

MORA DEL ACREEDOR Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE COLABORACIÓN¹⁾

LUCIANO BARCHI VELAOCHEAGA

Magister en Derecho con mención en Derecho Civil.

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima,

Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima y

de Teoría del Derecho Civil en la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

- I. El contenido de la relación jurídica obligatoria: I. El contenido de la relación jurídica obligatoria: I.1. La situación jurídica subjetiva acreedora; I.2. La situación jurídica subjetiva deudora.- II. La actuación de la relación obligatoria: 1. El comportamiento del deudor y del acreedor; 2. La tutela del interés del deudor en la ejecución de la prestación.- III. La cooperación del acreedor: 1. Cuestiones preliminares; 2. Naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor; 3. La necesidad de la cooperación.- IV. La mora del acreedor: 1. Hacia un replanteamiento de la mora del acreedor; 2. Presupuestos de la mora del acreedor; 3. El ofrecimiento de pago; 4. La falta injustificada de colaboración del acreedor.- V. Consecuencias de la mora creditoris: 1. Generalidades; 2. Inversión o traslación del riesgo de la imposibilidad sobreviniente sin culpa de las partes; 3. El deber de reparar los daños y perjuicios: 3.1. Las ganancias dejadas de obtener; 3.2. Traslado de los costos de la prestación.- VI. La mora del acreedor como presupuesto de los procedimientos liberatorios del deudor.- VII. La resolución del contrato por incumplimiento de las cargas de colaboración: 1. La contratación con el Estado.

I. EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN JURÍDICA OBLIGATORIA

1. El contenido de la relación jurídica obligatoria

La relación jurídica intersubjetiva es un vínculo bipolar que relaciona dos situaciones jurídicas subjetivas heterogéneas.²⁾

Tradicionalmente, se ha sostenido que la relación jurídico obligatoria conlleva la conexión entre un derecho subjetivo particular, llamado derecho de crédito (lado activo de la relación) y un deber jurídico particular, denominado obligación³⁾ (lado pasivo de la relación).

Actualmente, la doctrina prefiere afirmar que la relación jurídica es una interferencia entre dos situaciones jurídicas subjetivas heterogéneas.⁴⁾ Se habla de un vínculo entre una situación jurídica de ventaja y una situación jurídica de desventaja. Al sujeto de derecho, titular de la situación jurídica de ventaja o situación de crédito, se le denomina "acreedor" y al sujeto de derecho, titular de la situación jurídica de desventaja o situación deudora u obligación, "deudor".

Esto significa que el sujeto de derecho entra en relación con otros sujetos ocupando una determinada situación jurídica (el sujeto de derecho puede ocupar diversas situaciones jurídicas subjetivas, como, por ejemplo, la de acreedor, padre, cónyuge, etc.). Como afirma Fernández Sessarego, "el sujeto se encuentra 'situado' en tanto confluyen en él, en su condición de 'titular', un

¹⁾ Este trabajo toma como base el artículo *¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones*, publicado en: *Negocio Jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*, Grijley, Lima, 2003.

²⁾ Ver al respecto ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Contribución al Estudio de la Relación Jurídico-Intersubjetiva*. En: *Teoría General del Derecho Civil. 5 Ensayos*, ARA, Lima, 2002, pp. 173 y ss.

³⁾ Los deberes jurídicos particulares se dividen en deberes jurídicos *stricto sensu* y en obligaciones.

⁴⁾ Ver al respecto FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del Derecho*, Segunda Edición, Grijley, Lima, 1999, p. 48. Además, CASTÁN TOBESAS, José, *Situaciones Jurídicas Subjetivas*. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLVII, Setiembre de 1963, pp. 193 y ss.

complejo de facultades y obligaciones en razón de que no se le puede concebir en abstracto, como un ente aislado, sino más bien en relación con los demás en el seno de la sociedad, tal como en realidad acontece".⁴

Las situaciones jurídicas subjetivas pueden ser activas o de ventaja y pasivas o de desventaja. Las primeras implican la "posibilidad de ser, de pretender o de hacer algo, de manera garantizada, dentro de los límites atributivos de las normas jurídicas".⁵ Las segundas, en cambio, implican la necesidad de observar un determinado comportamiento a favor de la situación jurídica subjetiva activa.

La correlación entre la situación jurídica activa (crédito) y la situación jurídica pasiva (obligación) es, para nosotros, el contenido de la relación jurídica.⁶

Díez-Picazo denomina vínculo jurídico a "la correlación de un crédito y de una deuda, como situaciones jurídicas coincidentes, pero contrarias dentro de una única relación obligatoria (...)".⁷

Para García Amigo, en cambio, "(...) hay que distinguir de la relación contractual la simple relación obligatoria, o simplemente obligación en el sentido tradicional y clásico de esta palabra, constituida esta por un crédito-deuda aislado (...)".⁸

Más allá del problema terminológico de los dos autores españoles, debemos precisar que la relación obligatoria es, como bien la describe Díez-Picazo, "la total relación jurídica que liga a los sujetos para la realización de una determinada función económica o social en torno a un interés protegido por el ordenamiento jurídico".⁹

El vínculo jurídico (o relación obligatoria, en términos de García Amigo) será, no la total relación jurídica, sino la simple correlación crédito-obligación.

1.1. La situación jurídica subjetiva acreedora

El crédito implica "la posibilidad de una pretensión unida a la exigibilidad de una prestación o de un acto de otro sujeto".¹⁰ Resulta claro que el núcleo del crédito queda constituido por la pretensión (*anspruch* para los alemanes); sin embargo, reducirlo solo al "derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor"¹¹ es simplificar exageradamente el concepto.

El titular de la situación de crédito, además, goza de una serie de facultades y derechos potestativos y también se le imponen una serie de cargas.¹²

La facultad "representa una de las formas de explicitación del derecho subjetivo: quien tiene el derecho subjetivo de propiedad, tiene también la facultad de usar los bienes objeto del mismo, venderlos, de legarlos, etc".¹³

⁴ FERNÁNDEZ-SESSAREGO, Carlos, *Ob. Cit.*, p. 74.

⁵ REALE, Miguel, *Introducción al derecho*, Sexta Edición, Ediciones Pirámide, Madrid, 1984, p. 202.

⁶ Para algunos autores, especialmente italianos, el contenido de la relación obligatoria es la prestación. En este sentido, ver: BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 14. TRABUCCHI, Alberto, *Ob. Cit.*, p. 6.

⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, *El Contenido de la Relación Obligatoria*, En: *Estudios de Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, p. 126. En el mismo sentido, DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho Civil. Parte general*, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 186.

⁸ GARCÍA AMIGO, Manuel, *La Cesión de Contratos en el Derecho Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994.

⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Ob. Cit.*, p. 125.

¹⁰ REALE, Miguel, *Ob. Cit.*, p. 202.

¹¹ Como lo hace el artículo 1206 del Código Civil peruano al referirse a la cesión de derechos.

¹² Ver DÍEZ-PICAZO, Luis, *Ob. Cit.*, pp. 125-140.

¹³ REALE, Miguel, *Ob. Cit.*, p. 204.

El titular del crédito goza de la facultad que le permite disponer de su crédito. Así, puede transferir la titularidad del crédito (artículo 1206 del Código Civil), afectarlo en garantía (artículo 1084 del Código Civil) o condonarlo (artículo 1295 del Código Civil).

Igualmente, el acreedor goza de los medios que le permiten proteger o tutelar la solvencia del deudor¹⁴: la facultad de reclamar la ineficacia respecto de los actos de disposición del patrimonio del deudor por los cuales este origine un perjuicio al interés del acreedor (fraude a los acreedores: artículo 195 del Código Civil); las medidas cautelares (artículo 608 del Código Procesal Civil); el provocar el anticipado vencimiento del plazo cuando el deudor resulta insolvente después de contraída la obligación (artículo 181 del Código Civil); el actuar como sustituto procesal (artículo 1219, inciso 4 del Código Civil y artículo 60 del Código Procesal Civil); la facultad del acreedor de solicitar la partición de la cosa de que su deudor es comunero (artículo 984 del Código Civil); entre otras.

El acreedor también cuenta con facultades que le permiten la normal efectividad de la relación obligatoria: por ejemplo, la facultad de rehusar pagos inexectos.¹⁵

Siguiendo a Messina, entendemos como derechos potestativos "*aquellos en cuya virtud su titular puede influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, mudándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas mediante propia actividad unilateral*".¹⁶

Entre los derechos potestativos podemos encontrar diferentes tipos¹⁷: a) aquellos que permiten extinguir una situación jurídica preexistente (resolución o rescisión); y, b) los que permiten modificarlas (los derechos de determinación: la elección en las relaciones obligatorias con prestación de dar cosas inciertas o en las relaciones obligatorias con prestaciones alternativas).

Tenemos claro, hasta aquí, que el crédito es una situación de poder unitaria y objetivada en la cual confluyen un haz de facultades y derechos potestativos; sin embargo, tendríamos una visión parcial si nos limitáramos a este contenido, puesto que también convergen determinadas cargas.

En este punto es necesario detenernos para distinguir algunos conceptos como deber jurídico, obligación y carga.

El deber jurídico, en un sentido amplio, puede ser definido como la necesidad, impuesta por el ordenamiento jurídico¹⁸, de todo individuo de observar determinada conducta.

Cuando el deber jurídico está referido a guardar determinado comportamiento respecto a todos los individuos integrantes de la comunidad (así, por ejemplo, el deber jurídico de no causar daño a nadie), se habla de "deber jurídico general". Aquí no hay una relación jurídica

¹⁴ La obligación, como aspecto pasivo de la relación obligatoria, está compuesta por dos elementos: el débito y la responsabilidad. Esta última es la situación de sujeción del patrimonio del deudor como vía para facilitar la realización del derecho de los acreedores. En tal sentido, la seguridad de los acreedores reside en la capacidad económica del deudor para hacer frente a sus obligaciones (solvencia del deudor).

¹⁵ Como pagos inexectos nos referimos a todas aquellas situaciones en las que el deudor, si bien realiza actos dirigidos a cumplir, estos no coinciden con la prestación debida (pago defectuoso o parcial).

¹⁶ MESSINA, citado por CASTÁN TOBEÑAS, José, *Ob. Cit.*, p. 226. El derecho potestativo también es llamado por los italianos *diritto discrezionale o potere formativo*. PERLINGIERI, Pietro, *Il Diritto Civile Nella Legalità Costituzionale*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 258.

¹⁷ Ver al respecto: CASTÁN TOBEÑAS, José, *Ob. Cit.*, pp. 227 y ss.

¹⁸ Es precisamente el reconocimiento del ordenamiento jurídico el que otorga la "juridicidad" al deber, distinguiéndolo de los deberes sociales o morales.

entre dos sujetos, sino es un deber jurídico que le corresponde a todo sujeto que vive en una determinada comunidad.

En cambio, cuando el deber jurídico está referido a la ejecución de determinada conducta respecto a un individuo determinado (o determinable), se habla de deber jurídico particular. Estos se dan siempre en el seno de una relación jurídica.

Entre los deberes jurídicos particulares *latu sensu*, la doctrina clásica ha distinguido entre deberes jurídicos particulares *strictu sensu* y las obligaciones. De tal manera que toda obligación es un deber jurídico particular, pero no todo deber jurídico particular será una obligación.¹⁹

Algunos autores encuentran como nota caracterizadora de una obligación la patrimonialidad de la conducta (prestación). En tal sentido, Wayar considera que la patrimonialidad de la prestación es una de las particularidades más importante de la obligación.²⁰

Las cargas son "las meras condiciones o presupuestos, a modo de incumbencias, que se fijan para la adquisición o conservación de un derecho o ventaja jurídica"²¹; es decir, la carga es la necesidad de obrar en tutela del propio interés.

Como señala Cabanillas Sánchez, "(...) la esencia de la carga no se encuentra tanto en la idea de coactividad, aunque se diga que se trata de una coacción de intensidad menor a la que deriva de la obligación, ya que nadie es titular de un derecho o de una pretensión (anspruch) para exigir coactivamente al gravado el cumplimiento de la carga o para resarcirse, en caso de inobservancia voluntaria de la misma, de daños y perjuicios, como en el interés que tiene el propio gravado en observar la conducta que constituye el contenido de la carga, a fin de evitar que surjan los inconvenientes o perjuicios que su falta de realización va a ocasionarle (tutela del propio interés)".²²

Barbero, al respecto, señala lo siguiente: "la figura de la 'carga' se distingue de la del 'deber' en que, como éste, representa ciertamente un agravio del sujeto, pero el cumplimiento es de interés del sujeto mismo que de ella está investido (mientras que el cumplimiento del 'deber' está en el interés de otro: acreedor, derechohabiente)".²³

Para un sector doctrinario, sobre el acreedor, como tal, no recaen deberes jurídicos (mucho menos obligaciones), sino simplemente cargas. Otro sector, en cambio, cree que para el acreedor existe un propio deber jurídico (de colaboración o cooperación).

Volveremos sobre esta cuestión más adelante cuando analicemos la naturaleza jurídica de la cooperación.

1.2. La situación jurídica subjetiva deudora

Al igual que la situación acreedora, en la deudora confluyen un haz de deberes y facultades.

¹⁹ En este sentido, HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. Derecho de Obligaciones*, Tomo III, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 23.

²⁰ WAYAR, Ernesto, *Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 30. Hernández Gil, en cambio, considera que la patrimonialidad no puede ser considerada como nota caracterizadora de la obligación, por cuanto también concurre tratándose del aspecto pasivo en las relaciones jurídico reales. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Ob. Cit.*, p. 24. Para Giorgio Cian, el requisito de la patrimonialidad tiene solamente una función definitoria en el sentido que contribuiría a establecer a qué relaciones jurídicas se le aplican las normas relativas al Derecho de Obligaciones. CIAN, Giorgio, *Interece del Creditore e Patrimonialità Della Prestazione*. En: *Rivista di Diritto Civile*, Año XIV, 1968, Parte Prima, Padova, Cedam, p. 248.

²¹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Ob. Cit.*, p. 208.

²² CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las Cargas del Acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Editorial Muntecorvín, Madrid, 1988, pp. 43-44.

²³ BARBERO, Domingo, *Sistema de Derecho Privado*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 163.

Aquí hay un predominio de un deber jurídico o deber de prestación.

Conjuntamente con el deber de prestación existen una serie de deberes accesorios o secundarios²⁴: 1) deberes de origen legal como el deber de conservación en las relaciones obligatorias con prestación de dar (primer párrafo del artículo 1134 del Código Civil); 2) deberes de origen convencional; 3) deberes usuales o consuetudinarios; o, 4) deberes accesorios autónomos.

El deudor es titular de derechos potestativos como, por ejemplo, la liberación mediante la consignación y la elección tratándose de relaciones obligatorias con prestación de dar cosas inciertas o relaciones obligatorias con prestaciones alternativas.

Para Díez-Picazo, el deudor también es titular de facultades a través de las cuales el ordenamiento jurídico protege legítimos intereses del deudor. Entre ellos, se nombra la facultad de liberarse de su deuda, la de enervar toda pretensión extralimitada del acreedor, la de determinar la prestación (elección en la relación obligatoria con prestación alternativa), entre otras.²⁵

Siendo las facultades las consecuencias del derecho subjetivo que integran, consideramos que el deudor, como titular de una situación subjetiva pasiva, al no ser titular de derechos subjetivos, no tiene propiamente facultades. De otra manera, considerando que las facultades forman parte del contenido de un derecho subjetivo, "(...) habría que considerar al sujeto pasivo tan acreedor como deudor, algo desechable por reductio ad absurdum, en cuanto daría lugar a que toda obligación apareciera como sinalagmática o recíproca".²⁶

Concordamos con Cristóbal Montes cuando señala: "(...) no es propiamente que el deudor tenga la facultad de liberarse, sino que ello es tan solo la instrumentación del deber de prestación que soporta; si ha de pagar, debe encontrarse en situación de hacerlo y esta posibilidad no es más que el vehículo jurídico de su deber".²⁷

II. LA ACTUACIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

1. El comportamiento del deudor y del acreedor

La actuación de la relación obligatoria, a través de la cual se logra la satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor, se realiza con la asunción, por ambas partes, de los comportamientos que les corresponden a sus respectivas situaciones jurídicas.

Natoli afirma que el ejercicio del derecho y la ejecución de la prestación constituyen dos momentos indispensables: "*sicché la mancanza di uno di essi esclude la possibilità di considerare veramente attuato il rapporto anche se, per avventura, accada che l'interesse del creditore sia soddisfatto ovvero si verifichi la liberazione del debitore*".²⁸

El comportamiento del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida.

El comportamiento del acreedor es relevante en lo referente a la facultad de exigir la conducta del deudor (ejercicio de la pretensión) y en la colaboración que debe prestar al deudor.

²⁴ Ver al respecto: Díez-Picazo, Luis, *Ob. Cit.*, pp. 137 y ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 139.

²⁶ CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La Estructura y los Sujetos de la Obligación*, Civitas, Madrid, 1990, p. 94.

²⁷ CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *Ob. cit.*, p. 95.

²⁸ NATOLI, Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. En: *Trattato di diritto civile e commerciale*. Diretta da Antonio Cicu e Francesco Massimo, Volume XVI, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1974, p. 1.

Badosa Coll distingue entre una conducta de cumplimiento unilateral, en la cual basta con la actuación del deudor, y una conducta bilateral, cuando se precisa la cooperación del acreedor.²⁹

2. La tutela del interés del deudor en la ejecución de la prestación

La relación obligatoria está destinada a satisfacer el interés del acreedor; esto es, la necesidad que la prestación está destinada a satisfacer.

Como bien indica Giorgianni: "(...) puesto que el deber del deudor debe satisfacer un interés del acreedor, esto debe valer no sólo para el nacimiento, sino para toda la vida de la relación obligatoria. Así que ésta no podrá mantenerse viva cuando aquel interés desaparezca".³⁰

Bianca admite que también el deudor puede estar interesado en el cumplimiento: "Tal interés es jurídicamente tutelado mediante el instituto de la liberación coactiva y el deber del acreedor de no agravar la posición del deudor omitiendo poner en juego la cooperación necesaria para lograr el cumplimiento".³¹

Para nosotros, el interés del deudor en el cumplimiento no es tutelado a la manera de aquel del acreedor; en ese sentido, Cattaneo señala: "lo schema tipico dell'obbligazione non prevede la tutela dell'interesse del debitore ad eseguire la prestazione".³²

Lo que podemos constatar es un interés jurídicamente protegido del deudor con relación a su liberación y a no ver agravada su posición como consecuencia de la omisión de la cooperación del acreedor. En tal sentido, el ordenamiento jurídico le proporciona dos instituciones: los procedimientos liberatorios y la mora del acreedor.

Giorgianni admite la posibilidad de un interés particular del deudor en el cumplimiento y señala el siguiente ejemplo: "un cirujano que haya sido contratado para una difícil operación que presenta para él un interés científico".³³ Sin embargo, añade que para determinar cuándo es tutelado el interés del deudor habría que analizar caso por caso haciendo referencia a la intención de las partes. En tal caso, habría una obligación a cargo del acreedor; así, en el ejemplo, la obligación de hacer operar al médico.

Una cuestión distinta, como hemos dicho, es el interés del deudor de no ejecutar una prestación más gravosa de la debida; es decir, el interés de liberarse sin retardo y sin daños.

III. LA COOPERACIÓN DEL ACREEDOR

1. Cuestiones preliminares

Se ha definido acertadamente a la relación obligatoria como "la relación jurídica establecida entre dos o más personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes y servicios mediante la cooperación de otra o bien de intercambio recíprocos de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación".³⁴ Esta definición parte de considerar como objeto de la relación obligatoria la cooperación ajena para la satisfacción de una necesidad.

²⁹ Badosa Coll, citado por VAQUER ALOY, Antoni, *El Ofrecimiento de Pago en el Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 18 y ss.

³⁰ GIORGIANNI, Michele, *Ob. Cit.*, p. 65.

³¹ BIANCA, Massimo, *Ob. Cit.*, p. 46. Existe una traducción al castellano a cargo de Gastón Fernández Cruz en: *Los ejércitos*, Año V, No. 9, p. 114.

³² CATTANEO, Giovanni, *Ob. Cit.*, p. 44.

³³ GIORGIANNI, Michele, *Ob. Cit.*, p. 69. Ver igualmente: TRABUCCII, Alberto, *Ob. Cit.*, p. 68 y BIANCA, Massimo, *Ob. Cit.*, p. 114.

³⁴ DIEZ-PICAZO, Luis, *Ob. Cit.*, Volumen I, p. 391. Betti ya había señalado que "(...) en la relación de obligación el interés del

La cooperación a la que se refiere Díez-Picazo, siguiendo el término utilizado por Betti, tiene un sentido completamente distinto a la de "cooperación del acreedor en el cumplimiento". En el sentido del autor italiano, cooperación está referida a la conducta del deudor, que está destinada a proporcionar los recursos para satisfacer una necesidad.

La cooperación del deudor está dirigida a satisfacer un interés ajeno (el del acreedor); en cambio, la cooperación del acreedor en el cumplimiento se dirige a la satisfacción del propio interés.

2. Naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor

El acreedor debe realizar todo aquello que esté a su alcance a fin de que el deudor pueda ejecutar la prestación a su cargo y para que este pueda liberarse de la deuda. Este concurso presenta un doble aspecto, positivo y negativo: facilitar el cumplimiento del deudor y no agravar el empeño del deudor en realizar la prestación.²⁵

En la doctrina se discute la naturaleza jurídica del concurso del acreedor. Así, hay quienes consideran que constituye una obligación y otros, que le atribuyen el carácter de carga.

De conformidad con el artículo 1565 del Código Civil "el comprador está obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos" (el resaltado es nuestro).

Cabe preguntarnos si el acreedor, como tal²⁶, puede ser titular de obligaciones.

Ruggiero Luzzatto considera que: "(...) existen argumentos sustanciales para reconocer la existencia de obligaciones relativas a varias especies de cooperación del acreedor en la ejecución de la prestación debida por el deudor".²⁷

Las razones que esgrime el autor italiano que permitirían reconocer la existencia de obligaciones²⁸ a cargo del acreedor son:

a) La voluntad contractual. - Según este argumento, las partes al celebrar un contrato buscan alcanzar fines prácticos, así por ejemplo, en la compraventa transferir la titularidad de una situación jurídica a cambio de un precio en dinero. Luzzatto considera absurdo pensar que Ticio, vendedor, ha querido solamente obligarse a entregar la cosa, no ya a recibir el precio; Cayo, comprador, ha querido obligarse solamente a pagar el precio, no también a recibir la cosa²⁹.

b) El sentimiento social. - Según esta razón "(...) la conciencia social reputa faltar a un compromiso, a una obligación, a aquel acreedor que rehúsa recibir la prestación que con su consentimiento le hay sido prometida(...)"³⁰;

titular del derecho está destinado a realizarse por medio de un intermediario, a través de un comportamiento ajeno, de una actividad de cooperación". BETTI, Emilio, Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 10.

²⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Ob. Cit.*, p. 72.

²⁶ Es evidente que, tratándose de relaciones obligatorias complejas como, por ejemplo, la compraventa, en la "posición" compradora confluyen dos situaciones jurídicas: la acreedora de la cosa y la deudora del precio.

²⁷ LUZZATTO, Ruggiero, *La Compraventa según el Nuevo Código Civil Italiano*, traducido por Francisco Bonet Ramon, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, p. 460.

²⁸ Si bien el autor citado reconoce la existencia de obligaciones a cargo de acreedor, no establece una identidad entre la obligación de prestar a cargo del deudor y la obligación de colaborar del acreedor, ellas tienen objetos diversos. LUZZATTO, Ruggiero, *Ob. Cit.*, p. 466.

²⁹ LUZZATTO, Ruggiero, *Ob. Cit.*, p. 461.

³⁰ LUZZATTO, Ruggiero, *Ob. Cit.*, p. 462.

c) Interés del deudor en liberarse. - El autor italiano propone hablar de dos clases de intereses de parte del deudor: un interés inmediato y uno mediato.

El interés inmediato puede ser entendido con el ejemplo del comerciante que después de haber comprado 100 barriles de vino a otro comerciante ya no los quería, dejando al vendedor en problemas, puesto que este último confiaba en vaciar sus almacenes para colocar en ellas mercadería que debía recibir.⁴³

El interés mediato consiste en que la ejecución de la prestación por parte del deudor le otorgaría a este un título para, a su vez, exigir la contraprestación.

Manuel de la Puente y Lavalle, en la Exposición de Motivos del artículo 1565 señala: "Siendo la compraventa un contrato de cambio, resulta evidente que el comprador está obligado a hacer todo lo necesario para que este cambio se produzca, ya que no se concibe que una persona esté obligada a entregar un bien a otra y que ésta no esté obligada a recibirlo. Por ello, se ha considerado prudente legislar que constituye obligación del comprador recibir el bien materia de la compraventa"⁴⁴ (el resaltado es nuestro).

El artículo bajo comentario encuentra su antecedente en el artículo 1427 del Código Civil argentino; sin embargo, López de Zavallía señala: "No es ésta, a nuestro juicio, una verdadera y propia obligación, sino la aplicación del genérico deber que pesa sobre todo acreedor de recibir la prestación".⁴⁵

Fernández Sessarego al respecto dice: "La situación jurídica subjetiva de 'acreedor', que puede asumir el sujeto, comprende el derecho del titular de exigir a su deudor el pago de la obligación contratada pero, simultáneamente, tiene el deber de prestar su colaboración para que el deudor pueda ejecutar la prestación o aceptar el pago y no rechazarlo si éste cumple con los requisitos de integridad, identidad, localización y temporalidad"⁴⁶ (el resaltado es nuestro).

Para Padilla, "recibir" la prestación es el deber más importante de los deberes de cooperación que tiene el acreedor respecto al deudor.⁴⁷

Wayar considera que el acreedor es "sujeto pasivo de ciertos deberes de conducta jurídicamente obligatorios"⁴⁸, entre los cuales menciona el deber de contribuir a la materialización del pago, esto es, el deber de cooperación del acreedor. Más adelante, sugiere que el deber de cooperación del acreedor frente al derecho del deudor de liberarse, constituye una perfecta obligación.⁴⁹

Moisset de Espanés, comentando el Código Civil argentino, señala: el deudor goza del "derecho de pagar" y el acreedor debe prestar su colaboración para que la obligación se extinga por la vía normal, problema contemplado por la ley argentina, que en diversas normas impone el "deber de recibir el pago". Luego, comentando el Código Civil peruano dice: "A nuestro criterio, sin embargo, el Código peruano consagra de manera expresa en varias normas el deber del acreedor de colaborar

⁴³ Loc. Cit. El mismo autor señala que puede existir un interés inmediato por otras ventajas que la ejecución de la prestación puede proporcionar al deudor; así, por ejemplo, la fama que le generaría pasar a una persona célebre.

⁴⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Exposición de Motivos y Comentarios. Compraventa*. En: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, Parte III, Volumen VI, Okura editores, Lima, 1985, p. 224. Se refiere también a una supuesta obligación de cooperar: DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho Civil (Método, Sistemas y Categorías Jurídicas)*, Civitas, Madrid.

⁴⁵ LÓPEZ DE ZAVALLÍA, Fernando, *Teoría de los Contratos*, Tomo II, Parte especial (1), Segunda Edición, Zavallía Editor, Buenos Aires, 1985, p. 203.

⁴⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, (...) Ob. Cit., p. 73.

⁴⁷ PADILLA, René, Ob. Cit., p. 278. Padilla habla de deber, pero niega que exista una obligación por parte del acreedor.

⁴⁸ WAYAR, Ernesto, Ob. Cit., p. 24.

⁴⁹ WAYAR, Ernesto, Ob. Cit., nota (40), p. 24.

con el deudor, dispositivos que no se reducen a las previsiones sobre mora del deudor contenidas en los artículos 1338 y siguientes (...)”.⁴⁸

Díez-Picazo, en cambio, señala que se trata de “cargas” y no de auténticos deberes: “no se trata de una conducta debida, que otro pueda exigir, sino de una conducta necesaria solo como requisito previo o como presupuesto del acto de ejercicio de una facultad. No se trata de un auténtico ‘deber’ sino un ‘tener que’ para poder hacer. Sobre el acreedor, como tal, no recaen auténticos deberes”.⁴⁹

Vaquero Aloy rechaza la existencia de obligación alguna de colaborar o de recibir el pago por parte del acreedor. Para el autor catalán, la cooperación es una carga.⁵⁰

Para Giorgianni “(...) el acreedor podrá tener al máximo la carga, pero no el deber de recibir la prestación del deudor”.⁵¹

Natoli, al respecto señala: “Si deve, infatti, negare il fondamento di un preteso obbligo del creditore all’attività solutoria del debitore” y luego añade “finirebbe con lo snaturare la posizione del creditore, in quanto tale titolare di un tipico diritto soggettivo”.⁵²

Cattaneo niega que la cooperación del acreedor pueda ser considerada como obligación. Así, señala que el acreedor “non può avere che un onere di cooperare, al fine di non dover adempiere in tutto o in parte la sua obbligazione senza vedere soddisfatto il proprio credito”.⁵³

Cristóbal Montes afirma que no hace falta recurrir a la categoría de carga “(...) ya que el mismo objetivo, incluso de manera más omnicompreensiva y cabal, puede alcanzarse en base a considerar y exigir que el derecho de crédito que corresponde al acreedor tiene que hacerse valer, en todos sus aspectos, formas de manifestación y a través de las distintas facultades que lo integran, de acuerdo a lo que dicta la buena fe (...)”.⁵⁴

Los autores que consideran que sobre el acreedor, como tal, recaen auténticos deberes jurídicos, tratan así de explicar las normas relativas a la mora *creditoris* asimilándola a la mora del deudor.

Nosotros creemos que la colaboración del acreedor no es una obligación; caso contrario sería deudor y no habría fundamento para regular la mora *creditoris*. De Trazegnies tendría razón, entonces, cuando afirma que “(...) esa pretendida ‘mora del acreedor’ parece no ser otra cosa que una mora común y corriente del deudor en el interior de un contrato”.⁵⁵

Los autores que afirman la existencia de un deber (deber jurídico particular) de colaboración a cargo del acreedor encuentran su correlato en un pretendido derecho del deudor de pagar (*ius*

⁴⁸ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Diferenciar entre Mora del Acreedor y Pago por Caucción*, Con referencias al Código Civil Peruano de 1984, En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 96, Noviembre, Gaceta Jurídica, Lima, p. 35.

⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Ob. Cit.*, p. 133.

⁵⁰ VAQUERO ALOY, Antoni, *Ob. Cit.*, p. 27.

⁵¹ GIORGIANNI, Michele, *Ob. Cit.*, p. 69. En este mismo sentido, ROPPO, Enzo, *Manuale di Diritto Civile*, Editori Laterza, Bari, 1984, p. 150.

⁵² NATOLI, Ugo, *Ob. Cit.*, p. 154.

⁵³ CATTANEO, Giovanni, *Ob. Cit.*, p. 50.

⁵⁴ CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *Ob. Cit.*, p. 100.

⁵⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La Responsabilidad Extrac contractual*. En: *Biblioteca Para Leer el Código Civil*, Volumen IV, Tomo II, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1988, p. 421. En el mismo sentido Rubino señala: “in fondo, anche la mora accipiendi (...) è una mora debitoria”. RUBINO cita por CATTANEO, Giovanni, *Ob. Cit.*, p. 46, nota 33.

solventi). En tal sentido Padilla señala: "(...) no merece objeciones la posibilidad de predicar en el ámbito solutorio un derecho de pagar".⁵⁴

La afirmación anterior, para muchos autores, constituye el fundamento del pago por consignación.⁵⁷ Pero en ella encontramos una aparente contradicción: el deudor tendrá no solo el deber de pagar, sino también un derecho a hacerlo.

Nosotros consideramos que el acreedor no tiene el deber de cooperar, pero el Derecho no puede dejar desprotegido al deudor condenándolo a mantenerse vinculado indefinidamente. El Derecho tutela el interés del deudor en liberarse de la obligación y a no ver agravada su posición frente a la negativa injustificada del acreedor en cooperar. Así, se le otorgan diferentes mecanismos de protección: la mora del acreedor, para que su situación no sea más gravosa, y la consignación, como mecanismo de liberación.

La mora *creditoris*, como veremos más adelante, es un efecto atribuido por el ordenamiento jurídico aun sin que exista intención del deudor de provocarlo. La consignación es, en cambio, un procedimiento judicial que se inicia a solicitud del deudor.

Como hemos dicho, el deudor cuenta con mecanismos instrumentales que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para facilitar el cumplimiento de su deber. Este es el caso de la consignación (los procedimientos liberatorios); la posibilidad del deudor de recurrir a este mecanismo constituye un "derecho potestativo" extintivo⁵⁸ y, en tal sentido, no tiene como correlato el "deber de colaborar", sino el sometimiento o sujeción del acreedor a tener que admitir los efectos que se produzcan (la extinción de la relación obligatoria).⁵⁹

Como bien señala Orlando Gomes, el titular de un derecho potestativo "realiza seu interesse sem necessidade da cooperação do sujeito passivo, exerce o direito independentemente da vontade de quem deve sofrer as consequências do exercício".⁶⁰

Nosotros consideramos que para el ejercicio de la pretensión por parte del acreedor, este tiene que realizar determinados actos de colaboración. Este comportamiento es libre; en tal sentido, no puede serle exigido. El acreedor tiene, propiamente, la carga de realizar los actos de colaboración.

Resulta claro que el deudor no puede exigir (pretender) del acreedor la realización de los actos de cooperación; no tiene, pues, un derecho (subjeto) de liberarse como correlato de un deber jurídico del acreedor de colaboración. El deudor no cuenta con el mecanismo de la ejecución forzosa para lograr la cooperación, sino con la consignación, que es un mecanismo que, precisamente, permite la liberación del deudor sin la colaboración del acreedor.

⁵⁴ PADILLA, René, *Ob. Cit.*, pp. 275 y ss. En el mismo sentido: LEÓN BARANDIARÁN, José, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 329; MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 387; WAYAR, Ernesto, *Ob. Cit.*, p. 28.

⁵⁵ Así, WAYAR, Ernesto, *El Pago por Consignación. Doctrina y Jurisprudencia*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 54 y ss. En el mismo sentido, CAZEUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo 2, Librería Editores Platense, La Plata, 1986, p. 215.

⁵⁶ En tal sentido, MESSINA citado por CASTÁN TOBERÑAS, José, *Ob. Cit.*, p. 227, nota 1.

⁵⁷ Se podría argumentar en contra de esta posición que el acreedor puede oponerse a la consignación efectuada, lo que significaría que no hay de parte del acreedor una sujeción y, por tanto, no habría derecho potestativo del deudor. Sin embargo, debe advertirse que la sujeción (situación inactiva) no implica que su titular no pueda reclamar si considera que el ejercicio del derecho potestativo no se ajusta a ley.

⁵⁸ GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 10a. edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 124.

3. La necesidad de la cooperación

El comportamiento del acreedor para que pueda ser calificado como "cooperación" debe ser, en principio, necesario para el cumplimiento (ver artículo 1338 del Código Civil peruano). De tal manera, Caballero Lozano señala: *"existen ciertos supuestos de aparente necesidad de cooperación al cumplimiento y que, sin embargo, no lo son por falta de relación de necesidad entre la prestación del deudor y la conducta del acreedor"*.⁶¹

La mora del acreedor no procede en cualquier categoría de relación obligatoria, sino solo en aquellas donde la prestación no puede ser ejecutada sin la cooperación del acreedor. Como señala Cattaneo: *"La cooperazione non ha cioè uno scopo autonomo rispetto a quello della prestazione: il suo fine non avrebbe senso se non esistesse una obbligazione con un certo contenuto a carico del debitore"*.⁶²

La cooperación será siempre necesaria en las relaciones obligatorias con prestación de dar y en las de hacer que culminan en un dar.⁶³ Aquí la conducta del acreedor consiste en recibir la cosa.

En las relaciones obligatorias con prestación de puro hacer, no es necesaria, en principio, la colaboración del acreedor. *"No lo es cuando la prestación sea íntegramente realizable por obra del deudor, o cuando requiera el concurso de factores externos independientes de la actividad del acreedor y de los cuales éste no debe responder"*.⁶⁴

Para Trabucchi⁶⁵, en las relaciones obligatorias con prestación negativa no se requiere la colaboración del acreedor para su ejecución; por tanto, la mora del acreedor es inconcebible en estas. No obstante, para Giacobbe⁶⁶ en algunos casos también es necesaria la cooperación del acreedor en este tipo de relaciones obligatorias. Se cita como ejemplo el pacto de no concurrencia en un lugar que debe ser designado por el acreedor. Si este no lo indica dentro de un plazo determinado, incurre en mora.

En términos generales, creemos que, en principio, la mora del acreedor procede en cualquier categoría de relación obligatoria: en cada caso el intérprete deberá determinar la necesidad o no de la colaboración del acreedor.

La cooperación del acreedor puede producirse en diversas fases del cumplimiento de la obligación:

a) **Cooperación inicial o actos preparatorios.** Es la que se necesita antes de comenzar la ejecución de la prestación.

Para Caballero Lozano, este es el caso de los actos de determinación de la prestación y pone como ejemplo las relaciones obligatorias con prestaciones alternativas, cuando la facultad de elección corresponde al acreedor.⁶⁷

Sin embargo, en nuestro Código Civil, de acuerdo con el artículo 1144, cuando el acreedor

⁶¹ CABALLERO LOZANO, José María, *Ob. Cit.*, p. 99.

⁶² CATTANEO, Giovanni, *Ob. Cit.*, p. 115.

⁶³ Distinguímos las relaciones obligatorias de hacer en relaciones obligatorias con prestación de hacer que culminan en un dar (por ejemplo, confeccionar un termo) y en relaciones obligatorias con prestación de puro hacer (por ejemplo, pintar una casa). Ver al respecto: WAYAR, Ernesto, *Ob. Cit.*, p. 121.

⁶⁴ CABALLERO LOZANO, José María, *Ob. Cit.*, p. 103.

⁶⁵ TRABUCCHI, Alberto, *Ob. Cit.*, p. 168, nota 7. En el mismo sentido BRECCIA, Umberto, *Le Obbligazioni*. En: *Trattato di Diritto Privato*, a cura di Giovanni Indica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 1991, p. 392; DIEZ-PICAZO, Luis, *Ob. Cit.*, Volumen I, p. 648.

⁶⁶ GIACOBBE, Giovanni, *Mora del Creditore*. En: *Enciclopedia del Diritto*, Volumen XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, p. 956.

⁶⁷ CABALLERO LOZANO, José María, *Ob. Cit.*, p. 107.

omite efectuar la elección dentro del plazo establecido, ella corresponde al deudor. Esto significa que la cooperación del acreedor no constituye un obstáculo para el cumplimiento.

Pueden citarse, en cambio, como ejemplos: el realizar los trabajos preliminares en el contrato de obra o permitir el ingreso del contratista en el terreno en el que se realizará la obra.⁶⁸

b) Cooperación durante el desarrollo de la prestación.- Comúnmente, se manifiesta en las relaciones obligatorias con prestación de ejecución duradera. Así, por ejemplo, en el caso del suministro de los materiales en el contrato de obra.

c) Cooperación en la fase final de ejecución.- En este caso, el deudor ha realizado la conducta que le corresponde y solo queda esperar la cooperación del acreedor. Así, por ejemplo, la recepción de la cosa.

Un caso discutible es si el otorgamiento de recibo o la restitución del título (artículo 1230 del Código Civil) constituyen actos de colaboración del acreedor. En puridad, no es un acto necesario para el cumplimiento; sin embargo, se ha considerado que negarse a otorgar recibo sí permite constituir en mora al acreedor, pero por razones diferentes: en este caso, al no otorgársele recibo al deudor, se le priva de la prueba del pago, siendo su liberación incierta. Aquí no existe una relación de necesidad entre la prestación del deudor y la conducta del acreedor, pero esta permite que la prestación pueda ser ejecutada sin riesgo para el deudor.

Hay otros casos en los cuales la ejecución de la prestación requiere de la "ayuda" del acreedor, pero donde tampoco implica una rigurosa "relación de necesidad". Así, por ejemplo, el numeral 1) del artículo 1796 del Código Civil peruano establece que el mandante (acreedor) está "obligado"⁶⁹ frente al mandatario (deudor) "a facilitarle los medios necesarios para la ejecución del mandato y para el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin haya contraído, salvo pacto distinto". El mismo cuerpo de leyes en el artículo 1797 señala: "El mandatario puede abstenerse a ejecutar el mandato en tanto el mandante estuviere en mora frente a él en el cumplimiento de sus obligaciones".⁷⁰

Resulta evidente que, en algunos casos, el mandatario podría ejecutar el mandato sin la facilitación de los medios necesarios. Piénsese, por ejemplo, que el medio sea dinero; el mandatario podría ejecutar el mandato sirviéndose de sus propios medios.

En este supuesto, lo que se busca es permitir al deudor cumplir sin incurrir en un sacrificio excesivo: la conducta del acreedor es instrumental respecto a la prestación a cargo del deudor.

Por último, hay casos donde sin existir una "relación de necesidad" o de permitir al deudor cumplir sin incurrir en un sacrificio superior al debido, el legislador atribuye la situación de mora *creditoris*. Véase, por ejemplo, el último párrafo del artículo 1208 del Código Civil italiano que señala: "Il debitore può subordinare l'offerta al consenso del creditore necessario per liberare i beni dalle garanzie reali o da altri vincoli che comunque ne limitino la disponibilità".

Es claro que el consenso del acreedor no tiene estrictamente como función ni permitir la ejecución de la prestación del deudor, ni de tornarla menos gravosa; sin embargo, el legislador le atribuye esa condición.

En el caso peruano, no se trata de un supuesto de cooperación del acreedor, porque el deudor puede obtener por otra vía la devolución de la prenda o la cancelación de la hipoteca.

⁶⁸ Loc. Cit.

⁶⁹ El artículo citado utiliza equivocadamente la expresión "obligado", puesto que técnicamente no es una obligación.

⁷⁰ Nuevamente adviértase que se utiliza la expresión "obligaciones" del mandante.

IV. LA MORA DEL ACREEDOR

1. Hacia un replanteamiento de la mora del acreedor

Queda claro, para nosotros, que la mora del acreedor no puede ser considerada como un retraso en el "deber" u "obligación" de colaboración a cargo del acreedor, en la medida que, como ha quedado dicho, no estamos, propiamente, ante un deber jurídico u obligación.

Desde otro punto de vista, nosotros preferimos afirmar que la falta injustificada de colaboración o cooperación de parte del acreedor, puede originar un retraso al deudor en la ejecución de la prestación. Un retardo que no es imputable al deudor y que, por tanto, no dará lugar a la *mora debitoris*.

Así, utilizaremos la expresión *mora creditoris* para referirnos al retardo del deudor en la ejecución de la prestación debida ocasionado por la falta injustificada de colaboración del acreedor.⁷¹

La diferencia entre la situación de retardo y la de incumplimiento reside en que la inejecución de la prestación en la oportunidad establecida la hace no idónea para satisfacer el interés del acreedor. La *mora creditoris* produce la prolongación de la relación obligatoria y el acreedor no puede optar por la resolución basado en su propia omisión de cooperación.

2. Presupuestos de la mora del acreedor

Como hemos dicho, entendemos la mora del acreedor como un retardo del deudor en la ejecución de la prestación debida ocasionado por la negativa injustificada de cooperación por parte del acreedor.

Para hablar de negativa injustificada de colaboración por parte del acreedor, es necesario que medie un ofrecimiento de pago; es decir, que el deudor esté dispuesto a ejecutar la prestación a su cargo.

Se requieren los siguientes presupuestos para que se configure la mora del acreedor (ver artículo 1338 del Código Civil peruano):

- a) Respecto del deudor: el ofrecimiento de pago de la prestación debida; y,
- b) Respecto del acreedor: la negativa, sin motivo legítimo, a prestar su colaboración.

3. El ofrecimiento de pago

Como se ha dicho, la mora del acreedor presupone la negativa de este de prestar su colaboración (cuando sea necesaria) al deudor para la ejecución de la prestación debida. Como bien advierte Wayar, "[solo podrá hablarse de negativa si ha mediado una oferta]."⁷²

Para Linares Noci, la declaración de voluntad contenida en el ofrecimiento de pago supone la promesa de ejecutar la prestación debida, o sea, el pago.⁷³

⁷¹ En tal sentido, Díez-Picazo define la *mora creditoris* como "aquella situación en la cual se produce un objetivo retraso en la ejecución de la prestación como consecuencia de un comportamiento que es debido a una causa imputable al acreedor". Díez-PICAZO, Luis, *Ob. Cit.*, Volumen I, p. 734. Igualmente, Faedo Laneri la define como "el retraso del cumplimiento motivado por la falta de cooperación indispensable del acreedor (...)". FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 441. NATOLI, Ugo, *Ob. Cit.*, p. 7.

⁷² WAYAR, Ernesto, *Ob. Cit.*, p. 81.

⁷³ LINARES NOCI, Rafael, *Algunas Consideraciones Sobre el Ofrecimiento de Pago*. En: *Revista de Derecho Privado*, Marzo 1991, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, p. 172.

Para Gagliardo, el ofrecimiento de pago supone el "requerimiento" (intimación) de la cooperación del acreedor.⁷²

Como señala Vaquer Aloy, en el ofrecimiento de pago concurren dos elementos distintos: la disposición de cumplir y la manifestación al acreedor de tal disposición.⁷³ El segundo de los elementos supone la exteriorización de la disposición de cumplir por parte del deudor y es lo que podríamos llamar el ofrecimiento de pago en sentido estricto.

El ofrecimiento de pago es un acto jurídico *strictu sensu*, pues tiene como finalidad lograr que el acreedor preste su colaboración. Se busca un resultado, pero se producen otros efectos aun sin que el oferente tuviera intención de provocarlos. Así, la constitución en mora del acreedor es un efecto determinado por el ordenamiento jurídico, aun si no hay intención de provocarlo.

La intimación no solo debe partir del deudor, sino, de acuerdo con el artículo 1222 de nuestro Código Civil, también de un tercero, tenga o no interés, con o sin consentimiento del deudor.⁷⁴

Igualmente, el destinatario del requerimiento no debe ser necesariamente el acreedor, puesto que, de conformidad con el artículo 1224 del Código Civil peruano, lo puede ser también, el designado por el juez, la ley o por el propio acreedor.

El ofrecimiento debe efectuarse respetando los principios que rigen el pago y los requisitos de tiempo y lugar. Deben, pues, respetarse los principios de identidad, integridad e indivisibilidad. Asimismo, debe efectuarse de acuerdo al tiempo y lugar exigidos para el pago.

4. La falta injustificada de colaboración del acreedor

Como bien señala Padilla⁷⁵, el ofrecimiento de pago tiene como objeto que el acreedor preste su colaboración; en tal sentido, de negarse a colaborar, se produce su constitución en mora.

Debemos advertir, sin embargo, que no es cualquier negativa la que constituye en mora al acreedor, sino que esta debe ser **injustificada o ilegítima**.

Nuestro Código Civil, en el artículo 1338, utiliza la expresión **sin motivo legítimo**, lo que puede originar dudas sobre su significado.

Para un sector doctrinario, especialmente el argentino, la *mora creditoris* reconoce un ingrediente subjetivo; es decir, se requiere la culpa del acreedor para su constitución en mora.⁷⁶ En tal sentido, la expresión "sin motivo legítimo" o "injustificada" sería sinónima de culpa.

Otro sector, en cambio, considera que la mora del acreedor no presupone el factor subjetivo de atribución. Así, Díez-Picazo señala: "*la mora credendi no presupone una especial culpabilidad del acreedor moroso en la realización de la prestación*".⁷⁷

⁷² GAGLIARDO, Mariano, *La Mora en el Derecho Civil y Comercial. Su Estructura y Alcances*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 156. En este sentido, ver el artículo 295 del Código Civil alemán.

⁷³ VAQUER ALOY, Antoni, *Ob. Cit.*, pp. 41 y ss.

⁷⁴ Al respecto, ver: LINARES NOCI, Rafael, *Ob. Cit.*, pp. 171 y ss.

⁷⁵ PADILLA, René, *Ob. Cit.*, p. 292.

⁷⁶ LÓPEZ CABANA, Roberto, *La Dación en el Derecho Privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 126. En el mismo sentido: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Ob. Cit.*, p. 37; GAGLIARDO, Mariano, *Ob. Cit.*, p. 156; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Quinta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 117. En Italia, Falcoz citado por CATTANEO, Giovanni, *Ob. Cit.*, p. 131.

⁷⁷ Díez-PICAZO, Luis, *Ob. Cit.*, Volumen I, p. 735. En el mismo sentido: BEVILÁQUA, Clóvia, *Código Civil dos Estados Unidos*

En este mismo sentido, Visintini afirma: *"In definitiva ciò che conta ai fini dell'operatività degli effetti della mora è l'individuazione dei casi in cui è dovuta una cooperazione del creditore. L'omissione di questa, anche se incolpevole, o provocata da circostanze a lui non imputabili, fa scattare tutti gli effetti della mora"*.⁸²

Igualmente, Larenz dice: *"en sentido propio no es posible semejante culpa porque el acreedor, como tal, no está obligado, según el criterio legal, en principio, ni a la aceptación ni a otra clase de cooperación"*.⁸³

Si en nuestro ordenamiento jurídico los efectos de la mora del acreedor se inducen análogicamente con los de la *mora debitoris*, debería admitirse la necesidad del factor de atribución subjetivo. Sin embargo, siguiendo a Larenz, consideramos que, como no corresponde al acreedor un deber jurídico, no puede hablarse de culpa; por tanto, individualizados los casos en que se requiere la colaboración del acreedor, su omisión sin una causa justificada genera la situación de mora.

Queda claro que si existe culpa de parte del acreedor este debe asumir los riesgos, pero el problema se presenta, precisamente, respecto a los riesgos ajenos a la culpa del acreedor.

Para dar solución a dicho problema, debemos tener presente que la mora del acreedor permite repartir ciertos riesgos y costos entre las partes.⁸⁴ Sin duda, la culpa es uno de los criterios para atribuir esos costos y riesgos, pero no el único.

La mora del acreedor es un mecanismo de tutela del interés del deudor en la ejecución de la prestación, de tal manera que su situación no resulte más gravosa y esto significa trasladar al acreedor el daño sufrido por el deudor como consecuencia del retardo en su liberación por la negativa injustificada del acreedor en colaborar. Creemos, entonces, que basta que la negativa sea injustificada, sin entrar a analizar si es culposa o no.

Para que la negativa del acreedor se estime injustificada *"basta que el acreedor no pueda invocar ninguna razón objetiva en abono de su conducta"*.⁸⁵

Como bien señala Caballero Lozano, la culpa y la justa causa son dos *"aspectos que operan en diferente plano. La culpa se desenvuelve en el terreno de la voluntad del acreedor, mientras que, por el contrario, la justa causa opera objetivamente"*.⁸⁶

La justa causa comprende, en principio, los casos de oferta irregular. Así, no será injustificada la negativa de colaborar si el ofrecimiento no respeta los principios o requisitos del pago, como por ejemplo, el ofrecimiento de entregar una cosa distinta a la debida; el ofrecimiento de ejecutar parcialmente la prestación; el ofrecimiento anticipado de pago cuando el plazo se ha establecido en beneficio del acreedor o de ambas partes; o cuando el ofrecimiento de pago comprende el capital, pero no los intereses. Sin embargo, creemos que si solo se comprendiesen en el artículo 1338 del Código Civil peruano los casos de irregularidad de la oferta, dicha norma carecería de contenido específico.

da Brasil, Volume I, Edição histórica, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1984, p. 90. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Noción de la Mora*. En: *In et Praxi*, Diciembre, 1986, No. 8, p. 183. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, *Ob. Cit.*, p. 142.

⁸² VISINTINI, Giovanna, CANNATA, Carlo Augusto y PROSPERETTI, Marco. *L'adempiimento delle obbligazioni*. En: *Trattato di Diritto Privato, Diritto da Pietro Rescigno*, Volumen I, Tomo I, UTET, Torino, 1988, p. 141.

⁸³ LARENZ, Karl, *Ob. Cit.*, p. 376. En el mismo sentido, ver: HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Volumen III, Editorial Revis de Derecho Privado, 1958, p. 188. ENNECCERUS, Ludwig, *Ob. Cit.*, Tomo II, Volumen Primero, p. 294. VON TUHR, Andreas, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1934, p. 64, nota (2).

⁸⁴ CATTANEO, Antonio, *Ob. Cit.*, p. 131.

⁸⁵ VON TUHR, Andreas, *Ob. Cit.*, Tomo II, Volumen I, p. 64.

⁸⁶ CABALLERO LOZANO, José María, *Ob. Cit.*, p. 141.

En realidad, en el caso de la oferta irregular no hay mora, pero por falta de un ofrecimiento de pago correcto. En estos casos, el acreedor puede defenderse invocando las normas generales del pago.

En tal sentido, creemos que también "(...) *constituyen justa causa las circunstancias que, inspiradas en la buena fe, permiten la tutela del crédito u otro interés legítimo del acreedor*".⁴⁶

Así, podemos señalar como ejemplos:

- La oferta regular realizada en un tiempo o lugar en los cuales la cooperación sea gravosa, difícil o imposible para el acreedor, cuando el deudor puede intentar, sin dificultad, la ejecución de la prestación en otras circunstancias idóneas.
- Cuando el acreedor se expone a un riesgo sobre su persona o bienes, si recibe el pago o coopera. Ejemplo: cuando el pago se hace en lugar inadecuado y existe temor de robo.

De conformidad con el artículo 1224 del Código Civil, los actos de cooperación al cumplimiento pueden ser realizados por terceros por cuenta del acreedor. En este caso, el acreedor asume el riesgo inherente a la conducta de quien actúa por él, hasta los límites en los cuales el tercero actúa por cuenta del acreedor. Así, por ejemplo, si *Primus* encarga a *Secundus* entregar a *Tertius* la mercadería que debe ser transportada por este, *Primus* responde por el tercero hasta la entrega, pero si *Tertius* se vale de *Secundus* para cargar la mercadería en el camión, *Primus* ya no responde.

No será necesaria la culpa del tercero, puesto que no hay razones para limitar los riesgos que el acreedor asume por valerse de un tercero a los realizados con culpa. En todo caso, será necesaria para analizar la responsabilidad del tercero, pero no exonera al acreedor de la mora respecto al deudor.

V. CONSECUENCIAS DE LA MORA CREDITORIS

1. Generalidades

En este punto, debemos tener en cuenta que la función de la *mora creditoris* es la de repartir ciertos riesgos y ciertos costos entre los sujetos de una relación obligatoria.

La mora del acreedor supone entonces la tutela del deudor de no ver agravada su posición a causa de la prolongación de la relación obligatoria (*perpetuatio obligationis*)⁴⁷ generada por la falta de cooperación del acreedor, pero a su vez supone la asunción por el acreedor de los daños que dicho retardo le pudiera ocasionar al deudor.

Si el acreedor coopera en el cumplimiento para satisfacer un interés propio, es justo que él asuma el riesgo de eventos que le impidan actuar. Como advierte Cattaneo, "*generalmente chi persegue un interesse proprio, chi utilizza la propria cosa, chi gestisce un proprio affare, resta esposto al rischio di non poter attuare il risultato sperato, a causa di avvenimenti fortuiti, una attività più gravosa o più lunga di quella prevista. Ora la cooperazione del creditore all'adempimento non è in fondo altro che un'attività svolta dal soggetto per un fine proprio*".⁴⁸

⁴⁶ CABALLERO LOZANO, José María, *Ob. Cit.*, p. 146.

⁴⁷ En este sentido: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Ob. Cit.*, pp. 152 y ss. VISINTINI, Giovanna, CANNATA, Carlo Augusto y PROSPERETTI, Marco, *L'adempimento delle obbligazioni*. En: *Ob. Cit.*, Volumes 9, Tomo 1, p. 345.

⁴⁸ CATTANEO, Giovanni, *Ob. Cit.*, p. 147.

2. Inversión o traslación del riesgo de la imposibilidad sobreviniente sin culpa de las partes

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el riesgo de la contraprestación corresponde, en principio, al deudor (*periculum est debitoris*). Esto significa que si la prestación debida a cargo del deudor se hace imposible de forma sobreviniente sin culpa de las partes, aquel pierde el derecho a la contraprestación.

De ser así, desde el momento en que el acreedor queda constituido en mora el riesgo se traslada a este; así, si la prestación se torna imposible estando el acreedor en mora, este deberá ejecutar la prestación a su cargo a pesar que la prestación que debía recibir se ha tornado imposible.

Las partes también podrían establecer al momento de constituir la relación obligatoria que el riesgo sería del acreedor (*periculum est creditoris*). En este caso, al constituirse en mora al acreedor, no habría inversión del riesgo.

3. El deber de reparar los daños y perjuicios

De acuerdo con el artículo 1339 del Código Civil peruano, *"el acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso"*. Es necesario, sin embargo, analizar algunos aspectos en relación al artículo trascrito.

Para Moisset de Espanés, *"(...) en razón de que la mora 'creditoris' es el resultado de una actitud culposa del sujeto, éste deberá resarcir al deudor los daños que provoque con esa conducta, como son los gastos de conservación de la cosa, o su depósito (...)"*.⁸⁸

Como señala Castán Tobeñas, la omisión de la carga de colaboración del acreedor: *"acarrea perjuicios a quien incurre en él, privándole del resultado jurídico perseguido, pero no produce las consecuencias de ejecución forzosa y de resarcimiento propias de la transgresión de los verdaderos deberes"*.⁸⁹ En el mismo sentido, Natoli señala que la inobservancia de una carga *"dá luogo non a responsabilità verso l'altra parte, ma a responsabilità verso se stesso, cioè ad autoresponsabilità, concretesi nel mancato raggiungimento di un effetto favorevole o, addirittura, nella perdita del diritto"*.⁹⁰

El incumplimiento de la carga no incide en la realización de un interés ajeno; por tanto, no da lugar a responsabilidad. En este sentido, Trabucchi señala: *"(...) en la mora solventi nos enfrentamos con la violación de una obligación que produce una responsabilidad, mientras que en la mora accipendi no se da una violación de la obligación y no se deriva, por tanto, una responsabilidad"*.⁹¹

Asimismo, Cabanillas Sánchez señala: *"El acreedor que no observa la carga, más que perjudicar un interés ajeno (el del deudor o el de un tercero), se perjudica a sí mismo, a su propio interés. La vinculación jurídica del acreedor consiste únicamente en tener que soportar el efecto jurídico desfavorable por omitir la conducta en que consiste la carga, sin que exista el incumplimiento de una obligación que sea sancionado con la ejecución forzosa o con la indemnización de daños y perjuicios"*.⁹²

Para von Tuhr, *"los efectos de la mora creditoria no consisten en un deber de resarcimiento de daños,*

⁸⁸ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Ob. Cit.*, p. 38.

⁸⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Ob. Cit.*, p. 208.

⁹⁰ NATOLI, Ugo, *Ob. Cit.*, p. 51, nota (9).

⁹¹ TRABUCCHI, Alberto, *Ob. Cit.*, p. 68. En este mismo sentido, Breccia señala que el eventual incumplimiento de la carga haría imposible la satisfacción del interés del propio titular, *"pero no incide en la realización de un interés ajeno y no sería, entonces, fuente de responsabilidad para con nadie"*. BRECCIA, Umberto y otros, *Derecho Civil*, Tomo I, Volúmen I. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 447.

⁹² CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Ob. Cit.*, p. 48.

toda vez que el acreedor, al negarse a recibir la prestación no incurre en ninguna trasgresión de deberes".⁹³

Perlingieri afirma que no se trata de carga sino de una obligación, cuando el incumplimiento genera responsabilidad.⁹⁴

Para Padilla, el acreedor en mora "adenda a su deudor todos los gastos del ofrecimiento, traslados, etc. que haya tenido que realizar con resultado infructuoso".⁹⁵

De acuerdo con el artículo 304 del Código Civil alemán, "el deudor puede exigir, en caso de mora del acreedor, indemnización por los desembolsos extras en los que se ha visto obligado a incurrir por la oferta sin resultado, así como por la custodia y preservación del objeto debido".

Beviláqua comentando el artículo 958 del Código brasileño derogado señala: "Mas o Código brasileiro, seguindo doutrina do alemão, obriga, somente, a pagar as despesas de conservação, porque não associa à mora accipiendã a idéia de culpa".⁹⁶

Cuando se produce el incumplimiento de un deber de prestación, el riesgo se atribuye al que ha incumplido la conducta debida. El daño sufrido por el acreedor ha de ser resarcido por el deudor. Atribuir el riesgo al deudor o establecer que la responsabilidad pesa por regla sobre el deudor, se justifica en el hecho que es "más frecuente el caso en que sea el deudor, antes que el acreedor, el que pueda adoptar medidas idóneas para prevenir el daño: solo el deudor puede influir directamente sobre la ejecución de la prestación, para que sea exacta y oportuna".⁹⁷

En el caso de la inobservancia o de la deficiente observancia de la carga del acreedor, las cosas suceden de otra manera, ya que el riesgo ha de atribuirse exclusivamente al acreedor. Las consecuencias perjudiciales que se derivan de la carga han de ser soportadas exclusivamente por el acreedor, sin que quepa ser trasladados al deudor. Esto significa que todos los costos del retardo son asumidos por el acreedor, lo cual comprende los daños que el deudor sufre como consecuencia de la prolongación de la relación obligatoria por la negativa injustificada del acreedor a prestar su colaboración en la liberación del deudor y, además, el acreedor asume los daños que dicho retardo le pudiera haber ocasionado.

3.1. Las ganancias dejadas de obtener

Como hemos dicho, el deudor al obligarse a cumplir con determinada obligación, a veces, deja de obtener otras ganancias que le reportaría concluir otros contratos. Así, por ejemplo, si *Primus* se obliga a depositar 100 barriles de vino a *Secundus* en sus almacenes, probablemente deje de percibir la ganancia que le hubiera representado depositar los barriles de *Tertius*.

Si bien en lo relativo a los gastos el ordenamiento jurídico establece diversas soluciones según los casos, en principio es el deudor quien asume aquella parte del costo que consiste en las ganancias dejadas de percibir. Resulta claro que este aspecto deberá ser tenido en cuenta al momento de estipular el "precio" respectivo.

Con la mora del acreedor, el deudor se encuentra constreñido a prolongar su "sujeción", por lo que no puede realizar en favor de terceros actividades retribuidas. Esto es lo que Luzzato

⁹³ VON TUHR, Andreas, Ob. Cit., Tomo II, p. 64.

⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro, citado por PUIG BRUTAU, José, *Introducción al Derecho Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 407.

⁹⁵ PADILLA, René, Ob. Cit., p. 311.

⁹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis, Ob. Cit., p. 93. En el mismo sentido, el artículo 400 del nuevo Código Civil brasileño.

⁹⁷ TRIMARCHE, Pietro, *Sobre el Significado Económico de los Criterios de Responsabilidad Contractual*. En: *Themis, Revista de Derecho*, No. 29, Lima, 1994, p. 97.

llama interés inmediato del deudor en la ejecución de la prestación.

La protección del deudor contra el riesgo de tornar más gravosa su situación, haciendo más costosa la prestación, es una exigencia de justicia.

3.2. Traslado de los costos de la prestación

La mora del acreedor no libera al deudor de cumplir con su obligación. A menos que recurra a los procedimientos liberatorios, el deudor está obligado a realizar todo lo necesario para satisfacer el interés del acreedor.

No obstante, el costo de esta actividad suplementaria debe ser asumido por el acreedor: *"non solo le maggiori spese, ma anche i guadagni che il debitore non può realizzare per il fatto di dover continuare ad adempire dopo la costituzione in mora, sono tutti a carico del soggetto attivo"*.⁹⁸

Esto significa que los costos de la prestación se trasladan al acreedor y así debe entenderse el tercer párrafo del artículo 1207 del Código Civil italiano cuando señala que el acreedor en mora está obligado *"a sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta"*.

Al respecto, Visintini señala: *"(...) la costituzione in mora del creditore non esonera il debitore dall'obbligo di conservazione della cosa, ma lo rende soltanto creditor delle spese relative"*.⁹⁹

Resulta importante resaltar que la doctrina alemana distingue entre indemnización de gastos (o impensas) e indemnización de daños. En tal sentido, Larenz señala: *"Gastos son menoscabos patrimoniales, que, a diferencia de los 'daños' consisten en que alguien voluntariamente extrae algo de su patrimonio. Cuando esto tiene lugar en interés de otro, éste viene con frecuencia obligado a la indemnización de los gastos"*.¹⁰⁰ Cardenal Fernández, con relación al Código Civil español, señala *"El Código Civil reconoce, en muchos casos pretensiones de indemnización por razón de gastos hechos en interés ajeno, y significan, en contraste con el 'daño', un abandono voluntario de valores patrimoniales (sacrificio patrimonial) para conseguir cierto fin"*.¹⁰¹

El artículo 816 del Código Civil portugués señala: *"O credor em mora indemnizará o devedor das maiores despesas que este seja obrigado a fazer com o oferecimento infrutífero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto"*.

VI. LA MORA DEL ACREEDOR COMO PRESUPUESTO DE LOS PROCEDIMIENTOS LIBERATORIOS DEL DEUDOR

La mora del acreedor, como hemos dicho, no implica la liberación del deudor. A través de la mora del acreedor, trasladamos a este el costo de la prestación que el deudor tiene aún pendiente por la falta de cooperación del acreedor.

Como señala Cattaneo, *"una funzione parallela al risarcimento hanno poi il deposito liberatorio e le altre procedure di liberazione coattiva, poste dalla legge a disposizione dell'obligato. Anch'esse mirano a impedire che la mora del creditore, prolungando la prestazione nel tempo, la renda più gravosa per il soggetto passivo. Mentre il risarcimento tende a trasferire sul creditore il danno dopo che il debitore l'ha subito, il deposito e le altre procedure liberatorie servono a prevenire il danno stesso"*.¹⁰²

⁹⁸ CATTANEO, Giovanni, *Ob. Cii.*, p. 53.

⁹⁹ VISINTINI, Giovanni, CANNATA, Carlo Augusto y PROSPERETTI, Marco, *L'adempimento delle obbligazioni*. En: *Ob. Cii.*, Volumen 9, Tomo 1, p. 147.

¹⁰⁰ LARENZ, Karl, *Ob. Cii.*, p. 236. En el mismo sentido: ENNECERUS, Ludwig, *Ob. Cii.*, p. 97.

¹⁰¹ CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús, *El Tiempo en el Cumplimiento de las Obligaciones*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1979, p. 385.

¹⁰² CATTANEO, Giovanni, *Ob. Cii.*, p. 35.

El ordenamiento jurídico atribuye al deudor procedimientos, a través de los cuales este pueda ejecutar la prestación debida sin la cooperación del acreedor y, con ello, liberarse de la obligación.

La posibilidad del deudor de recurrir a los procedimientos liberatorios constituye un "derecho potestativo" extintivo. Advuértase que el procedimiento liberatorio tiene como función permitir la ejecución de la prestación "sin la cooperación del acreedor" y con ello no tornar más gravosa la situación del deudor.

Visto desde este punto de vista, el procedimiento liberatorio es un subrogado del cumplimiento. Como señala Barassi, "(...) come un mezzo, cioè, che, pur non potendo essere considerato come adempimento, è ritenuto dalla legge idoneo a soddisfare l'interesse del creditore e che, come tale, esclude l'inadempimento ed estingue l'obbligazione, liberando definitivamente il debitore".¹⁰⁰

Queda claro que los procedimientos liberatorios solo proceden en la medida que la ejecución de la prestación pueda lograrse sin la cooperación del acreedor. En otras palabras, a través de los procedimientos liberatorios se prescinde de la cooperación del acreedor en la ejecución de la prestación debida. Asimismo, dichos procedimientos pueden asumir diferentes formas según el tipo de relación obligatoria.

En tal sentido, se admiten tratándose de relaciones obligatorias con prestación de dar o de "hacer que culminan en dar" a través del depósito liberatorio o consignación.

En las relaciones obligatorias de "puro hacer", algunas legislaciones, como el Código Civil suizo (artículo 95), establecen un procedimiento liberatorio. Algunos autores consideran que no son procedentes en esta categoría de relaciones obligatorias.

Asimismo, debemos apreciar que los procedimientos liberatorios proceden solo desde que el acreedor se ha negado a prestar la colaboración debida. Por tanto, la mora del acreedor es un supuesto de hecho del procedimiento de liberación del deudor, tal como se desprende del artículo 1252 del Código Civil peruano.

Como hemos visto, para la constitución en mora del acreedor, nuestro Código Civil no exige una forma determinada para el ofrecimiento de pago, bastando, salvo pacto en contrario, un ofrecimiento amigable. No obstante, para que proceda el pago por consignación se exige el ofrecimiento de pago extrajudicial o judicial conforme lo establecido en el artículo.

VII. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS DE COLABORACIÓN

Como bien advierte Caballero Lozano, la facultad de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de la contraparte es diferente a la facultad de resolución por la falta de la necesaria cooperación de la otra parte en orden al cumplimiento de la obligación.¹⁰¹

Al respecto, debemos recordar que la facultad resolutoria es un remedio extremo y, por lo tanto, el remedio resolutorio se establece en los casos previstos en la ley.¹⁰² En tal sentido, Roppo señala: "Los mecanismos de resolución legal consenten la extinción del contrato, solo porque una norma dispone que, en presencia de determinados presupuestos, el contrato se resuelve o puede resolverse. Si no hubiera la norma, si no se verificaran los presupuestos por ella indicados, el contrato no sería resuelto o

¹⁰⁰ BARASSI citado por NATOLI, Ugo e INGLIAZZI GERI, Lina, Ob. Cit., p. 182.

¹⁰¹ CABALLERO LOZANO, José María, Ob. Cit., p. 333.

¹⁰² También cabe la resolución voluntaria; tal es el caso del mutuo disenso.

resoluble. Se reconducen todos los recesos legales; y todos los casos en los cuales la resolución tiene naturaleza de remedio contra factores de mal funcionamiento del contrato".¹⁰⁶

De acuerdo al ordenamiento civil peruano¹⁰⁷, y siguiendo la doctrina mayoritaria¹⁰⁸, para poder hacer uso de del remedio resolutorio se exige, entre otros, dos presupuestos: la existencia de contratos con relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas y la inexecución de una de estas. Asimismo, debemos tener en cuenta que, dado su carácter extremo, el remedio resolutorio tiene carácter excepcional y un cerrado campo de aplicación.

En tal sentido, De la Puente y Lavalle señala: "A semejanza de la excepción de incumplimiento, la resolución por incumplimiento es uno de los efectos propios de los contratos con prestaciones recíprocas, por lo cual solo procede cuando el incumplimiento de la parte infiel recae en una de las prestaciones derivadas de la relación jurídica obligacional creada por esta clase de contratos".¹⁰⁹ Más adelante, refiriéndose al otro presupuesto, dice: "La esencia del contrato con prestaciones recíprocas es que cada una de las partes tenga a su cargo la ejecución de una prestación, que puede ser de dar, de hacer o de no hacer. Si una de las partes no ejecuta la prestación a su cargo, el artículo 1428 del Código Civil autoriza a la otra para solicitar la resolución del contrato (...)".¹¹⁰

El contrato de compraventa es clasificado por la doctrina como un contrato con prestaciones recíprocas que consiste en la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien (que comprende la entrega del bien) y la del comprador de pagar el precio en dinero.¹¹¹ En tal sentido, la resolución solo opera cuando se incumpla alguna de dichas prestaciones, como además lo ha ratificado la jurisprudencia nacional.¹¹²

En tal sentido, la carga de colaboración del acreedor no constituye una prestación recíproca en el contrato de compraventa y, por tanto, frente a su incumplimiento no cabe invocar la tutela de un remedio resolutorio, cuando además el perjuicio que deriva a la contraparte puede ser eliminado a través de un remedio distinto a la resolución: la mora del acreedor y la liberación coactiva.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que algunas legislaciones admiten de manera expresa la facultad resolutoria a cargo del vendedor frente a la falta de cooperación del comprador. En efecto, de acuerdo con la segunda parte del artículo 1517 del Código Civil italiano, referido a la compraventa de bienes muebles, la resolución de pleno derecho tiene lugar a favor del vendedor cuando el comprador no se presenta para recibir la cosa previamente ofrecida, o no la acepta.¹¹³ En el mismo sentido, el artículo 1657 del Código Civil francés, el 1505 del Código Civil español y el 640 del Código Civil boliviano.

¹⁰⁶ ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*. En: *Tratato di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 939. Las tres figuras de resolución-remedio a las que se refiere Roppo son: por incumplimiento, por imposibilidad sobreviniente y por excesiva onerosidad.

¹⁰⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Manual, El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. En: *Biblioteca Para Leer el Código Civil*, Volumen XV, Segunda Parte, Tomo IV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, pp. 314 y ss.

¹⁰⁸ Ver al respecto PISCIOTTA, Giuseppina, *La Risoluzione per inadempimento*. En: *Diritto Privato Oggi*, serie a cura de Paolo Cendon, Giuffrè, Milano, 2000; ROPPO, Vincenzo, *Ob. Cit.*, p. 941.

¹⁰⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Ob. Cit.*, p. 314.

¹¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Ob. Cit.*, p. 317.

¹¹¹ Ver respecto a la compraventa como contrato con prestaciones recíprocas: CASTILLO FREYRE, Mario, *Ob. Cit.*, p. 16. ROPPO señala al respecto: "Son, por ejemplo, contratos sinologísticos: la venta que intercambia la atribución de un bien o de un derecho con la obligación del precio", ROPPO, Vincenzo, *Ob. Cit.*, p. 439.

¹¹² Casación No. 1182-2003, sobre Resolución de Contratos, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el jueves 30 de setiembre de 2004.

¹¹³ En la doctrina ver CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Tomo II, Librería Editora Platense, La Plata, 1986, p. 244; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Ob. Cit.*, Volumen I, p. 648.

Como puede apreciarse, la posibilidad de resolución a favor del vendedor en caso de incumplimiento de la carga de colaboración del comprador, admitida por el Código Civil italiano, está expresamente contemplada y, además, comprende solo la compraventa de bienes muebles y cuando el lugar del pago es el domicilio del vendedor ("cuando el comprador no se presenta para recibir la cosa").

Un caso distinto se presenta cuando la omisión de colaboración del acreedor impide de manera definitiva la obtención del resultado debido. Como señala Cattaneo, ello se verifica "cuando la prestación está determinada con referencia a un periodo, dentro del cual el cumplimiento debe necesariamente tener lugar, y una vez transcurrido el mismo no puede ser cumplida. El tiempo tiene la función, en tales obligaciones, de elemento individualizador de la prestación: fuera del tiempo fijado, la prestación no sería la misma, y por tanto puede ser pretendida por el acreedor ni ofrecida por el deudor. Eso hace que el acreedor no esté en la posibilidad, omitiendo su propia cooperación, de diferir o prolongar la prestación, pero solo de impedir definitivamente la prestación, en cuanto el deudor, transcurrido el tiempo fijado para el cumplimiento, no está más obligado a cumplir".¹¹⁴ Del mismo modo, Giorgianni advierte que hay casos "in cui la prestazione deve essere adempiuta in un certo momento, perché se fosse adempiuta in un momento differente essa non apporterebbe al creditore l'utilità avuta di mira".¹¹⁵

Así, por ejemplo, el caso del artista que se obliga a dar un concierto en una fecha determinada y el acreedor no brinda la cooperación requerida impidiendo la ejecución. En este supuesto, el deudor quedaría liberado sin perder su derecho a la contraprestación. En tal hipótesis, si se verifica una situación así por la falta de cooperación del acreedor, el vencimiento del plazo determinará una hipótesis de incumplimiento y no de retardo (o mora).

El Código Civil no contempla la facultad de resolución a cargo del vendedor por incumplimiento de la carga de colaboración del comprador. Esto, además, parece confirmarse cuando se revisa el artículo 327 del Código de Comercio de 1902, donde se prevé expresamente la facultad de resolución por parte del vendedor: "Si el comprador refuses sin justa causa el recibo de los efectos comprados, podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías (...)". Dicha norma fue derogada por el artículo 2112 del Código Civil, según el cual el contrato de compraventa (entre otros contratos de naturaleza mercantil), se rigen por las disposiciones del Código Civil, el cual no establece expresamente la facultad de resolución al vendedor por el incumplimiento por el comprador de su carga de colaboración.

1. La contratación con el Estado

El inciso c) del artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, la Ley) establece que en caso de incumplimiento por parte de la "Entidad" de "sus obligaciones esenciales" (el resaltado es nuestro), el "contratista" podrá resolver el contrato, en forma total o parcial, "siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y esta no haya subsanado su incumplimiento".

Como puede apreciarse, la facultad de resolución por parte del "contratista" se hace valer a través del mecanismo de la "resolución por intimación"; es decir, que previamente deberá otorgar un plazo para que la "Entidad" pueda subsanar su incumplimiento. Esto se corrobora en virtud del artículo 144 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, Reglamento) donde se señala que: "Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no menor a dos (2) ni mayor a quince (15) días dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, entregadura o sofisticación de

¹¹⁴ CATTANEO, Giovanni, *Ob. Cit.*, p. 33.

¹¹⁵ GIORGIANNI, Michele, *L'Inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 92.

la adquisición o contratación (...), bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto de pleno derecho. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada, mediante carta notarial, resolverá el contrato en forma total o parcial”.

Asimismo, debemos tener en cuenta que el artículo 41 de la Ley concede al “Contratista” la facultad de resolución ante el incumplimiento por la “Entidad” de “sus obligaciones esenciales” (el resaltado es nuestro). Cabe advertir que, en este caso, la facultad resolutoria no tiene como presupuesto la existencia de contratos con relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas¹¹⁶ y la inejecución de una de las prestaciones recíprocas, como ocurre en el Código Civil. Conforme al artículo 144 del Reglamento, basta el incumplimiento por la “Entidad” de “sus obligaciones esenciales” (el resaltado es nuestro), sean estas recíprocas o no.

Por tanto, es imprescindible determinar qué se entiende por *obligaciones esenciales*. Al respecto, es necesario recurrir al artículo 144 del Reglamento que señala: “Para efectos de lo dispuesto en el inciso c) del Artículo 41 de la Ley, se considerarán como obligaciones esenciales los pagos en las oportunidades previstas en el contrato, los que fueron factores de calificación y selección, y aquellas condiciones que resulten indispensables para el normal cumplimiento del contrato”.

En tal sentido, se consideran obligaciones esenciales:

- 1) La obligación de pago oportuno de la prestación a cargo de la “Entidad”; así, por ejemplo, el pago del precio en un contrato de compraventa;
- 2) Las obligaciones que fueron factores de calificación y selección;
- 3) Las “condiciones” que resulten indispensables para el normal cumplimiento del contrato.

Adviértase que se incluyen dentro de la expresión “obligaciones esenciales” no solo obligaciones, sino también habla de “condiciones”; por tanto, es necesario determinar si dentro de la expresión “condiciones” pueden considerarse incluidas las cargas de cooperación, dado que estas (las cargas de colaboración) son indispensables para que se pueda dar la actuación *solutoria*; es decir, el cumplimiento.

Al respecto, somos de la opinión que las cargas de cooperación de la Entidad constituirían, en principio, “condiciones”, que resultan indispensables para el normal cumplimiento del contrato y, por tanto, entran en la categoría de lo que la Ley llama “obligaciones esenciales”. Obviamente, este término no debe ser entendido en sentido estricto, puesto que comprenden las cargas, las cuales no constituyen estrictamente obligaciones. No obstante, como hemos dicho, es posible que la legislación otorgue, expresamente, la facultad de resolución para el caso de incumplimiento de las cargas de colaboración.

Como ya se señaló anteriormente, existen legislaciones que expresamente otorgan al vendedor la facultad resolutoria frente a la falta de cooperación del comprador en recibir el bien y Caballero Lozano, al respecto, considera que esta solución parece aceptable en la compraventa mercantil, pero no para la compraventa civil.¹¹⁷ La razón de una solución de este tipo se justifica en el interés del vendedor en la compraventa mercantil, un interés distinto al de la mera liberación: la libre disponibilidad de los bienes.

¹¹⁶ Aunque los contratos a los que se refiere la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento comprenden esta clase de bienes.

¹¹⁷ CABALLERO LOZANO, José María, *Ob. Cit.*, p. 334.