

## **MORA DEL ACREEDOR. FUNDAMENTOS Y ALCANCES SOBRE LOS MECANISMOS DE LIBERACIÓN**

**FELIPE OSTERLING PARODI**

Profesor Principal de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ**

Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

### **SUMARIO:**

I. Introducción.- II. Presupuestos de la constitución en mora del acreedor: 1. El incumplimiento imputable al acreedor frente a la causa justa; 2. Que el acreedor se niegue a aceptar la prestación ofrecida; 3. Que el acreedor no cumpla con practicar los actos necesarios para que el deudor pueda ejecutar su obligación; 3.1 Los actos de colaboración del acreedor como deberes jurídicos; 3.2 Los actos de colaboración del acreedor como cargas; 4. Consecuencias del estado de mora del acreedor.- III. Mecanismos de liberación que puede emplear el deudor frente a la falta de colaboración del acreedor: 1. La resolución contractual. Fundamento y la opción del Código Civil en caso de mora del acreedor; 2. Cuando la colaboración del acreedor es esencial; 3. Cuando el acreedor ejecuta los actos de colaboración luego de que la obligación ha sido dejada sin efecto por el deudor.- IV. Consideraciones Finales.

### **I. INTRODUCCIÓN**

Imaginemos que una empresa ha contratado a una reconocida firma auditora para que evalúe el sistema de control de calidad que recientemente ha implementado. Para tales efectos, la firma auditora requiere toda la información disponible sobre la actividad de la empresa, entrevistas con el personal encargado y conocimiento de los equipos e instalaciones donde se lleva a cabo la producción. Como es natural, la auditora también tiene un plazo para desarrollar esta actividad, ya que en caso contrario deberá pagar una penalidad por cada día de retraso. Sin embargo, transcurre el plazo previsto para la iniciación de los trabajos y la empresa contratante no ha proporcionado la información solicitada, ni ha facilitado las entrevistas requeridas con el personal a cargo o permitido que los técnicos de la firma auditora ingresen a sus instalaciones.

Como es evidente, la firma auditora no ha podido iniciar la ejecución de su trabajo y el plazo de vencimiento se encuentra próximo, ¿cuáles son las herramientas que le ofrece nuestro ordenamiento jurídico para enfrentar esta circunstancia?

Lo usual en una relación acreedor-deudor es que el acreedor muestre siempre interés en la ejecución de la prestación y que las eventuales complicaciones se originen más bien por la parte deudora. Esta tendencia natural en las relaciones obligacionales es lo que justifica la mayoría de las instituciones del Derecho de Obligaciones, como el cumplimiento forzoso, la cláusula penal, el otorgamiento de garantías, la constitución en mora del deudor, etc. Sin embargo, pueden existir motivos ajenos a la relación obligacional que determinen que el acreedor desee mantener su condición de tal, en vez de extinguirla recibiendo el pago o colaborando para recibirlo. Ante estas circunstancias, nuestro ordenamiento no admite que el cumplimiento de la obligación quede librado al arbitrio del acreedor, ya que ello importaría someter al deudor a asumir todos los costos y contingencias de una situación de incumplimiento. Es entonces cuando aparece la figura de la mora del acreedor.

Esta institución recién se regula metódicamente por el Código Civil de 1984. El Código Civil de 1936 consignaba disposiciones diseminadas sobre la mora del acreedor, pero la institución no había sido prevista ordenadamente, a diferencia de lo que ocurría con la mora del deudor. La Comisión Reformadora de este último Código optó por legislar de manera sistemática la mora del acreedor, utilizando como modelos fundamentalmente al Código Civil alemán y al Código Civil

italiano de 1942.<sup>1</sup> De este modo se cambió la situación un tanto errática que el Código Civil de 1936 asignaba a la mora del acreedor, regulándola específicamente en el Título de Inejecución de Obligaciones. La ley peruana se ubica, para estos efectos, en dos supuestos: cuando el acreedor sin motivo legítimo –según se ha indicado– se niega a aceptar el pago, o cuando el cumplimiento del deudor está supeditado a la realización de determinados actos de colaboración del acreedor, indispensables para que aquel pueda ejecutar su prestación.

Por otra parte, sin perjuicio de constituir en mora a su acreedor, nuestro ordenamiento concede al deudor la posibilidad de consignar la prestación debida. En efecto, como consecuencia de la consignación “el deudor queda libre de su obligación”.<sup>2</sup> Sin embargo, la consignación es un mecanismo que resulta a menudo impracticable cuando las prestaciones son de hacer, o totalmente impracticable cuando se trata de prestaciones de no hacer, e inclusive pueda tornarse complicada cuando la prestación es de dar, pero la entrega del bien conlleva la ejecución de prestaciones accesorias –como instalaciones, pruebas, supervisiones, etc.– que requieren del concurso del acreedor.

De este modo, la constitución en mora se convierte en un mecanismo que permite trasladar al acreedor los costos y las contingencias que se ve obligado a enfrentar el deudor ante la negativa del acreedor que imposibilita el cumplimiento.

No obstante, la constitución en mora del acreedor no determina que el deudor haya cumplido ni, mucho menos, que el vínculo obligacional se haya extinguido. Dicho en otros términos, si bien el deudor ha trasladado los costos y riesgos al acreedor, sigue vinculado a este y una vez purgada la mora estará obligado a cumplir. Asimismo, el traslado de costos y riesgos no siempre satisfacen plenamente al deudor, pues la posición en que se encuentra (de no poder cumplir, pero tener que hacerlo cuando el acreedor así lo decida) puede generarle situaciones imprevisibles y desventajosas que no siempre podrán ser trasladadas al acreedor, o cuyo traslado se convierta eventualmente en fuente de conflictos.

Ante este escenario, el deudor podría haber perdido interés en mantenerse vinculado con el acreedor (y en los beneficios que esta relación inicialmente le traía) y, producto de ello, estar evaluando la resolución del contrato como mecanismo de liberación a fin de no seguir soportando las consecuencias de la situación de incumplimiento, tan solo temporal y parcialmente atemperadas por la mora del acreedor.

Bajo esta perspectiva, en el presente trabajo nos planteamos la interrogante de si resulta jurídicamente viable que el deudor pueda emplear la resolución contractual como una suerte de mecanismo liberatorio frente a la omisión del acreedor en aceptar la prestación o en practicar los actos de colaboración indispensables para ejecutarla.

Para ofrecer una exposición ordenada, hemos dividido nuestro análisis en dos partes: el de los presupuestos de la mora del acreedor, con énfasis en su naturaleza y efectos, y luego ante un supuesto de mora del acreedor, cuáles son los mecanismos de liberación que se otorga al deudor.

## II. PRESUPUESTOS DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL ACREEDOR

A fin de identificar los requisitos de la mora del acreedor, debemos advertir que “la mora *accipienda* no tiene los mismos fundamentos que la *mora solvendi*. Para esta última se tiene en cuenta que el deudor está constreñido a cumplir. Por el contrario, el acreedor sólo tiene el derecho de aceptar la

<sup>1</sup> Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936. *Anexo de Diligencias y Contratos*, p. 16.

<sup>2</sup> Conforme al artículo 1251 del Código Civil.

obligación; no está en el deber, en la obligación de aceptarla”.<sup>3</sup> De hecho se habla de la mutua exclusión de los dos tipos de mora y de cómo sus efectos son incompatibles.<sup>4</sup>

Para identificar los presupuestos de la mora del acreedor es preciso atender al artículo 1338 del Código Civil, cuyo texto es transcrito a continuación:

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” (subrayado añadido).

La norma citada establece dos supuestos diferentes para la constitución en mora del acreedor:

i) la negativa a aceptar la prestación ofrecida y; ii) el incumplimiento de los actos de colaboración necesarios para que se pueda ejecutar la obligación. Sin embargo, parecería que el practicar los actos necesarios, más que un concepto diferente a la negativa a aceptar la prestación, constituye la categoría general que lo engloba. En efecto, al negarse a aceptar la prestación ofrecida, el acreedor claramente está omitiendo practicar un acto indispensable para que se pueda ejecutar la prestación, aceptándola o recibéndola.

De otro lado, la propia norma establece una condición previa, esto es, que la conducta del acreedor en cualquiera de los supuestos citados se verifique sin motivo legítimo. Los alcances de este requisito son precisados a continuación, para luego analizar los supuestos que la norma ha previsto para que el acreedor incurra en mora.

### I. El incumplimiento imputable al acreedor frente a la justa causa

En este punto se cuestiona si la mora del acreedor puede prescindir del elemento culpa o dolo, y si, al igual que la mora del deudor, es preciso que el acreedor incurra en culpa o en dolo para dar origen a la mora.

En favor de prescindir del elemento subjetivo se encuentra la noción de justa causa, que 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; o el ofrecimiento de ejecutar parcialmente la prestación; o 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.

En tal sentido “constituyen justa causa las circunstancias que, inspiradas en la buena fe, permiten la tutela del crédito u otro interés legítimo del acreedor”.<sup>5</sup>

Bajo esta perspectiva, para que la negativa del acreedor se estime ilegítima “basta que el acreedor no pueda invocar ninguna razón objetiva en abono de su conducta”.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *La Mora de Acreedor*, Separata de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Editorial San Marcos, Lima, 1957, p. 17.

<sup>4</sup> CANO, José Ignacio, *La Mora*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 36.

<sup>5</sup> CABALLERO LOZANO, José, *La Mora del Acreedor*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, p. 146. Así, se señala 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 a tiempo. Ej. Cuando el pago se hace en lugar inseguro y existe temor por más.

<sup>6</sup> VON TUHR, Andreas, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1934, p. 44.

Lo que en buena cuenta se postula como justa causa es que se haya producido una falta de prestación que sea objetivamente idónea e íntegra y, además, tempestiva y ajustada por razones de lugar, de manera que la negativa del acreedor se encuentre carente de fundamento.<sup>7</sup> Dentro de este requisito, cabe destacar que la prestación debe ser impedida por la no cooperación del acreedor, mas no por deficiencia alguna imputable al deudor.

Nosotros, en cambio, consideramos que la negativa "sin motivo legítimo" a que se refiere el artículo citado, pone en evidencia la opción del Código Civil de 1984 de que un hecho imputable al acreedor concurra para generar el estado de mora.

Cabe advertir que la imputabilidad es un requisito indispensable en la mora del acreedor. El concepto de justa causa, en cambio, se encuentra dentro de la tesis que considera que la mora del acreedor se produce de manera objetiva, esto es, independientemente de si la omisión de colaboración resulta imputable al acreedor. Esta última noción nos permite introducir el concepto de "mora objetiva", situación de mora que se produce sin que sea necesario el requisito de imputabilidad, pues solo exige la verificación del retardo en el incumplimiento, sin tener en cuenta el citado concepto de causa imputable.

Es por ello que consideramos coherente la opción del Código de adoptar la imputabilidad como elemento esencial para la constitución en mora, salvo disposición legal o pacto en contrario. Asimismo, la imputabilidad se convierte en un elemento fundamental para evaluar la conducta del acreedor al momento de indemnizar los daños y asumir los riesgos a que se refieren los artículos 1339 y 1340. En efecto, en materia de inexecución de obligaciones nuestro Código se adscribe al sistema de responsabilidad subjetiva y, asimismo, establece una graduación para la indemnización dependiendo del grado de culpabilidad del autor (dolo, culpa inexcusable y culpa leve).

Como complemento de lo expuesto, no escapa a nuestra comprensión que el requisito enunciado se enmarca dentro del principio de buena fe recogido por el artículo 1362<sup>8</sup> del Código Civil. Para el acreedor, la buena fe funciona como una limitación al ejercicio del crédito, evitando que abuse de su derecho.

A modo de precisión, cabe advertir que el incumplimiento debe ser temporal (retardo), habida cuenta que de ser definitivo no se trataría de un retardo sino de un incumplimiento simple. En efecto, ¿qué sentido tendría que el deudor reclame a su acreedor que cumpla con practicar los actos de colaboración, teniendo la certeza de que tales actos ya no son posibles o que, de serlo, una vez realizados la obligación a cargo del deudor no podría ejecutarse por haber devenido en imposible?

Finalmente, de conformidad con el artículo 196<sup>9</sup> del Código Procesal Civil, corresponde al deudor probar que la negativa del acreedor es injustificada y que su conducta lo hace imputable.

Ahora bien, una vez determinado el elemento subjetivo, veamos cuáles son los alcances de la negativa a aceptar la prestación ofrecida y del incumplimiento de los actos de colaboración. Cabe advertir que, si bien consideramos que la negativa del acreedor a aceptar la prestación ofrecida importa la omisión de colaboración del acreedor, ambos supuestos son analizados por separado a fin de respetar la nomenclatura adoptada por el Código con el objetivo de afirmar expresamente los casos que se verifican con mayor frecuencia en la realidad.

<sup>7</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen Primero, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 733.

<sup>8</sup> De conformidad con este dispositivo: Artículo 1362.- "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y con sin intención de lesionar".

<sup>9</sup> Artículo 196.- "Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, el cargo de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

## 2. Que el acreedor se niegue a aceptar la prestación ofrecida

Este supuesto presupone el ofrecimiento de pago por el deudor. Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que el ofrecimiento de pago es un acto jurídico en sentido estricto, pues tiene como finalidad lograr que el acreedor preste su colaboración para que este se efectúe.

Para Bercovitz<sup>18</sup>, el ofrecimiento de pago importa la declaración de voluntad mediante la cual el deudor comunica al acreedor que está dispuesto a realizar de inmediato la prestación que le compete, intimando de esta forma, expresa o tácitamente, al acreedor para que se haga cargo de ella.

Sin embargo, no se trata de cualquier oferta de pago, puesto que para que el ofrecimiento surta efectos debe verificarse respetando los principios que rigen el pago y los requisitos de tiempo y lugar, esto es, los principios de identidad, integridad e indivisibilidad.

En tal sentido, la negativa del acreedor no se limita al rechazo de la prestación, sino que también abarca los casos de negativa tácita: no concurrir a recibir la prestación en el lugar y tiempo pactados o no tomarla cuando el deudor la ha puesto a su disposición.

Cabe advertir que el ofrecimiento de pago permite asimilar a la interpelación, aplicable para la mora del deudor, como uno de los requisitos para que se configure la mora del acreedor.

Bajo esta óptica, la interpelación<sup>19</sup> es el instrumento que convierte el simple retardo en una situación jurídicamente relevante. Cabe agregar que existe una diferencia conceptual entre el retardo en el cumplimiento de la prestación y la mora. El simple retardo se comprende como una situación fáctica que no trae aparejadas consecuencias para el acreedor. Así, por ejemplo, el acreedor que ha demorado los actos de colaboración que le resultan exigibles, pero que no ha sido requerido para ello, no responde por los daños y perjuicios que su retardo pudiera irrogar al deudor. No obstante, una vez concretada la intimación se abre una nueva etapa: la de responsabilidad del acreedor y ausencia de responsabilidad del deudor.

La conclusión que se extrae de lo expuesto es que no basta con que el acreedor se niegue a recibir la prestación o, adoptando la nomenclatura del Código, omita colaborar, sino que es preciso que el deudor lo intime.

## 3. Que el acreedor no cumpla con practicar los actos necesarios para que el deudor pueda ejecutar su obligación

En este supuesto, al intentar ejecutar la prestación u ofrecer su ejecución, el deudor está implícitamente requiriendo al acreedor para que cumpla con practicar dichos actos. Cabe señalar que el deudor también puede requerir al acreedor de manera directa, sin necesidad de intentar ejecutar su prestación ni ofrecer la ejecución.

Ahora bien, el supuesto bajo análisis nos lleva al concepto de actos de colaboración, los cuales se refieren a los que debe prestar el acreedor para que el deudor pueda cumplir con su obligación. La colaboración del acreedor puede ser vista desde dos perspectivas: la de facilitar el cumplimiento del deudor y la de no afectar la conducta del deudor para ejecutar la prestación.

<sup>18</sup> Citado por CABALLERO LOZANO, José. Op. Cit. pp. 159-160.

<sup>19</sup> WAYAR, Ernesto, *Tratado de la Mora*, Abaco, Buenos Aires, 1981, pp. 374-375. Tales consideraciones, mutatis mutandis, resultan plenamente aplicables para el caso de la mora del acreedor. A manera de definición, puede señalarse que la interpelación es una "declaración de voluntad, no formal y receptiva por la que el acreedor puede reclamar categóricamente a su deudor el cumplimiento de la prestación y se crea virtud en ley determine, como consecuencia jurídica, aunque no haya sido querido por el acreedor, la constitución en mora del deudor".

Al respecto, un sector de la doctrina considera que sobre el acreedor, como tal, no recaen deberes jurídicos (ni mucho menos obligaciones), sino solamente cargas. Según esta posición, los actos de colaboración del acreedor serían cargas. Otro sector, en cambio, considera que el acreedor debe soportar un propio deber jurídico de colaboración o cooperación. Desde esta perspectiva, los actos de colaboración serían deberes jurídicos.

### 3.1 Los actos de colaboración del acreedor como deberes jurídicos<sup>12</sup>

Como aproximación al concepto de deber jurídico, Majello<sup>13</sup> refiere que "el deber (obligación, débito) es noción que caracteriza el compartamiento vinculado que el sujeto debe necesariamente realizar para satisfacer el interés de quien es titular del derecho subjetivo correspondiente".

En la doctrina nacional se ha sostenido que "los actos de colaboración del acreedor constituyen, en buena cuenta, obligaciones que en muchos casos pasan desapercibidas como tales, pues son apreciadas como obligaciones de 'segundo rango' o de 'segunda categoría'".<sup>14</sup> Barchi<sup>15</sup>, en contraposición, considera 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".

Dentro de esta categoría se encuentra el deber de actuar conforme a las reglas de buena fe que le resultan exigibles a las partes en un contrato en virtud del artículo 1362 del Código Civil, por ejemplo.

<sup>12</sup> En esta línea se encuentran Ruggero Lazzatto, Carlos Fernández Sessarego, Ernesto Wáyar y Luis Moltes de Espanés, entre otros autores.

<sup>13</sup> Citado en: RTI, Natalina, *Introducción al Estudio del Derecho Privado*, Grisey, Lima, 2003, p. 74. Nota de los traductores.

<sup>14</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo XIV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 2306. En opinión de estos autores la obligación civil es un deber jurídico. Pero con las obligaciones civiles no se agotan los deberes jurídicos, los deberes morales o de solidaridad social, ni los deberes generales. El ámbito de los deberes jurídicos, morales y generales, es amplísimo y excede, largamente, la noción de obligación civil.

Por esas razones efectúan la clasificación siguiente:

1) En primer término, existen las obligaciones civiles, las mismas que requieren de contenido patrimonial. Son obligaciones típicas, por ejemplo, las que provienen de un contrato de compraventa.

2) Luego existen los deberes jurídicos con contenido patrimonial. Tratamos, dentro de esta denominación, a los llamados obligaciones naturales. Empleamos la expresión "obligaciones naturales" por estar divulgada, pero su uso importa, a nuestro juicio, una "contradicción in adjecto" o una "contradicción in terminis". Aquí no hay obligación porque no existe exigibilidad. Se trata, simplemente, de un derecho que carece de acción, y por tanto debe clasificarse como un "deber jurídico con contenido patrimonial".

3) Deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial.

Aquí podemos enunciar múltiples casos. Referimos, por ejemplo, a los numerosos casos que emanan del Derecho de Familia, tales como la recíproca fidelidad entre los cónyuges; el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal; la obligación de ejercer la patria potestad en virtud de la cual los padres tienen el deber de cuidar la salud y bienes de sus hijos menores, y todos los deberes que emanan de este ejercicio, como la educación de los hijos, el corregirlos moderadamente, etc.

4) Deberes morales o de solidaridad social. Esta es un tema en que se pueden presentar innumerables casos, con contenido patrimonial o sin él. Desde el conductor de un vehículo que transporta a un hospital a una persona herida a quien encuentra en la vía pública—caso no patrimonial— hasta la persona que sufre el mantenimiento de un paciente lejano, a quien no tiene la obligación de prestarle alimentos—caso patrimonial—.

5) Deberes generales que carecen de contenido patrimonial. Ellos no se encuentran previstos por la norma jurídica. Por ejemplo, la obligación de hacer una verba ante la bandera de la patria; la obligación de entonar el himno nacional en una actuación pública; la obligación de escuchar al himno nacional de paz. Op. Cit. Tomo I, pp. 130-135.

<sup>15</sup> BARCHI, Luciano, *¿Mora del Acreedor? Necesidad de algunas precisiones*. En: *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*, Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdoba, Grisey, Lima, 2004, p. 456. La cita a De Trazegnies corresponde a: DE TRAZEGNIES, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 421.



### 3.2 Los actos de colaboración del acreedor como cargas<sup>16</sup>

Desde esta perspectiva, la colaboración que debe prestar el acreedor para que el deudor pueda ejecutar la prestación es concebida como una carga. Sobre este concepto se sostiene que "por un lado, el individuo tiene la posibilidad de producir ciertos efectos jurídicos; por otro lado, empero, se encuentra en la necesidad de apartar medios idóneos para el fin previamente elegido".<sup>17</sup>

En la doctrina nacional se refiere que "para el ejercicio de la pretensión por parte del acreedor, éste tiene que realizar determinadas 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 (subjettiva) de liberarse como correlato de un deber jurídico del acreedor de colaboración".<sup>18</sup>

La carga también puede ser entendida en contraposición al deber jurídico. Así, Díez-Picazo<sup>19</sup> señala que "hay que distinguir los deberes de las cargas. Los deberes jurídicos son exigibles directamente. Las cargas son una conducta necesaria como requisito previo o como presupuesto del acto del ejercicio de una facultad. No se trata de un auténtico 'deber ser', sino de un 'tener que' (...)". Agrega que "el acreedor en cuanto tal no soporta auténticos deberes, pues el deber supone una correlativa facultad de exigir el acto y por tanto en nuestro terreno una deuda y un deudor (...) El acreedor en cambio es sujeto pasivo de determinadas cargas que son establecidas tanto en su propio interés como en interés del deudor y que opera como presupuesto del ejercicio del derecho de crédito".

Bajo esta línea el autor citado menciona como ejemplos "si contrata un pintor para que pinte una pared, es obvio que tengo que facilitarle la entrada y los medios necesarios para que la pared pueda ser pintada. Existe aquí, como se ve, una carga de colaboración del acreedor en la prestación que es incluso una carga de facilitación del iter que conduce a la prestación".<sup>20</sup>

Conforme fluye de las consideraciones expuestas, la mora de acreedor en nuestro sistema presenta como requisitos: i) el ofrecimiento de la prestación por parte del deudor que conlleva la intimación al acreedor para que cumpla con practicar los actos de colaboración; ii) la negativa a practicar o ejecutar los actos de colaboración y, finalmente; iii) que dicha negativa sea imputable al acreedor.

### 4. Consecuencias del estado de mora del acreedor

Conforme lo establece el artículo 1339 del Código Civil, "el acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivadas de su retraso". En tal virtud, el acreedor debe soportar los efectos jurídicos desfavorables que se presenten por omitir su conducta de colaboración.

Tal temperamento determina que el deudor quede protegido contra el riesgo de que la situación en que se encuentra al momento de la constitución en mora, se torne desfavorable o menos ventajosa para sus intereses como consecuencia de eventos que se presenten luego de que el acreedor es constituido en mora. En efecto, es consecuencia esencial de la constitución en mora que el deudor mantenga el statu quo en que se encontraba al momento en que practica la intimación,

<sup>16</sup> En esta línea se encuentran Luis Díez-Picazo, Michele Giugliani y Ugo Nasoli, entre otros.

<sup>17</sup> IRTI, Natalino. Op. Cit. p. 115.

<sup>18</sup> BARCHI, Luciano. Op. Cit. pp. 457 y 658.

<sup>19</sup> Díez-Picazo, Luis. Op. Cit. p. 376. Sobre la distinción entre el deber jurídico y la carga, Barbero señala que "la figura de la 'carga' se distingue de la del 'deber' en que, como éste, representa ciertamente un agravo 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 acrechtablemente)". BARBERO, Domingo, Sistema del derecho privado. Tomo I EJE. Buenos Aires, 1967, p. 163.

<sup>20</sup> Díez-Picazo, Luis. Op. Cit. p. 377.

de modo que cualquier modificación desfavorable no puede afectarle y, por el contrario, es asumida por el acreedor.

Adicionalmente, el deudor se encuentra en condición de trasladar los costos en que pudiera estar incurriendo a fin de satisfacer la prestación del acreedor una vez que este cumpla con practicar los actos de colaboración. En efecto, producto de la constitución en mora "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".<sup>21</sup>

En este mismo sentido, Albaladejo<sup>22</sup> señala que el deudor no debe sufrir perjuicios como consecuencia de la mora del acreedor (de hecho a través de la constitución en mora busca evitarlos), es decir, **debe quedar tan indemne como si hubiese pagado**. Prueba de ello es que el acreedor pasa a soportar los casos fortuitos (o hipótesis de fuerza mayor), incluso cuando, si no hubiese incurrido en mora, habrían sido de cuenta del deudor. Este criterio ha sido recogido por el artículo 1340 del Código Civil, en cuanto establece que "el acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, (...)". En efecto, es consecuencia fundamental de la mora del acreedor que el statu quo se mantiene, los riesgos son asumidos por el acreedor y el deudor queda liberado de cualquier situación desventajosa.

Una regla distinta importaría otorgar incentivos al acreedor para que no cumpla con ejecutar los actos de colaboración y espere el momento más propicio para recién entonces practicarlos. Así, por ejemplo, si el acreedor hubiese retrasado los actos de colaboración con fines especulativos, por considerar que el valor de la prestación pendiente de ejecución se incrementará en el futuro, ello no debe generar perjuicios o situaciones de desventaja para el deudor. Este comportamiento es rechazado por nuestro ordenamiento, pues no cabe admitir que el deudor quede sujeto a la decisión del acreedor por plazo indefinido, teniendo que soportar las circunstancias adversas que se presenten como producto de dicho retardo.

Recordemos que la mora del acreedor se produce con frecuencia como un recurso del deudor para evitar el abuso del derecho que pretende perpetrar el acreedor, quien paradójicamente espera beneficiarse retardando el pago que debe efectuar el deudor. Es el caso del prestamista que prefiere no recibir el pago para seguir cobrando intereses o, si lo adeudado es la restitución de un bien, para que el deudor continúe asumiendo los gastos de conservación y riesgos inherentes al mismo.<sup>23</sup>

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la mora es un estado, esto es, que no tiene carácter transitorio, sino permanente; habida cuenta que aquel que incurre en este supuesto permanece en él hasta que se produzca la purgación de la mora.<sup>24</sup>

Habiendo establecido los lineamientos generales sobre mora del acreedor, corresponde evaluar los mecanismos liberatorios.

<sup>21</sup> BARCHI, Luciano, *Op. Cit.*, p. 174.

<sup>22</sup> ALBALADEJO, Juan, *Curso de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de las Obligaciones*, Volante I, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 156-159.

<sup>23</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, María, *Op. Cit.*, p. 2294.

<sup>24</sup> PEIRANO FACIO, Jorge, *Estructura de la Mora en el Código Civil*, Temis, Bogotá, 1983, p. 18.



### III. MECANISMOS DE LIBERACIÓN QUE PUEDE EMPLEAR EL DEUDOR FRENTE A LA FALTA DE COLABORACIÓN DEL ACREEDOR

#### I. La resolución contractual. Fundamento y la opción del Código Civil en caso de mora del acreedor

De conformidad con el artículo 1428 del Código Civil:

*Artículo 1428.- "En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios".*

Se trata de un precepto aplicable a los contratos con prestaciones recíprocas que, ante el incumplimiento de una de las partes, coloca a su contraparte en dos escenarios. El primero, referido al caso en que subsista el interés por la prestación debida, esto es, cuando el cumplimiento, aunque extemporáneo, todavía le resulte útil, en cuyo caso la regla faculta para demandar el cumplimiento forzado de la prestación. Adicionalmente, la norma contempla el supuesto en que la prestación incumplida haya dejado de ser útil para la contraparte, la cual ya no mantiene interés en el cumplimiento. En este último supuesto se le concede la posibilidad de resolver el contrato.

Sin embargo, adviértase que la resolución tiene como presupuesto que el incumplimiento incida sobre una obligación considerada como objeto principal del contrato de acuerdo a su naturaleza. En tal sentido, el precepto invocado no resulta aplicable cuando "lo incumplido son obligaciones que, aun estando incorporadas a un contrato bilateral, tienen un carácter puramente accesorio o complementario con relación a aquellas prestaciones o contraprestaciones que, en su caso, constituyen el objeto principal del contrato".<sup>24</sup> En la misma línea se pronuncia De la Puente<sup>25</sup>, señalando que el incumplimiento debe ser de una obligación principal, salvo que se trate de prestaciones accesorias que pongan en peligro la ejecución de la prestación principal.

Bajo esta premisa, la elección que ofrece el artículo 1428 no puede ser arbitraria, sino que debe fundamentarse en la esencialidad de la prestación incumplida y en el grado de utilidad que todavía representa para la parte que ya ha sufrido el incumplimiento. En tal sentido, a menos que el retraso en el cumplimiento determine la frustración del fin práctico perseguido por el negocio o que la prestación haya dejado de ser útil, la resolución no tiene asidero y sería contrario a la buena fe hacerla valer como causal de resolución.<sup>27</sup> Es por ello que la resolución que no se encuentre amparada en un incumplimiento esencial para el desarrollo del contrato presentaría visos de abuso de derecho.

Ahora bien, retomando los presupuestos de la mora del acreedor, veamos si resulta posible para el deudor plantear la resolución como mecanismo de liberación. Al respecto, consideramos que, de optarse por la posición que califica a la colaboración del acreedor como una carga, el deudor no podría demandar la resolución del contrato, habida cuenta que el acreedor no estaría incumpliendo una obligación (la carga no es una obligación), lo cual constituye el presupuesto esencial de la resolución. De hecho la propia naturaleza de la carga establece que es de libre realización para el acreedor, de modo tal que el deudor no puede exigir su cumplimiento.

Pero adicionalmente, el acreedor no estaría incumpliendo frente al deudor, sino frente a sí mismo, habida cuenta que, conforme hemos desarrollado, la carga es establecida en interés del propio acreedor. En este sentido, Barchi (quien considera que la colaboración del acreedor es una

<sup>24</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, Op. Cit. pp. 875 y 876.

<sup>25</sup> DE LA PUENTE Y LAMALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Segunda Parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 327.

<sup>26</sup> Loc. Cit.

carga) sostiene que "en nuestro ordenamiento jurídico entendemos que no es posible resolver el contrato por la falta de cooperación del acreedor".<sup>38</sup> Es claro, a nuestro juicio, que en este escenario no procede la resolución del contrato.

Ahora bien, bajo el segundo escenario, esto es, de considerar a la colaboración del acreedor como un deber, tampoco podría resolverse el contrato, habida cuenta que el deber de colaboración no siempre califica como obligación. Pero, fundamentalmente, recordemos que el presupuesto de la resolución es el incumplimiento esencial, mientras que, en principio, el incumplimiento de un deber genera, cuando mucho, la infracción de obligaciones accesorias o de segundo rango. En este segundo escenario la resolución contractual tampoco resulta viable para el deudor frente a la falta de colaboración del acreedor.

Pero no se piense que al no facultar al deudor a resolver el contrato, nuestro ordenamiento pretende que el deudor permanezca eternamente vinculado al acreedor, soportando todas las contingencias de una obligación pendiente de ejecución. En efecto, si bien el acreedor no tiene el deber de cooperar, 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 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.<sup>39</sup>

Ahora bien, cuando la consignación no resulte posible (usualmente en las obligaciones de hacer y en las de no hacer), para Rezzónico<sup>40</sup> "el deudor puede, además, con o sin constitución previa en mora del acreedor, demandarlo para que preste el concurso necesario para el cumplimiento de la obligación (...). Y tal demanda equivale a una consignación, pues exterioriza la disposición y voluntad del deudor, de cumplir su obligación". Si bien no concordamos en que el deudor pueda exigir judicial o extrajudicialmente al acreedor la ejecución de una carga, ni en que ello importe una consignación, la cita nos advierte que podría resultar necesario acudir a la vía judicial a fin de solicitar la declaración de mora del acreedor en esta sede y, sobretudo, dejar sentado que los daños y riesgos que pudiesen generarse a partir de entonces correrían por cuenta del acreedor.

Sin perjuicio de lo expuesto, existen ordenamientos que conceden expresamente al deudor la facultad de resolver el contrato cuando el acreedor no ejecuta los actos de colaboración. Así, el artículo 1657 del Código Civil francés<sup>41</sup> dispone que en materia de bienes muebles la resolución contractual operará de pleno derecho a favor del vendedor cuando haya expirado el plazo concedido para recoger el bien. El Código Civil español y el Código Civil italiano consignan disposiciones similares.

Sin embargo, el Código Civil peruano no ha establecido una disposición equivalente en la regulación de la compraventa, lo que demuestra la opción de nuestro Código de no otorgar al

<sup>38</sup> BARCHI, Luciano, Op. Cit. p. 663. El autor citado señala que un caso distinto se presenta cuando la omisión de colaboración del acreedor impide de manera definitiva la obtención del resultado debido. 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.

Bajo este criterio, que analizamos más adelante, si se verifica una situación de esta naturaleza por la falta de cooperación del acreedor, el vencimiento del plazo determinará un definitivo incumplimiento, pero ello no liberará al acreedor de ejecutar la contraprestación a su cargo.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 658-657.

<sup>40</sup> REZZONICO, Luis María, Estado de las Obligaciones, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961, p. 824. De acuerdo a este autor, se reconoce en doctrina y jurisprudencia que el deudor pueda demandar al acreedor para que preste el concurso necesario a fin de que la prestación que le ofrece cumplir se haga efectiva y el deudor satisfaga su "derecho a pagar" y obtenga su liberación.

<sup>41</sup> Código Civil francés. Article 1657: "En matière de vente de meubles et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retraitement".

deudor (vendedor) la facultad de resolver el contrato cuando el acreedor (comprador) no ejecuta los actos de colaboración. Sobre este tema, no debe llevarnos a confusión el artículo 1565 del Código, en cuanto establece que "el comprador está obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos" (el subrayado es nuestro). En nuestra opinión, esta norma no consigna una obligación del acreedor cuyo incumplimiento sea susceptible de originar la resolución del contrato, pues no se trata de una obligación que asume el comprador de recibir el bien materia de la venta, sino que estamos ante una carga para que el vendedor pueda cumplir con su prestación de entrega.<sup>11</sup> De ahí que, siendo coherente con lo expuesto, la resolución resulta impracticable.

A mayor abundamiento, el Código de Comercio de 1902 autorizaba al deudor a resolver el contrato en su artículo 327 al consignar que "si el comprador refusare 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". Sin embargo, esta norma quedó derogada por el artículo 2112 del Código Civil de 1984, al establecer que "los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio". Este dispositivo deja aún más clara la decisión del Código Civil vigente de desestimar la posibilidad de resolución, al no sustituir con otra norma esa facultad que quedó suprimida con la derogación de los preceptos citados.

Sobre esta base, nos encontramos en condiciones de establecer que, ya sea que consideremos a la colaboración del acreedor como un deber jurídico o como una carga, el retraso en su ejecución no faculta al deudor a resolver el contrato. En efecto, bajo la premisa de que la resolución contractual tiene como presupuesto el incumplimiento de prestaciones esenciales para el desarrollo del contrato, la carga no califica dentro de este supuesto, habida cuenta que nos encontramos propiamente ante una obligación del acreedor. Se trata más bien de una situación jurídica en la cual el acreedor precisa ejecutar determinados actos a efectos de acceder a la prestación del deudor objeto del contrato; no obstante, el deudor no puede exigir la ejecución de dichos actos y menos demandar la resolución en caso de inejecución.

Asimismo, un deber jurídico no está pensado para ser una prestación esencial del contrato, sino más bien como prestación accesoria o complementaria. De ahí que, por no afectar la esencia del contrato, su incumplimiento no acarrea la resolución.

En suma, dentro de los mecanismos de liberación que nuestro ordenamiento otorga al deudor, quien está impedido de ejecutar su prestación por falta de colaboración del acreedor, no se encuentra la resolución del contrato.

## 2. Cuando la colaboración del acreedor es esencial

Pero, qué ocurre cuando, por la configuración del contrato, la colaboración del acreedor no solo es indispensable para que el deudor pueda ejecutar su prestación, sino que resulta esencial para la ejecución de todo el contrato. Dicho en otros términos, cuando la demora de los actos de colaboración del acreedor determina que el contrato deje de ser útil para las partes, ¿caso el deudor debe resignarse a solamente trasladar los costos y riesgos, pero tener que permanecer vinculado a un contrato que ha dejado de serle útil?

La situación descrita se verifica con mayor nitidez cuando la prestación del deudor es de hacer o de no hacer, donde la consignación no constituye una opción por ser impracticable y el

<sup>11</sup> Esta opinión es compartida por: MUÑOZ, Luis, *Contratos*, Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, p. 429.

deudor tendría que permanecer vinculado hasta que el acreedor decida cooperar, no obstante que dicha colaboración resulta determinante para el contrato.

En este supuesto, la falta de colaboración del acreedor determina que el contrato deje de ser de utilidad para el deudor, pero, adicionalmente, que la prestación que se ve impedido de ejecutar ya no tenga sentido por haberse frustrado la finalidad del contrato. Esta esencialidad de la colaboración del acreedor usualmente viene dada por la importancia del plazo, lo cual determina que el deudor deba ejecutar la obligación a su cargo en el término previsto.

Anto este escenario, podemos establecer que la demora del deudor ha devenido en un incumplimiento definitivo, pero por causa imputable al acreedor. En efecto, por tratarse de una prestación esencial, el simple retardo en que inicialmente había incurrido el acreedor, el cual a su turno determinó el retardo del deudor, ha dejado de ser tal, para convertirse en definitivo. Ello conlleva a que el deudor quede liberado de su prestación.

Sobre este punto, Cattaneo<sup>31</sup> refiere que "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 no 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". Aquí el plazo, por haberse previsto como fundamental para la ejecución de la prestación, activa la esencialidad de la colaboración del acreedor.

Tal temperamento otorga un mecanismo de liberación a favor del deudor que incide sobre la estructura misma de la relación. Al no haber colaborado para la ejecución de la prestación, el acreedor ha precipitado que la obligación principal a cargo del deudor deje de ser útil y, por tanto, quede sin efecto.

### 3. Quando el acreedor ejecuta los actos de colaboración luego de que la obligación ha sido dejada sin efecto por el deudor

Sin perjuicio de lo expuesto, hemos considerado necesario plantearnos el supuesto en que el acreedor ejecute los actos de colaboración y el deudor consienta en ello, no obstante haber manifestado su voluntad de dejar sin efecto la obligación por ser el plazo esencial.

Según lo establecido, si el retraso en el cumplimiento de los actos de colaboración determina que dejen de ser útiles para el deudor, pues la ejecución de la obligación ya no es posible o ha dejado de ser de utilidad, es justificado que la obligación quede sin efecto. Caso contrario, esto es, si la colaboración continúa siendo útil (como se evidenciaría al aceptarse su ejecución con posterioridad), entonces la declaración del deudor carecería de asidero y podría resultar abusiva y contraria a los intereses que protegen el contrato.

Al respecto debe tenerse en cuenta que "la convicción de establecer un límite a los derechos subjetivos nace de la necesidad de proteger a los 'otros', con quienes entra en relación el titular de tales derechos, de actitudes egoístas y antisociales, descritas como 'anormales' o 'irregulares'. Se trata de evitar que el titular de un derecho subjetivo cometa excesos al actuar sus derechos, o al no usarlos, que agraven intereses ajenos dignos de tutela jurídica".<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Citado por BARCHI, Op. Cit. p. 680.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del Derecho*, Editora Jurídica Grifey, Lima, 1999, p. 30.

Recordemos que el motivo que determina que la obligación del deudor quede sin efecto es que el retraso en los actos de colaboración del acreedor conlleve a que esta deje de ser útil, al punto de frustrar la finalidad del contrato. En tal sentido, si la colaboración del acreedor todavía resultaba útil para el deudor, solo podría haberlo constituido en mora, más no dejar sin efecto la obligación.

En efecto, si bien el Derecho tutela el interés del deudor en que se libere de la obligación y no vea agravada su posición frente a la negativa injustificada del acreedor en cooperar, la intención de dejar sin efecto la obligación del deudor configuraría un supuesto de abuso de derecho por no estar sustentada en una causa legítima. La consecuencia que se desprende de lo expuesto es que el intento de dejar sin efecto la obligación resulte ineficaz.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

La decisión del Código Civil de 1984 de no facultar al deudor a resolver el contrato cuando el acreedor omite practicar los actos de colaboración nos advierte de las limitaciones que tiene el deudor para la ejecución de su prestación. Así, salvo que el término resulte esencial y le permita dejar sin efecto la obligación o que la prestación sea susceptible de consignación, el deudor solo tendrá como opción constituir en mora a su acreedor, trasladando los costos y riesgos, pero sin eliminar el vínculo.

Sin embargo, la mora del acreedor puede ser insuficiente, pues para el deudor no basta con trasladar costos y riesgos, sino que precisa poder actuar como si hubiese cumplido, sin estar sujeto a la eventualidad de que el acreedor decida colaborar y tener que ejecutar su prestación inmediatamente. Esta necesidad se refleja con mayor claridad en las prestaciones con vocación de rápida circulación (bienes muebles, servicios, suministros, etc.), donde para el deudor, aun cuando el acreedor asuma todos los costos, no es buen negocio mantener su prestación "congelada" esperando la colaboración del acreedor. Más aun en los casos en que el traslado de costos al acreedor puede generar conflictos cuya solución requiera acudir a instancias judiciales o arbitrales.

Asimismo, somos conscientes de que el desincentivo que podría generar la constitución en mora para el acreedor (de obligarlo a asumir las consecuencias de su retraso) podría en muchos casos ser tan solo una ilusión, pues haciendo un análisis costo-beneficio, el acreedor podría llegar a la conclusión de que le resulta más beneficioso demorar la ejecución de la prestación –aunque tenga que asumir las consecuencias del retraso– que aceptar dicha ejecución, por considerar que su valor se incrementará en el futuro. Este análisis, desde luego, no toma en cuenta las expectativas del deudor, ni el costo de oportunidad o entorpecimiento de sus actividades que la espera podría significar.

La mora del acreedor no satisface tales necesidades comerciales. Es por ello que se precisa de un instrumento más ágil (que en algunos ordenamientos es la resolución), sobre todo en los casos en que la consignación no resulta posible.

**MULTISERVICE**  
**SR. HANS S.R.L.**



**COURIER**

**DISTRIBUCIÓN DE CORRESPONDENCIA**  
**A NIVEL LOCAL**

Calle Federico Villarreal 271 - San Isidro  
Telfs.: 222-8908 / 221-7637 / 221-2973