

Efectos del simple retardo (*)

Luis Moisset de Espanés

I. INTRODUCCION

EL INVESTIGADOR, EN el peregrinaje que realiza por la vida, debe estar siempre atento a las realidades sociales; y, en nuestro campo de estudio, a su proyección en los fenómenos jurídicos. Su atención se ha de enfocar en el análisis cuidadoso de la forma que esos fenómenos toman en el momento actual, y contrastar sus observaciones con las efectuadas anteriormente por muchas generaciones de investigadores, concretadas en obras y en libros, para poder —luego de esa comparación— extraer conclusiones propias que confirmen las de sus predecesores, o que

(*) Trabajo elaborado y publicado originalmente en el Libro Homenaje a la Profesora María Antonia LEONFANTI. (Rosario, 1982).

En esa oportunidad dijimos: "Al participar en este homenaje a María Antonia Leonfanti ha vuelto a mi memoria su figura, tal como la contemplé en la última oportunidad en que nos encontramos, con motivo de unas conferencias en el Colegio de Abogados de Rosario.

Estaba ella entre el público, y, en el debate posterior a las exposiciones, participó aportando —con la humildad que la caracterizaba— múltiples datos de derecho comparado, materia de la que fue especialista y en la que poseía un rico bagaje de conocimientos.

Inicialmente había preparado otro trabajo para el Homenaje, pero a último momento he decidido sustituirlo por este ensayo sobre los efectos del simple retraso, que se encontraba inédito porque al releerlo casualmente encontré en él unas observaciones que me recordaron la vocación docente y de investigadora que animó siempre a María Antonia Leonfanti".

El trabajo impresionó profundamente al Dr. Roberto LOPEZ CABANA, que prosiguió la línea de investigación que habíamos emprendido y plasmó sus esfuerzos en una tesis doctoral sobresaliente, aparecida en fecha reciente ("La demora en Derecho privado", Ed. Abeledo — Perrot, Buenos Aires, 1989).

Para esta nueva publicación lo hemos actualizado y concordado con el Código Civil peruano de 1984.

las rectifiquen, sea porque se advierta la existencia de errores en las investigaciones anteriores, sea porque el devenir constante de la actividad social va produciendo modificaciones en los distintos elementos de tipo económico, político o social que dan vida a la relación jurídica, y estas transformaciones exigen nuevas normas para regular las relaciones de los sujetos.

Estas reflexiones se vinculan con la elección del tema, ya que con frecuencia suelen analizarse los "efectos jurídicos de la mora"; pero nos ha parecido conveniente efectuar un replanteo del problema e indagar genéricamente sobre los "efectos del simple retardo" en el cumplimiento de las obligaciones, para comprender todos los problemas que se nos pueden presentar.

II. *DISTINCION ENTRE "SIMPLE RETRASO" Y "MORA"*

Por lo general, la doctrina diferencia el "simple retraso", o sea, la no ejecución en término de la prestación debida, de la "mora" que es un retardo al que se le suma el elemento de la "culpabilidad" que tiñe especialmente ese retraso para hacer que produzca determinadas consecuencias jurídicas.

Esta concepción "subjetiva" de la mora es la predominante, y en la doctrina argentina encontramos en posición casi solitaria a BORDA, quien en su tratado de Obligaciones (1), y en los trabajos sobre mora que publicó después de la Reforma (2), afirma que la mora es "objetiva", es decir, la identifica con el mero retardo temporal. Pero, en la práctica desvirtúa totalmente su postura cuando agrega que hay mora sin efectos jurídicos, y que recién cuando se añade el ingrediente de la culpa aparece la mora con efectos jurídicos (3).

(1) BORDA, Guillermo A.: "Obligaciones", 2a. ed., Perrot, Buenos Aires, 1967, No. 51, p. 55.

(2) BORDA, Guillermo A.: "La Reforma de 1968 al Código Civil", ed. Perrot, Buenos Aires, 1971, Cap. II, No. 116 y ss. p. 171 (ver especialmente No. 123, p. 182).
Comparte esta postura Juan Luis MIQUEL: "Resolución de los contratos por incumplimiento", Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 128: "... adherimos a esta posición, creyendo que la única condición necesaria para la producción de la mora en las obligaciones a plazo es el retardo".

(3) BORDA, Guillermo A.: Obra y lugares citados en nota anterior, donde dice: "... puede haber mora no imputable, que no genera responsabilidad".

Esta posición de BORDA ha sido muy criticada; incluso nosotros en varias conferencias dedicadas a analizar el nuevo art. 509, la hemos fustigado duramente porque introduce un elemento de confusión. Si el retardo no produce efectos jurídicos no le interesa al derecho; y si no le interesa al derecho no debemos darle una denominación técnica que pueda provocar posteriormente confusiones en los planteos respecto a la mora.

No se trata de un problema meramente semántico, en el que la discrepancia resida en que damos distintos nombres a situaciones similares, sino que hay en esto un problema de fondo. Si el retraso no produce efectos jurídicos debe quedar fuera del campo de nuestros estudios; y si los produce es un fenómeno al que debemos dedicar nuestra atención, cualquiera que sea el nombre que le demos. El error de BORDA consiste en dar una denominación técnica a algo que, según su posterior afirmación, no produce efectos jurídicos.

Estimamos que el nuevo Código peruano exige también la culpa como elemento constitutivo de la "mora", ya que la prueba de su inexistencia permitiría al deudor liberarse de responsabilidad (art. 1336, segundo párrafo) (4).

III. EFECTOS JURIDICOS DEL SIMPLE RETRASO

Aquí debemos hacer una especie de "mea culpa", y reconocer que hemos incurrido en error cuando afirmábamos que la situación de "mora" —caracterizada por la presencia de elementos subjetivos— era el único retardo que interesaba al derecho.

No significa esto, sin embargo, que nos adhiramos a la posición de BORDA, que habla de mora "objetiva", sino que en ese repensar problemas que uno debe plantearse constantemente, nos ha parecido advertir —y después de leer este ensayo ustedes podrán juzgar si coinciden con

(4) Conf. OSTERLING PARODI, Felipe: *Las obligaciones*, ed. Pont. Univ. Católica del Perú, Lima, 1988.

Nos dice el profesor peruano: "Para que el deudor quede constituido en mora no se precisa un retardo en el cumplimiento de la obligación. Además, que tal retardo le sea imputable", y agrega más adelante: "El retardo, por otra parte, debe ser imputable al deudor, es decir, obedecer a culpa o a dolo" (p. 219).

esa opinión— que las situaciones de mero retardo no culpable también producen en muchas oportunidades efectos jurídicos.

Un análisis detenido del problema nos ha llevado a la conclusión de que no solamente la “mora” produce efectos jurídicos, sino que también el retardo no culpable —que técnicamente no es “mora”— genera casi siempre consecuencias que van a incidir en la vida de la relación jurídica y, por tanto, debe ser objeto de nuestra atención.

Por supuesto que para sustentar esta afirmación es menester que brindemos algunos ejemplos para ver si se justifica la nueva posición que hemos adoptado.

IV. RETARDO Y PRESCRIPCION

En las Séptimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, efectuadas en la Capital Federal (5), al debatirse el tema de Derecho Sucesorio se habló del problema de la prescripción. Se trataba de la posibilidad de ejercitar una acción para revocar las donaciones o legados cuando no se hubiesen cumplido los cargos o modalidades establecidas.

Un despacho, mayoritario, sostenía que la prescripción de esa acción comenzaba a correr “desde el momento de la mora”, es decir, vinculaba el cómputo de la prescripción con la mora (6).

Al discutirse el tema en el plenario se objetó, con acierto, que la prescripción de las acciones no depende de la mora, ni del deudor ni del acreedor. En algunos casos, podrá coincidir la iniciación del plazo de prescripción con una situación de mora, pero una y otra situación jurídica tienen fundamentos distintos (7).

En términos generales, podemos decir que la prescripción de las

(5) Buenos Aires, septiembre de 1979. Las Actas de esta Jornadas fueron publicadas por editorial La Ley, Buenos Aires, 1981.

(6) “La acción de cumplimiento del cargo y la acción de revocación de los legados por incumplimiento del cargo prescriben a los diez años de la constitución en mora del deudor” (VII Jornadas . . . , p. 453, punto 4 del despacho).

(7) VII Jornadas . . . , p. 462 y 463.

acciones comienza a correr con la exigibilidad de la prestación (8). Es el principio llamado en doctrina de la "actio nata", y la exigibilidad del derecho no siempre coincide con la mora del deudor. Algo similar sucede con los plazos de caducidad.

Tampoco puede unirse el cómputo de la prescripción a la mora del acreedor; pues, incluso, aquéllos que entienden que la prescripción liberatoria es un castigo a la inactividad del acreedor no incluyen como requisito la existencia de "mora credendi", sino que se refieren al mero hecho de que el acreedor no haya reclamado a tiempo el cumplimiento, como lo expresa el art. 3949 del Código civil argentino.

En realidad, la prescripción liberatoria es una consecuencia de la "inactividad temporal" de ambas partes: el acreedor que no reclama el cumplimiento de una prestación exigible y el deudor que no la ejecuta.

Advertimos aquí la existencia de un efecto jurídico del "simple retardo" en el cumplimiento de la prestación, que no está conectado de manera directa con la mora, sino, simplemente, con el no haber cumplido en tiempo una prestación que ya era exigible.

Insistimos: el retraso en la ejecución de una prestación ya exigible hace que comience a correr el plazo de prescripción, aunque no haya mora ni del deudor, ni del acreedor.

Se ha afirmado muchas veces —y así nos enseñaba nuestro maestro don Pedro LEON— que "las obligaciones nacen para morir", es decir, quedarán desprovistas de acción y se transformarán en obligaciones naturales al cabo de un tiempo, cuando la inactividad de las partes haya hecho que ese retardo adquiera una relevancia tal que la obligación ya no sea exigible.

Encontramos así un efecto jurídico de capital importancia que no está vinculado con la mora, sino única y exclusivamente con el simple retardo, aunque ese retardo no tenga en lo más mínimo el ingrediente de culpabilidad.

(8) Este principio está recogido en el art. 1993 del nuevo Código del Perú. Además el inc. 2 del art. 1996, al estipular que la intimación para constituir en mora es un acto interruptivo del curso de la prescripción, reconoce implícitamente que ésta puede haber comenzado a correr antes de que haya mora.

Lo que decimos para los plazos de prescripción es válido también para las hipótesis en que el ejercicio de ciertos derechos está sometido a plazos de caducidad; tampoco aquí la iniciación del cómputo de los plazos se vincula con la mora, y si el plazo transcurre íntegramente sin que se haya hecho valer el derecho, el simple retardo producirá, como consecuencia, la caducidad (9).

V. SIMPLE RETRASO Y OBLIGACIONES RECÍPROCAS

Si analizamos las llamadas obligaciones "correspectivas", donde la prestación de una de las partes es causa de la prestación de la otra, advertiremos que el mero retardo objetivo, no culpable, puede producir efectos jurídicos en el funcionamiento de esas relaciones obligatorias.

Las obligaciones recíprocas están tan íntimamente ligadas que una de ellas no puede vivir si no subsiste la otra; y si una de las partes no cumple con la prestación a su cargo, la otra parte tiene derecho a no ejercitar la prestación correspectiva.

En el ámbito de esas relaciones el "simple retardo" en el cumplimiento de una prestación, aunque no sea culposo, es decir, aunque no haya mora, faculta a la otra parte a ejercitar los derechos que surgen del art. 1201 del Código civil argentino y 1426 del Código peruano (10); es decir, hacer valer la excepción de contrato incumplido.

Insistimos: no es menester en esta hipótesis que haya mora, ni que el retraso en el cumplimiento sea culposo o doloso; basta con la inejecución de la prestación para que la otra parte pueda abstenerse, a su vez, de realizar las prestaciones que están a su cargo, aunque la parte que ha retardado el cumplimiento sea absolutamente inculpable.

Encontramos, pues, en las obligaciones recíprocas otro caso en que el mero retardo temporal, no moroso, produce efectos jurídicos de importancia.

(9) Ver artículos 2003 a 2007 del Código peruano de 1984.

(10) Si repasamos lo escrito por Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE al ocuparse de la excepción del incumplimiento, veremos que no incluye la mora entre los requisitos para su ejercicio ("Estudios del Contrato privado", ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983, T.I, p. 506). Lo mismo Max ARIAS SCHREIBER PEZET ("Exégesis del Código Civil peruano de 1984", 3a. ed., San Jerónimo, Lima, 1988, art. 1426, p. 199 y ss.)

VI. RETARDO Y RESOLUCION

Estamos aquí frente a un problema de mayor complejidad. Por lo general, la doctrina suele afirmar que para el funcionamiento de la facultad resolutoria es absolutamente indispensable que haya existido mora de la otra parte (11), posición que es compartida por la jurisprudencia (12). En los últimos años, algún autor argentino señala la existencia de hipótesis en las cuales se llega al incumplimiento sin que haya existido previamente mora (13); aspecto que hemos procurado destacar en alguna nota a fallo (14), y que trataremos de bosquejar de manera muy breve.

a) Diferencias entre "mora" e "incumplimiento"

En sentido lato, la mora es una de las múltiples formas que puede revestir el incumplimiento, ya que no se ha ejecutado en tiempo propio la prestación debida; pero, en el lenguaje técnico, reservamos el vocablo "incumplimiento" para una situación perfectamente diferenciable de la mora.

En la hipótesis de mora, pese a que existe un retardo culpable, todavía es posible y útil la ejecución tardía de la prestación, mientras que en el "incumplimiento" la prestación ya no se ha de ejecutar, sea porque se ha tornado materialmente imposible, sea porque ha dejado de ser útil.

Mientras subsista la situación de mora, el vínculo sigue ligando a las partes, y el deudor tiene el derecho de pagar siempre y cuando ofrezca un pago íntegro.

(11) Cree que es previa la constitución en mora Alberto G. SPOTA: "Instituciones de Derecho Civil - Contratos", Depalma, Buenos Aires, 1975, Vol. III, donde expresa: "... es previo a la resolución de pleno derecho (pero fehacientemente exteriorizada a la otra parte, art. 1204), la constitución en mora del contratante" (p. 466); y "ese requerimiento debe ser precedido por la constitución en mora conforme al art. 509" (p. 468).

En sentido coincidente, ver Fernando J. LOPEZ de ZAVALIA: "Teoría de los Contratos - Parte General", ed. Zavallía, Buenos Aires, 1971, p. 366.

(12) Ver la que mencionan Roque GARRIDO y Luis O. ANDORNO: "Reformas al Código Civil", 2a. ed., Zavallía, Buenos Aires, 1971, comentario al art. 1204, p. 264 y 265.

Puede consultarse también la jurisprudencia citada por Anteo E. RAMELLA: "La resolución por incumplimiento", Astrea, Buenos Aires, 1975, nota 115, p. 69.

(13) RAMELLA, Anteo E.: Obra citada en nota anterior, párrafo 23, p. 69 y ss.

(14) "El simple retardo, la mora y la resolución por incumplimiento: variaciones sobre un tema", Jurisprudencia Argentina, 1982 - IV - 463.

El incumplimiento definitivo, en cambio, acarrea la resolución del contrato y produce la consiguiente extinción de la relación jurídica que vinculaba a las partes, con la restitución de las prestaciones que se hubiesen efectuado y el pago de la indemnización cuando ello correspondiere.

Pero esta distinción, conceptualmente clara, suele desdibujarse en las obras de doctrina, en los fallos jurisprudenciales e, incluso, en los propios textos legales, y así vemos que en los casos de plazo "esencial" suele hablarse de "mora automática" cuando, en realidad, hay "incumplimiento definitivo" (15). En el derecho peruano, también suele hablarse de "mora ex re" para la hipótesis contemplada en el inc. 2 del art. 1333, que —insistimos— no es un caso de mora, sino de incumplimiento (16).

Esto nos exige efectuar un cuidadoso análisis de los aspectos dinámicos de la relación jurídica obligatoria, especialmente en las situaciones que se plantean con posterioridad a la exigibilidad de la prestación.

b) *Etapas anterior y posterior a la exigibilidad*

Antes de que la obligación sea exigible no puede hablarse de "mora", ni tampoco de "simple retardo". En cambio, la prestación puede tornarse "objetivamente imposible", incluso, por hechos imputables al deudor, lo que hace que algún autor sostenga que es posible llegar a la resolución por incumplimiento, aun antes de que la obligación sea exigible.

Sin embargo, la etapa que presenta mayor interés para nuestro estudio es la posterior al momento de la exigibilidad.

Siempre que la prestación no se ejecute en el momento de hacerse exigible, se iniciará un período en que hay "retraso" en el cumplimiento, que podrá obedecer a distintas causas, originadas en la conducta del deudor, o en la del acreedor, y ser o no culposos.

Comienza entonces una etapa en la vida de la obligación que puede

(15) Ver nuestro "La mora y la reforma al art. 509 del Código civil argentino", *Jurisprudencia Argentina*, 1968 - V. sec. doctrina, p. 796 y ss.

(16) Este dispositivo reconoce como antecedente el inc. 2 del art. 1254 del Código peruano de 1936, y concuerda con lo dispuesto en el art. 1100 del Código Civil español, y el viejo texto del art. 509 del Código Civil argentino.

ser de "simple retardo", o puede ser de "mora del deudor" o de "mora del acreedor", según los elementos que se sumen al retardo y que sirvan para calificar una u otra situación. Pero, la dinámica de la relación jurídica obligatoria exige que esta situación no se perpetúe, sino que marche hacia alguna salida. Así, por ejemplo, el "simple retardo" se ha de transformar en "mora" si el acreedor interpela al deudor; y, en definitiva, tanto el retardo como la mora marchan hacia la extinción de la obligación por la vía normal del cumplimiento —esto es lo que se espera de toda obligación mientras está viva—; o a la extinción por vía de la resolución en el caso de que el retardo o mora se transformen en incumplimiento por imposibilidad o inutilidad de la prestación.

En resumen: la etapa posterior a la exigibilidad es de carácter transitorio y presenta dos puertas de salida: el cumplimiento o la resolución.

e) Transformación del retardo en incumplimiento

Pues bien, el art. 1204 del Código civil argentino establece una mecánica para transformar la situación de retardo en situación de incumplimiento, que prevé especialmente el problema que se plantea cuando la prestación —aunque pueda materialmente ejecutarse— ya no es útil para el acreedor (17).

La exigencia de impartir un plazo por 15 días, o el tiempo que fijen las costumbres, o que sea necesario para la ejecución de la obligación, es la articulación de un mecanismo que sirve para poner de relieve que una prestación que todavía es materialmente posible de ser ejecutada, ha dejado de prestar utilidad al acreedor, de manera tal que si durante ese lapso la prestación no se realiza, se pasará de la situación de retraso a la de incumplimiento definitivo.

No se trata, como algún autor ha dicho, de dos constituciones en mora (18). La finalidad que se persigue es otra: transformar el retardo o la mora en incumplimiento.

(17) En el derecho peruano debe verse lo que disponen los arts. 1428 y 1429 del Código Civil de 1984.

(18) Ver la ponencia de Félix A. TRIGO REPRESAS y Rubén COMPAGNUCCI de CASO en las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1977): "Siendo la mora un requisito esencial para el funcionamiento del pacto comisorio, cuando aquélla no se produce en forma automática, será necesaria la interpelación al deudor para su constitución en mora, como paso previo al nuevo requerimiento, esta vez en los términos del art. 1204, segundo párrafo, que posibilita a su vez la resolución del contrato por el juego del pacto comisorio tácito".

Personalmente, entendemos que aunque no exista previamente "mora", aunque haya simple retraso en el cumplimiento de la obligación, el acreedor está facultado para pedir la resolución (19) y, en tal caso, su interpelación surtirá un doble efecto: transformará el "simple retraso" en situación jurídica de "mora" y abrirá las puertas a la resolución cuando vencido el plazo no se haya ejecutado la prestación debida. Creemos que ése es el sentido que debe darse a la posición que adoptan autores con MORELLO, cuando afirman que en el pacto comisorio tácito se exige la constitución en mora, que se obtiene mediante un "requerimiento" que va acompañado de un plazo complementario (de gracia o equidad) para facilitar el cumplimiento" (20).

En definitiva; el simple retardo posibilitará el ejercicio de las facultades previstas en el art. 1204 del Código civil argentino, sin que sea menester una interpelación para constituir en mora, y otra posterior para lograr la resolución por incumplimiento.

Por supuesto que si el deudor se encontraba ya en situación de mora, por vía de una interpelación, el acreedor que advierta que la prestación deja de serle útil, y desee transformar la situación de mora en incumplimiento, tendrá que efectuar la segunda intimación, impartiendo el plazo previsto en el art. 1204, transcurrido el cual se producirá la resolución.

Pero, para hacer funcionar el art. 1204 no es imprescindible que exista previamente mora, sino que basta el simple retardo (21).

(19) Ver comentario citado en nota 14, y también "Reflexiones sobre la mora automática, resolución por incumplimiento y purga de la mora", *El Derecho*, 86, 502.

(20) MORELLO, Augusto M.: "El pacto comisorio en la ley 17.711", en "Examen y crítica de la Reforma del Código Civil", ed. Platense, La Plata, 1974, T. 3, p. 150 y 160: "Mediante pacto comisorio expreso no es necesaria la constitución en mora ... 2o.) Se exige, sí, la constitución en mora —requerimiento que va acompañado de un plazo complementario (de gracia o de equidad) para posibilitar el cumplimiento— cuando se trata de pacto comisorio legal, tácito o implícito".

(21) La complejidad del problema se advierte también en la doctrina extranjera. A título de ejemplos mencionaremos la recapitulación de los supuestos de acción resolutoria que efectúa Luis DIEZ PICAZO, donde a la constitución en mora agrega "el simple retardo en el cumplimiento, cuando este último determina una frustración del fin del negocio o justifica un interés atendible en la resolución" (ver "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", Tecnos, Madrid, 1970, No. 1036, 4o., p. 861).

VII. DERECHO DE RETENCION Y SIMPLE RETARDO

La facultad de retener la cosa ajena, hasta que se satisfaga al sujeto lo que se le debe en razón de la cosa misma, está regulada en el Código civil argentino en los arts. 3939 a 3946, y en el nuevo Código peruano en los arts. 1123 a 1131.

Para poder ejercitarla es suficiente que la deuda exista y sea exigible (22) aunque no haya mediado constitución en mora del deudor.

Nos encontramos, pues, con una hipótesis más en que el simple retraso produce efectos jurídicos de importancia, asimilables en muchos aspectos a los que surgen en las obligaciones recíprocas y se traducen en la excepción de incumplimiento a que hemos hecho referencia anteriormente.

VIII. RETRASO Y CLAUSULA PENAL

Es éste uno de los casos en que la ley positiva concede, con más vigor, efectos jurídicos al hecho objetivo del retraso en el cumplimiento de la obligación, con total independencia de la imputabilidad subjetiva de ese retraso.

El art. 654 del Código civil argentino es terminante cuando dispone que "incurre en la pena estipulada, el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo" (23).

Las consecuencias, aquí, son las propias de la responsabilidad civil, lo que debe hacernos meditar seriamente y exigiría que nuestros investigadores ahonden el tema; pues, muestra cómo en el terreno contractual coexisten hipótesis de responsabilidad objetiva junto a las de responsabilidad subjetiva, que se enuncian como regla general.

Dejamos la inquietud planteada para ulteriores investigaciones y,

(22) CAMAÑO ROSA, Antonio: "Derecho de retención", ed. Bib. Uruguay, Montevideo, No. 189, p. 96: "El derecho de retención . . . supone siempre un crédito exigible en el momento del reclamo del deudor".

(23) No sucede lo mismo en el derecho peruano, donde la cláusula penal solamente funciona si el incumplimiento es imputable al deudor (art. 1343).

por el momento, destacamos otro caso en que el simple retardo genera importantes consecuencias jurídicas.

IX. PAGO POR CONSIGNACION Y RETARDO

a) Falta de colaboración del acreedor

Para ilustrar nuestra tesis de que el simple retardo produce efectos jurídicos, es conveniente referirse ahora al pago por consignación, donde nos encontraremos con el problema de la falta de colaboración del acreedor que dificulta la ejecución de la prestación debida.

Sucede a veces que la pasividad del acreedor, que no presta en tiempo propio la colaboración necesaria para que el deudor realice la prestación debida, es culpable o dolosa, como sucede en el supuesto previsto por el inc. 1 del art. 757 (Código civil argentino): "cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por el deudor", o en el primer párrafo del art. 1251 del Código civil peruano: "si el acreedor a quien se le hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo":

Allí hay "mora del acreedor".

Pero, la inactividad del acreedor puede estar desprovista del matiz de culpa, caso en el cual no podremos hablar de "mora del acreedor", sino de un simple retardo, incluso justificado; pese a lo cual se admite la posibilidad de que el deudor se libere consignando.

Vemos así que el inc. 2 del art. 757 (Código civil argentino), prevé la situación de un acreedor "incapaz de recibir el pago al tiempo que el deudor quiere hacerlo" (24).

Este acreedor incapaz, que carece de representante, *no puede* prestar colaboración, y la total ausencia de culpabilidad en su conducta hace que no exista "mora creditoris". Sin embargo, como el retardo material en su colaboración resulta perjudicial al deudor que desea liberarse, y que tiene el "jus solvendi", la ley admite que recurra al pago por consignación para extinguir la relación obligatoria.

(24) Estimamos que en el derecho peruano se ha de llegar a la misma solución, por aplicación del último párrafo del art. 1251, coordinado con los arts. 1223, 1227 y concordantes.

Podemos afirmar, como regla general, que en todos los casos en que el acreedor "no puede colaborar no existe técnicamente "mora", pero ese retardo no culpable habilita al deudor a efectuar válidamente un pago por consignación; lo que, sin duda, es una consecuencia jurídica de capital importancia.

b) *El curso de los intereses*

En esta materia de retraso del acreedor y consignación hay otro punto del que deseamos ocuparnos, aunque sea muy brevemente, vinculado con las investigaciones que se efectuaron en uno de los Seminarios de Derecho comparado, por un joven abogado sanjuanino, Pascual Eduardo ALFERILLO, cuando todavía era estudiante (25).

ALFERILLO se dedicó a indagar los problemas vinculados con el curso de los intereses, hasta el momento de la consignación cuando ha mediado mora del acreedor, y las distintas soluciones que ofrece la doctrina argentina, distinguiendo sobre todo según se trate de intereses compensatorios o de intereses moratorios.

Sucede en algunas oportunidades que el deudor se encuentra retrasado en el cumplimiento de su obligación, y a veces no se trata de una situación de mero retraso, sino que técnicamente podemos decir que se halla en "mora"; ¿qué ocurre cuando ese deudor, que pudo o no ser moroso, constituye en mora al acreedor?

Cuando ofrece pagar de manera íntegra su deuda, y el acreedor no la recibe: qué pasa con los intereses compensatorios, y qué con los moratorios? Qué influencia tiene sobre el curso de esos intereses la mora del acreedor?

El punto no ha sido legislado por el Código Civil argentino, lo que provoca una seria discusión y plantea el problema de las llamadas "ofertas reales".

(25) Recordamos que durante el desarrollo de este Seminario sobre "La mora en el Derecho Comparado", me llamó la atención la agudeza del razonamiento jurídico de Alferillo, la claridad en la expresión y la profundidad en los conceptos, razón por la cual lo incitamos a que concretara su trabajo por escrito.

El ensayo, titulado "*La mora del acreedor y el curso de los intereses*" fue publicado en la Revista Notarial de La Plata, No. 830, p. 151 y ss., en la Sección "Autores noveles", y fue distinguido con el primer premio, medalla de oro, correspondiente al año 1977.

En algunos sistemas jurídicos se estima que el deudor, para purgar su mora y constituir en mora al acreedor, debe efectuar una "oferta real" consistente, prácticamente, en la entrega de la cosa, o ejecución de la prestación debida. En el caso de las obligaciones de dar sumas de dinero, si el acreedor se niega a aceptarla se considera que sólo hay oferta real si se "consigna"; en caso contrario, el deudor no logra constituir en mora al acreedor.

Entendemos que, en nuestro sistema jurídico, la mora del acreedor es independiente de la consignación; o, dicho de otro modo, el deudor puede constituir en mora al acreedor aunque no consigne la suma debida. El Código acuerda al deudor la facultad de consignar, pero no le impone el deber de hacerlo.

Para constituir en mora al acreedor, al deudor le bastará con interpellarlo para que reciba el pago y desde el momento en que haya "mora creditoris", aunque la obligación todavía no se ha extinguido, el deudor queda liberado de ciertos efectos. Por ejemplo, ya no pesarán sobre él los riesgos de pérdida o imposibilidad de la prestación y quedará eximido de algunos intereses.

La consignación es un paso ulterior que reforzará esos efectos, ya que tiende —si ha sido correctamente efectuada— a la extinción de la obligación.

Corresponde entonces trazar el siguiente cuadro: interpellado el acreedor y constituido en mora, el efecto directo es que ya no pesarán sobre el deudor "intereses moratorios", porque purgó su mora —si había existido— o nunca fue moroso; además, traspasó los riesgos al acreedor. Pero si a la interpelación no va unida la consignación, el deudor tiene que abonar los intereses compensatorios que estuviesen pactados (26).

Supongamos que existía un contrato en virtud del cual acreedor y deudor convenían el pago de una tasa de interés mensual, como pago por el uso del dinero durante el plazo del préstamo; llegado al vencimiento, el acreedor no recibe el pago, sea porque no quiere o porque no puede. El deudor lo interpela, pero no consigna. En tal caso, continúa beneficiándose con el uso del capital, y deberá el interés compensatorio pactado

(26) Contra: ALFERILLO, Pascual Eduardo: trabajo citado en nota anterior, Conclusiones, p. 164.

durante todo el lapso en que "retrase" el cumplimiento de la prestación. La solución es justa, ya que si desea liberarse de ese interés compensatorio puede consignar y desde ese instante cesará todo tipo de interés si la consignación es declarada válida por el juez.

Lo que deseamos destacar es que en esta hipótesis el deudor no está en mora; muy por el contrario, hay mora o retraso del acreedor en recibir la prestación. Sin embargo, el simple "retardo" del deudor en ejecutar la prestación justifica que continúen generándose los intereses compensatorios pactados; pues, mientras la obligación subsista, él continúa beneficiándose con el uso del capital ajeno que debe restituir.

Antes de concluir con este tema deseamos referirnos brevemente a otro problema que se origina en la redacción del párrafo final del art. 759 del Código civil argentino, que no ha sido muy feliz.

Dice dicha norma que si la consignación fuese impugnada "surte los efectos del pago, desde el día de la sentencia que la declare legal".

Significa esto, acaso, que a pesar de haberse efectuado la consignación, la deuda recién se extinguirá cuando el juez dicte su fallo, y que hasta esa fecha continuarán corriendo los intereses? De ninguna manera.

Debemos recordar que el tiempo físico y el tiempo jurídico no son absolutamente coincidentes. A veces encontramos un tiempo jurídico ideal que aglutina en un instante único hechos que en la materialidad cronológica se han escalonado en momentos diferentes.

La sentencia declarativa es un ejemplo típico del tiempo jurídico ideal, que hace que el proceso —desde la demanda hasta su finalización— tenga unidad temporal jurídica, de carácter ideal, que retrotrae los efectos de la sentencia al momento de la iniciación de la demanda y hace que todas las etapas que se escalonaron cronológicamente, a lo largo del tiempo, deban considerarse englobadas unitariamente en un solo instante.

Por eso, entendemos que realizada una consignación, si el juez la declara válida, los efectos extintivos de ese pago se remontarán al momento inicial de la consignación y deberá considerarse que desde entonces cesó el curso de los intereses. Todo ello en virtud de la unidad ideal de tiempo jurídico que tiene el proceso, y la sentencia declarativa que en él se dicta.

X. ACTUALIZACION MONETARIA

Finalmente, dentro de la enumeración que hemos procurado hacer de situaciones en las cuales el simple retardo temporal alcanza a producir efectos jurídicos sin que haya mora, encontramos un problema de particular agudeza en este momento de la vida económica del país, signado por la inflación: la moneda pierde diariamente valor, y ha dejado de cumplir una de las funciones primordiales que el hombre le atribuyó, ya que el dinero es una creación cultural, cuyo fin era servir como un elemento técnico para medir los valores y facilitar de esa manera el intercambio de servicios.

Esa constante disminución en el valor del dinero tiene por consecuencia inevitable que cualquier retardo —moroso o no— influya en la ecuación económica y haga que si las prestaciones no se cumplen en tiempo propio se vean burlados los principios de justicia conmutativa.

Como muy bien lo ha señalado Juan VALLET de GOYTISOLO en una conferencia que dio en las Islas Canarias (27), incluida luego en un hermoso librito titulado "Algo sobre temas de hoy" (28) y, posteriormente, en su obra "Derecho y Sociedad de masas" (29), la inflación genera ineludiblemente injusticias, y aunque el jurista busque por diversos medios mitigar los efectos nocivos, los efectos perniciosos de ese fenómeno económico, nunca lo ha de lograr totalmente.

Aquí es el "retardo", aunque no haya mora, lo que produce un desequilibrio económico, que luego se ha de traducir en el campo jurídico, como un verdadero atentado contra el supremo valor de la Justicia.

La mayor parte de la doctrina argentina ha aceptado una construcción jurídica que tiende a corregir los efectos de la inflación, mediante la actualización de las sumas debidas, en los casos en que el deudor se encuentra en mora. Se ha buscado así un correctivo en la idea de responsabilidad civil emergente de la mora, y se han descuidado los casos de

(27) VALLET de GOYTISOLO, Juan: "La antitesis inflación - justicia", Rev. Jurídica de Cataluña, LIX, septiembre-octubre 1969, p. 531, y Rev. Internacional del Notariado, No. 50-51, p. 47.

(28) VALLET de GOYTISOLO, Juan: "Algo sobre temas de hoy", ed. Speiro, Madrid, 1972.

(29) VALLET de GOYTISOLO, Juan: "Sociedad de masas y derecho", Taurus, Madrid, 1969, cap. IX, p. 489 y ss.

"simple retardo", en los que también el envilecimiento de la moneda produce efectos dañosos, que atentan contra la justicia conmutativa.

Vemos así que los más ardientes defensores del nominalismo, o aquéllos que propician que la actualización de las deudas dinerarias se efectúe únicamente a partir de la "mora", se ven forzados a admitir el reajuste en hipótesis en las que, en realidad, no ha existido técnicamente la situación de mora.

El nuevo Código peruano facilita la solución del problema; pues, al ocuparse del pago de obligaciones dinerarias con cláusulas de reajuste, o de obligaciones en moneda extranjera (arts. 1235 y 1236), se limita a exigir el "retardo", para que la actualización sea procedente (30), lo que confirma la tesis que sostenemos.

a. *Actos ilícitos*

Es casi un lugar común reconocer que el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por un acto ilícito debe ser actualizado a partir del momento mismo en que se concretó el efecto dañoso, aunque el acreedor no haya efectuado en ese instante ningún reclamo.

Para justificar la solución se suelen buscar dos vías: o se afirma que en tal caso la mora es "automática", o se dice que no es necesaria la constitución en mora por tratarse de obligaciones de valor".

La verdad es que si no se efectuare ese reajuste, no se cumpliría con el postulado del resarcimiento integral. El ejemplo es claramente demostrativo de que ha bastado el "simple retardo" para hacer necesario que la deuda se actualice.

b) *Resolución por imprevisión*

El problema se ha planteado con mayor intensidad en hipótesis como la resolución de un contrato por aplicación de la teoría de la imprevisión.

(30) Felipe OSTERLING, comentando las normas citadas, expresa que ellas tienen por fin "evitar que el retraso en el pago de la obligación por el deudor, origine perjuicios al acreedor (obra citada, p. 135), sin mencionar para nada la "mora".

Procuraremos brindar un ejemplo: el actor, vendedor de un inmueble, sostenía que la relación se había tornado excesivamente onerosa para él, en razón del "Rodrigazo" (31), hecho imprevisible que tuvo como efecto que los saldos del precio, en caso de pagarse nominalmente, fuesen tan pequeños que no guardaban relación con el valor del inmueble que él debía entregar.

La justicia acoge su petición y dispone la resolución del contrato, ordenando al mismo tiempo al vendedor que restituyese las sumas que había percibido (32). Cómo debía efectuarse la actualización? Advuértase que en el caso no existe mora!

El tribunal recurrió a la doctrina de "los propios actos" para justificar la actualización (33). En realidad, el fenómeno inflacionario, más el tiempo transcurrido entre la entrega y la restitución (simple retardo) eran los factores que concurrían a producir ese efecto jurídico.

c) *Nulidad por lesión*

También se ha resuelto que las sumas a restituir debían actualizarse, pese a no haber mora, en un caso de nulidad por lesión (34).

El actor, persona inexperta de quien la otra parte se aprovechó, adquirió un inmueble que sólo valía 5 millones, pagando el doble, o sea 10 millones.

Advertido luego de la explotación de que había sido objeto, deja de lado la posibilidad de pedir un reajuste, y solicita la nulidad del acto con la restitución de las prestaciones efectuadas, quedando así trabada la litis. Al cabo de dos años triunfa en su pretensión. Tanto en primera

(31) Se dio ese nombre en Argentina a un brusco salto inflacionario ocurrido en 1975, provocado por medidas adoptadas por el Ministro de Economía, Sr. Rodrigo, que de un día para otro triplicaron los montos de los combustibles y los servicios públicos; es decir, algo similar a lo que en 1988 sucedió en Perú con el llamado "paquetazo", medidas tomadas por el Ministro Salinas.

(32) LOPEZ CABANA, Roberto M.: "La indexación de las deudas dinerarias. Estado actual y prospectiva", *Jurisprudencia Argentina*, 1976 - III - 788 (en especial cap. VIII, apartado c, *Imprevisión*, p. 794).

(33) Ver trabajo de LOPEZ CABANA citado en nota anterior, en especial p. 795.

(34) Corte Suprema de la Nación, 11 de agosto de 1977, "Roses y Cía. c/ Laurent, Karin Bali", *Jurisprudencia Argentina* 1978 - III - 605 y *El Derecho* 75 - 321.

como en segunda instancia la justicia, lo considera víctima de un acto lesivo y ordena a las partes que se restituyan mutuamente lo que habían recibido; pero, erróneamente, dispone que la suma a restituir no debía actualizarse . . . Pero, resulta que, en razón de la inflación, el inmueble se tasaba en ese momento en 20 millones! Curioso triunfo éste, en virtud del cual la persona que fue víctima de un aprovechamiento lesivo, ya que pagó por el inmueble el doble de lo que valía, tenía ahora que devolverlo y recibir solamente la mitad del valor!

La Corte Suprema de Justicia de la Nación enmendó el fallo y ordenó que se actualizasen las sumas a restituir, expresando:

“ . . . que es cierto que el Tribunal . . . al establecer esa doctrina condiciona la posibilidad del reajuste a la existencia de mora culpable por parte del deudor. Empero, análogas razones llevan a admitirla igualmente en supuestos como el de autos, en los que el perjuicio que experimenta el acreedor al recibir una suma de dinero depreciada tiene su origen en un hecho ilícito del deudor, como lo es la explotación que sanciona el art. 954 del Código civil . . . ”

Se deja, pues, de lado la exigencia de la mora, buscándose justificativo en que el hecho no provocó la nulidad del acto y la restitución de las sumas tenía carácter ilícito. En realidad, se trata de la aplicación de principios de justicia conmutativa, donde nuevamente la inflación y el transcurso del tiempo producen un efecto jurídico. Ya no es la mora, sino el retardo en la devolución de una suma, que no representa el valor debido.

d) Buena fe y abuso del derecho

En los últimos casos hemos visto numerosos supuestos en que el valor de la prestación se había deteriorado de tal forma que el cumplimiento nominal resultaba irritante, y hería el más elemental sentimiento de justicia. La inexistencia de mora del deudor impedía aplicar las directivas generales aceptadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como de los fallos plenarios de muchas circunscripciones. A veces, incluso, había mediado mora del acreedor.

En tales hipótesis, los magistrados han recurrido a los principios generales de la buena fe, contenidos en el primer párrafo del art. 1198; o al abuso del derecho, consagrado en el art. 1071 del Código civil argentino. Se trata de un reconocimiento más de los efectos jurídicos que puede producir un simple retardo no moroso.

XI. PALABRAS FINALES

Este ensayo no es más que un primer paso; un esbozo de investigación que procura señalar un camino. Lo elegimos a designio para integrar el homenaje a María Antonia Leonfanti, porque hasta el último día de su vida mantuvo una actitud de permanente búsqueda, de inquieta curiosidad en pos de la Verdad y la Justicia. Ese fue su ejemplo, y la lección que humildemente nos dio y que debemos seguir.

Hoy, la mayor satisfacción que sentimos es que haya servido de inspiración a una magnífica tesis doctoral, elaborada con esfuerzo y seriedad por un amigo que ha superado con mucho esfuerzo (35). Nos queda la esperanza de que otros prosigan el camino emprendido, corrigiendo incluso los errores en que podemos haber incurrido.

(35) LOPEZ CABANA, Roberto: "La demora en Derecho privado", ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.

A los casos de simple retardo con efectos jurídicos que nosotros enumerábamos (prescripción, caducidad, excepción de incumplimiento en las obligaciones recíprocas, resolución, derecho de retención, cláusula penal, pago por consignación y actualización monetaria), LOPEZ CABANA los sistematiza según que ese retraso provenga de conductas del acreedor, del deudor, o de ambos, y agrega otras muchas hipótesis, como la facultad de revocar la oferta, la de elegir en las prestaciones alternativas la de solicitar la aplicación de las "astreintes", la de ejercitar las acciones directas, o la subrogatoria, el pedido de quiebra del deudor y de medidas cautelares, etc., en una búsqueda casi exhaustiva.