproducidas por GUZMÁN FERRER, obra citada, T. III, p. 843.

Entendemos, sin embargo, que ese propósito no se concretó en aquella oportunidad, pues los artículos 1258 y siguientes del mencionado cuerpo legal se limitan a regular el pago por consignación, como facultad del deudor frente a la actitud morosa del acreedor. Este método, empleado por muchas legislaciones, es a nuestro criterio insuficiente, pues el pago por consignación sólo es procedente cuando se trata de la ejecución de la prestación debida, frente a la negativa del acreedor de recibirla; pero, ¿qué puede hacer el deudor cuando la conducta omisiva del acreedor se reduce a la falta de colaboración en la ejecución de otras actividades previas, como la falta de provisión de materiales, o el no brindar acceso al lugar en que deben efectuarse los trabajos? En estos casos no podemos imaginar una «consignación», ni tan siquiera el juego de intimaciones que se prevé en algunos sistemas para las obligaciones de dar cosas indeterminadas a elección del acreedor (59).

El legislador peruano, para suplir esta falencia, ha incluido una frase en la nueva redacción dada al artículo 1252, habilitando la «consignación» por vía de un ofrecimiento judicial «cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete» (60).

El Código de 1984, en cambio, ha avanzado por este camino, como ya lo hemos dicho, dedicando a la mora del acreedor tres artículos, en los cuales se caracteriza primero la figura, y luego se fijan sus efectos.

Veamos, pues, lo que dispone el artículo 1338:

«El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación».

Se contempla primeramente la falta de colaboración en las obligaciones de dar, que resulta de la negativa del acreedor a recibir la cosa, cuya entrega **le ha sido ofrecida**; en segundo lugar prevé la hipótesis de omisión de aquellos deberes secundarios de conducta a que hacemos referencia más arriba, es decir los hechos previos, sin los cuáles el deudor no está en condiciones de ejecutar la prestación debida; verbi-gracia, proveer materiales al contratista de una obra; habilitarle el acceso al lugar en que ella debe realizarse; posar para el artista que debe pintar un retrato; etc.

Nada se dice, en cambio, sobre la forma de constituir en mora al acreedor, aunque esta omisión no tiene mucha importancia, pues atento que el régimen adoptado por el derecho peruano para la mora del

(59) Ver por ejemplo lo previsto en el artículo 766 del Código civil argentino.

(60) Texto aprobado por Ley del 8 de enero de 1993, en vigencia desde 28 de julio de ese año.

deudor es el de la mora «ex persona», una interpretación analógica nos permite llegar a la conclusión de que será menester el mismo procedimiento para lograr la mora del acreedor; vale decir, el deudor deberá intimar al acreedor a que reciba la prestación, o a que colabore realizando los actos preparatorios que resultan indispensables para que se llegue al cumplimiento.

Pero, aceptado que la intimación que realiza el deudor es el mecanismo adecuado para provocar la mora del acreedor, debemos preguntarnos si esta interpelación será en todos los casos suficiente. La respuesta negativa se impone, porque de nada sirve «ofrecer» una prestación, si el ofrecimiento no es serio, lo que sucede, por ejemplo, cuando el deudor no se encuentra en condiciones de cumplir la prestación ofrecida (61).

a) Efectos de la mora del acreedor.

A partir del momento en que se constituye en mora al acreedor quedan a su cargo los riesgos de pérdida, deterioro o imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida, salvo que estas circunstancias se produjeran por dolo o culpa del deudor (artículo 1340) (62). En realidad la norma del Código civil peruano se limita a hablar de «imposibilidad», pero es indudable que si el acreedor es moroso, esta circunstancia también coloca a su cargo los riesgos por los deterioros que sufra la cosa o los menoscabos y limitaciones de cualquier tipo que se produzcan en las obligaciones de hacer o no hacer (63).

Lo dispuesto en el art. 1340 resulta concordante con la previsión contenida en el último párrafo del art. 1140, que exige al deudor de pagar el valor del bien cierto debido, cuando el acreedor ha sido constituido en mora (64), y también con las normas de los artículos 1568 y

(61) Vemos así, por ejemplo, que el art. 428 del Código de Paraguay dispone en su parte final que aunque el deudor interpele al acreedor, no provocará su mora si «no pudiese ejecutar el pago en esa oportunidad», solución correcta, pues el ofrecimiento de pago para producir el efecto jurídico de constituir en mora al acreedor, debe ser un ofrecimiento serio y no una mera expresión verbal de buenas intenciones.

(62) Código civil de Perú: «Art. 1340.— El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor».

(63) El Código civil paraguayo, en el inciso b del art. 429, prevé que «si se debieren cosas inciertas, los riesgos serán a cargo del acreedor mientras no cumpla la intimación para recibir la cosa elegida».

(64) Código civil de Perú: «Art. 1140.— El deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque éste se haya perdido sin culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. Esa regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora».

1569, en materia de compraventa, para los casos en que el comprador no recibe la cosa (65).

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que existe una aparente contradicción entre las normas que hemos reseñado —que a nuestro entender son las que prevalecen— y el artículo 1251, que parece exigir que al ofrecimiento de pago se sume la consignación de la cosa debida para liberar de responsabilidad al acreedor (66). Entendemos que una adecuada correlación de estas normas debe llevar a las siguientes conclusiones:

- a) el ofrecimiento de pago, o la correspondiente intimación de que se cumplan las conductas de colaboración debidas por el acreedor, lo coloca en situación de mora, pero la obligación todavía existe;
- b) durante la mora del acreedor los riesgos de pérdida o deterioro de la prestación están a su cargo;
- c) la mora del acreedor abre camino a la posibilidad de consignar;
- d) la consignación válidamente efectuada libera totalmente al deudor y extingue la obligación.

Un segundo efecto de la mora del acreedor, como lo prevé el art. 1339, es que deberá indemnizar al deudor los daños que le origine su actitud (67). Esta indemnización comprenderá tanto los gastos originados por el ofrecimiento de pago inaceptado, como los que pueda acarrear la guarda y cuidado de la cosa debida, como se prevé expresamente en algunos códigos (68).

(65) Código civil de Perú: «Art. 1568.— En el caso del artículo 1567 el riesgo de pérdida pasa al comprador antes de la entrega de los bienes si, encontrándose a su disposición, no los recibe en el momento señalado en el contrato para la entrega».

«Art. 1569.— En el caso de compraventa de bienes por peso, número o medida, se aplicará el artículo 1568 si, encontrándose los bienes a su disposición, el comprador no concurre en el momento señalado en el contrato o determinado por el vendedor para pesarlos, contarlos o medirlos, siempre que se encuentren a su disposición».

(66) Código civil de Perú: «Art. 1251.— Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad si consigna la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.

Procede también la consignación en los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido».

(67) Código civil de Perú: «Art. 1339.— El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso».

(68) Ver, por ejemplo, el artículo 429, inciso d), del Código civil paraguayo: «... el deudor tendrá derecho a que se le indemnicen los gastos de conservación o guarda, así como los motivados por requerimientos infructuosos».

Advertimos que las previsiones sobre los «efectos» de la mora del acreedor en el Código peruano son escasas; a diferencia de otros códigos, nada se ha previsto, por ejemplo, respecto a los límites que puede tener la restitución de productos cuando un tercero los hubiese separado o percibido sin culpa del deudor; ni tampoco respecto a los intereses compensatorios, aunque estimamos que ellos deberían suspenderse si a la interpelación se agrega la consignación de la suma debida.

Finalmente digamos que tampoco se regula la forma en que el acreedor puede poner fin a su situación de mora; estimamos que, por aplicación de principios generales, el acreedor que cese en su actitud omisiva y ofrezca la colaboración necesaria con relación a los deberes secundarios de conducta, o reclame el cumplimiento mostrándose dispuesto a recibir el pago, pondrá de esta manera fin a su estado de mora.

Creemos que en una futura reforma legislativa sería conveniente contemplar estos problemas que, por el momento, carecen de una regulación expresa.

VIII. CONCLUSIONES

- 1) El Código civil peruano de 1984 ha mantenido su adhesión al sistema de la mora ex persona.
- 2) El legislador, procediendo con acierto, ha ampliado las excepciones al principio de la intimación (nuevos incisos 3 y 4 del art. 1333).
- 3) La excepción del inciso 2 del art. 1333, que alude a los «motivos determinantes» del plazo de cumplimiento, no incluye los casos de «plazo esencial», en los que no hay mora sino incumplimiento definitivo.
- 4) Esta excepción fue incorporada ya en el Código de 1936, que tomó como modelo el art. 509 del Código de Vélez Sársfield, y tiene como fuente remota el Proyecto de García Goyena; ella contribuye a dar fisonomía propia a un grupo de códigos iberoamericanos.
- 5) Para que funcione la excepción del inciso 2 del art. 1333 es menester que el deudor conozca o deba conocer los «motivos determinantes» del plazo de cumplimiento.
- 6) El curso de los intereses en el resarcimiento de daños extracontractuales (art. 1985), obedece al principio de la reparación integral, por lo que resulta ajeno al sistema de la mora.
- 7) En algunas hipótesis de obligaciones de no hacer, en especial cuando se trata de conductas omisivas continuadas, puede existir mora en el cumplimiento, y es justo y correcto que en esos casos el juez ordene la suspensión de la actividad prohibida.

- 8) El silencio legislativo sobre la posibilidad de mora en las obligaciones de no hacer no es obstáculo para que la doctrina y la jurisprudencia llenen esa laguna y apliquen el sistema de la mora, que en el derecho peruano se logrará mediante intimación.
- 9) De «lege ferenda» propiciaríamos que estas hipótesis se incluyesen en las excepciones a la intimación.
- 10) El Código de 1984 ha dado un paso adelante al legislar sobre mora del acreedor, que comprende no sólo los casos en que no se recibe la prestación, sino también la falta de colaboración o ayuda al deudor en las etapas previas al cumplimiento.
- 11) Sería conveniente, en una reforma legislativa, determinar de manera expresa que es menester la intimación para constituir en mora al acreedor, y regular con más detalle los efectos de esta situación moratoria y la forma de purgarla.