



Luis Miguel Velarde Saffer^(*)

La **tutela del deudor** ante el incumplimiento de la carga de colaboración del acreedor^(**)

“La preferencia unilateral del texto y del uso del lenguaje conduce a la interpretación literal y al formalismo, enemigo mortal de la verdadera ciencia jurídica, la acentuación excesiva de lo sistemático y de lo histórico lleva al estacionamiento, la consideración exclusiva de los resultados determina una jurisprudencia insegura, oscilante. El arte verdadero de la interpretación reside en el equilibrio exacto de todos sus elementos básicos.

(...)

Pero si pudiera demostrarse con razones convincentes que, en uno u otro aspecto, la voluntad del legislador se ha expresado indebidamente, es decir, con demasiada estrechez o con amplitud excesiva, procede una interpretación rectificadora, con tal de que aun entonces las palabras de la ley puedan considerarse como una declaración inteligible, siquiera incompleta, de la voluntad del legislador, y que no se pierda ese carácter a pesar de tomarse en cuenta todas las circunstancias importantes”.

Enneccerus Ludwig, Kipp Theodor y Martin Wolff

1. Introducción

Como ha señalado Betti⁽¹⁾, la base para el desarrollo de una sociedad es la cooperación. La cooperación, materializada principalmente a través del intercambio, permite a los individuos satisfacer sus necesidades y, de esa manera, genera bienestar.

En el plano jurídico, los intercambios suponen la creación de relaciones jurídicas obligatorias entre las personas, esto es, relaciones jurídicas integradas por acreedores y deudores. Si bien en esta clase de relaciones jurídicas suele identificarse, por un lado, al acreedor y, por el

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. A la fecha de publicación del presente artículo, el autor se encuentra iniciando sus estudios de maestría en la Universidad de Harvard (Estados Unidos). Asociado de Benites, Forno & Ugaz Abogados.

(**) Dedico este artículo a mi madre, Alicia Saffer, quien me ha dado la formación, valores y el criterio necesario para formarme en lo personal y en lo profesional. A ella debo todo lo que tengo.

(1) BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969; pp. 3 y siguientes.

La tutela del deudor ante el incumplimiento de la carga de colaboración del acreedor

otro, al deudor, lo cierto es que, al menos en los contratos con prestaciones recíprocas y en algunos contratos unilaterales⁽²⁾, cada una de las partes involucradas tiene tanto la calidad de deudor como de acreedor. A modo de ejemplo, considérese el contrato de suministro⁽³⁾, donde una parte ejecuta prestaciones periódicas o continuadas, a cambio de un precio, a favor de la otra. Si bien en la práctica *extra-legal* suele identificarse a quien ejecuta las prestaciones (*suministrante*) como deudor y al beneficiario de dicho suministro como acreedor, lo cierto es que, bien vistas las cosas, el primero es también acreedor del precio que el segundo debe pagar por el suministro.

Identificar al deudor y al acreedor de una relación obligatoria es fundamental para establecer, respectivamente, las obligaciones a su cargo y sus correlativos derechos. Por ejemplo, el deudor se encuentra obligado a ejecutar la prestación, que es objeto de la obligación, y el acreedor tiene derecho a exigir su ejecución conforme a lo convenido o, en todo caso, a lo establecido por ley. Es por ello que ante el incumplimiento o cumplimiento inexacto de tales obligaciones, el ordenamiento jurídico, como no podría ser de otra manera, establece ciertos mecanismos en tutela de los legítimos intereses del acreedor⁽⁴⁾, mecanismos cuya utilización, por el acreedor, dependerá de sus intereses y de las circunstancias concretas en las que se encuentre.

Si bien tales mecanismos están orientados a satisfacer los legítimos intereses del acreedor, también es cierto que, en diversas circunstancias, el deudor podría verse perjudicado por ciertas acciones u omisiones de su acreedor. Considérese en el caso de un deudor que pintó un cuadro para un acreedor que no quiere recibirlo, o del contratista que desea realizar ciertas construcciones pero a quien no le permiten acceder a la

obra. El deudor no tiene, en sentido técnico al menos, un derecho a liberarse de la obligación a su cargo⁽⁵⁾, pero es evidente que tiene interés en alcanzar dicha liberación⁽⁶⁾, interés que el legislador no puede dejar de lado.

Es justamente en atención a lo anterior que nuestro Código Civil regula instituciones como la mora del acreedor y el pago por consignación, a través de las cuales el deudor recibe tutela legal y puede incluso liberarse de la obligación a su cargo.

En este artículo, desarrollamos brevemente el sentido, alcances y regulación de las instituciones antes indicadas, para luego contrastar las mismas con un supuesto específico, a saber, el cumplimiento de la obligación, a cargo del arrendatario, de restituir el bien (arrendado) a su arrendador. A pesar de que, como resulta evidente: (i) constituye obligación del arrendatario restituir el bien a su arrendador; y, (ii) el arrendatario tiene, como cualquier deudor, interés en liberarse de dicha obligación, existen inconsistencias manifiestas entre la regulación establecida en el Código Civil para esta hipótesis (del arrendamiento) y aquella establecida, de manera general, para la mora del acreedor y el pago por consignación.

Tales contradicciones resultan irónicas si se considera que las antedichas instituciones

(2) Decimos que la calidad de acreedores y deudores se manifiesta en algunos contratos unilaterales (y no en todos) pues mientras existen casos en los cuales el acreedor no tiene prestación alguna que ejecutar frente al deudor (piénsese en el contrato de donación), en otros casos (si bien no de manera simultánea) el acreedor también tiene a su cargo una obligación respecto de su deudor. Esto último ocurre en el caso del comodato, donde el acreedor recibe gratuitamente la posesión de un bien que posteriormente debe restituir.

(3) Artículo 1604.- Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar a favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes.

(4) Mecanismos que, entendidos de manera general, resultan tan variados como la ejecución por tercero, la intimación en mora, la excepción de incumplimiento, la resolución por incumplimiento, entre otros. PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Estudios sobre Responsabilidad Contractual*. Lima: Jurista editores, 2010; pp. 69 y siguientes.

(5) LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado; p. 374.

(6) VON THUR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Reus, 1934; p. 60.



Luis Miguel Velarde Saffer

tiene el objetivo de proteger los legítimos intereses del deudor y, más aun, si se considera que todos los temas mencionados se encuentran regulados en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, del Código Civil. Estas contradicciones, no obstante, no son ajenas a nuestro sistema jurídico⁽⁷⁾.

2. La mora del acreedor

La mora del acreedor es una institución que busca tutelar los intereses del deudor que quiere cumplir o iniciar la ejecución de la prestación a su cargo pero que carece de la colaboración necesaria para ello. Siguiendo a Diez Picazo, “se denomina mora del acreedor o mora *credendi*, a aquella situación en la cual se produce un objetivo retraso en la producción del resultado de prestación como consecuencia de un comportamiento que es debido a una causa imputable al acreedor”⁽⁸⁾.

2.1 Algunas diferencias de la legislación y la doctrina

2.1.1. La regulación de la *mora credendi*

Si bien existe consenso respecto de la mayor parte de los requisitos y efectos de la mora del acreedor, creemos relevante

mencionar, al menos de manera general, que no todas las legislaciones la regulan. Por ejemplo, legislaciones como la argentina no la tratan, otorgando al deudor únicamente la posibilidad de consignar la prestación a su cargo y, de esa manera, quedar liberado. Así, Borda ha señalado que:

“Bajo la influencia de esta doctrina, los autores nacionales tratan todos de la mora del acreedor, distinguiéndola de la consignación y atribuyéndole aquellos efectos. *Pero nuestro Código no legisla sobre la mora del acreedor*; respecto de las obligaciones de dar (que es la materia en que esta cuestión tiene particular importancia) prevé un solo recurso para que el deudor pueda liberarse de cualquiera de las consecuencias y responsabilidades de la demora en el pago: *la consignación judicial de la cosa*. El mero ofrecimiento de pago es, según nuestra ley, irrelevante”⁽⁹⁾ (énfasis agregado).

(7) En el Libro VI, Las Obligaciones, del Código Civil existen ciertas inconsistencias en la regulación de los derechos con que cuenta el acreedor ante el incumplimiento de obligaciones de dar o de hacer. Piénsese, en primer lugar, en un contrato unilateral (o con prestación a cargo de una sola de las partes) donde el deudor tenga que prestar ciertos servicios al acreedor (obligación de hacer gratuita). Si aquél deudor incumple o cumple inexactamente con la obligación a su cargo, el acreedor podrá ejercer, respectivamente, los derechos contemplados en los artículos 1150 y 1151 del Código Civil. Así, el acreedor podrá dejar sin efecto la obligación y recurrir a un tercero para que la ejecute en sustitución de su anterior deudor. Ahora piénsese en el caso de un deudor que se obliga a donar un bien a su acreedor (obligación de dar gratuita). Si el deudor no cumple ¿qué derechos tiene el acreedor? A diferencia de lo que ocurre en el caso de las obligaciones de hacer, en este caso no existe una norma que autorice al acreedor a dejar sin efecto la obligación ni a recurrir a un tercero para procurarse un bien de similares características al que debió recibir (si es que el bien fuese fungible). El acreedor solo podrá recurrir a los tribunales para exigir la entrega forzada del bien en cuestión y, de ser el caso, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Esta diferencia de remedios (entre las obligaciones de hacer y de dar derivadas de contratos unilaterales) carece de justificación.

(8) DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. quinta edición. Volumen II. Madrid: Civitas, 2002; p. 599. A pesar de que, en la definición trascrita, DIEZ PICAZO señala que el retraso obedece a causa imputable al acreedor, más adelante (página 601 del mismo texto) el profesor español indica que no se exige culpabilidad para la configuración de la *mora credendi*, sino únicamente una negativa del acreedor (sin razón) a recibir (entendida en términos latos). Si bien consideramos que la definición trascrita es ilustrativa y clara (por ello la utilizamos), creemos (como señalamos en el acápite 2.1 siguiente) que la referencia a la causa imputable no es acertada puesto que da a entender que se requiere la culpabilidad del acreedor para que la *mora credendi* se configure.

En definición que no compartimos, ESPÍN ha señalado que “(...) se define más concretamente la mora del acreedor, (sic) como la conducta culpable del mismo que imposibilita al deudor el cumplimiento de su prestación y su consiguiente liberación”. ESPÍN CANOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil Español*. 6ta. edición. Volumen III. Madrid Revista de Derecho Privado, 1983; p. 211. La necesidad de que exista (o no) culpabilidad en el acreedor para que se configure una situación de mora es uno de los temas que cierta parte de la doctrina aun discute.

La tutela del deudor ante el incumplimiento de la carga de colaboración del acreedor

Como se podrá intuir, al privar de cualquier tutela al deudor hasta que no se efectúe la consignación (el ofrecimiento es irrelevante), se le “fuerza” a cumplir con la obligación a su cargo de la manera más inmediata posible, “privándolo” de la posibilidad de optar por esperar a que el acreedor, voluntariamente, brinde la colaboración necesaria para el cumplimiento. Esto es así porque el deudor que quiere cumplir pero no puede será responsable, hasta que no efectúe la consignación, del pago de intereses, de los riesgos del bien involucrado, de los gastos que su custodia acarree, etcétera, viéndose por ello forzado, partiendo de un actuar racional orientado a evitar tales perjuicios, a efectuar la consignación de la manera más inmediata posible.

No creemos que esta decisión legislativa sea acertada. Por el contrario, consideramos que el deudor debe tener la posibilidad de optar por esperar la colaboración del acreedor o por recurrir a la autoridad judicial y consignar la prestación a su cargo, debiendo, cualquiera sea su decisión, encontrar tutela en el ordenamiento jurídico (tutela diferenciada, pero tutela al final por cuanto el retraso no le resulta imputable).

2.1.2. La culpabilidad del acreedor

Otro de los aspectos donde la doctrina no encuentra consenso es en el relativo a la culpabilidad del acreedor como requisito para que se configure la *mora credendi*. En nuestro sistema jurídico, el artículo 1338 del Código Civil peruano alude a la “ausencia de motivo legítimo” para que el acreedor incurra en mora.

Larenz ha afirmado la irrelevancia de la culpabilidad para la configuración de la mora del acreedor en los siguientes términos:

“A diferencia de la mora del deudor, la del acreedor no exige culpa en éste (o en su auxiliar). En sentido propio no es posible semejante culpa porque el acreedor, como tal, *no está obligado*, según el criterio legal, en principio, ni a la aceptación ni a otra clase de cooperación (...) Por mora del acreedor comprende la ley todo retraso de la prestación (o más exactamente: del resultado de la prestación) causado precisamente por el acreedor, *cualquiera que*

sea el motivo en que se base. Por lo tanto, el acreedor incurre igualmente en mora tanto si rehúsa (sic) aceptar, como si (tal vez por súbita enfermedad, perturbación del tráfico o hecho semejante) no puede verificar (oportunamente) la aceptación, presuponiendo únicamente que el deudor esté dispuesto a realizar lo suyo y en situación de cumplirlo, quedando, por tanto, exclusivamente del lado del acreedor los obstáculos para el cumplimiento”⁽¹⁰⁾ (énfasis agregado).

Consideramos importante aclarar, en primer término, que el acreedor no tiene a su cargo un deber de colaboración o, como ha sido denominado por otros, un “deber libre”⁽¹¹⁾. La existencia, sea de un deber o de una obligación en cabeza del acreedor, presupondría la existencia, como contrapartida en el deudor, de un derecho subjetivo, derecho que, dependiendo del supuesto de mora del acreedor ante el cual nos encontremos, implicaría aceptar que el deudor (i) tiene derecho a dar inicio a la ejecución de la prestación a su cargo; o, (ii) tiene derecho a su liberación.

El acreedor no tiene un deber de colaboración ni el deudor los derechos antes indicados. En los casos reseñados el deudor tiene (qué duda cabe) ciertos intereses más no derechos subjetivos propiamente dichos, entendidos los últimos como otorgantes de una facultad⁽¹²⁾. Esto queda claramente evidenciado al considerar que el deudor no podría, en ninguno de los casos reseñados, recurrir a los tribunales para exigir al acreedor que reciba la prestación ofrecida o realice los actos necesarios para que el deudor pueda dar inicio a la ejecución de su prestación.

(9) BORDA, Guillermo. *Manual de Obligaciones*. 7ma. edición. Buenos Aires: Perrot, 1981; pp. 70 y siguientes.

(10) LARENZ, Karl. *Óp. cit.*; pp. 375-376.

(11) BIGLIAZZI, Lina y otros. *Derecho Civil*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Tomo I. Volumen I. Universidad Externado de Colombia, 1992; p. 447.



Luis Miguel Velarde Saffer

Lo que realmente tiene el acreedor es una carga, carga que resulta necesario observe para poder ver satisfecho su propio interés (interés que forma parte esencial de la relación jurídica obligatoria que lo une al deudor). Passarelli ha señalado que:

“(…) en el supuesto de la carga, el titular, para realizar el interés en orden a cuya tutela se le ha concedido el poder, debe no sólo ejercitar este poder, sino, además, desarrollar una actividad distinta, observar una cierta conducta. Esta conducta es *libre*, en el sentido de que no constituye el objeto de una obligación cuya inobservancia determine una sanción, pero es *necesaria*, en el sentido de que es condición de la realización del interés (...)”⁽¹³⁾.

La irrelevancia de la culpabilidad del acreedor, para la configuración de la *mora credendi*, queda evidenciada al considerar que aquél tiene una carga y no un deber. Sólo si existiese un deber (entendido en su sentido más amplio) resultaría relevante analizar la culpabilidad del sujeto pasivo del mismo, lo que podría llevarnos a concluir (de verificarse tal culpabilidad) la existencia de responsabilidad civil.

Encontrándonos ante una carga, lo único relevante será constatar si el acreedor ha cumplido o no con la misma. El factor de atribución es completamente ajeno a la configuración jurídica de la carga. Por eso no nos parece acertado que Diez Picazo, a pesar de que considere que el acreedor tiene una carga y no un deber de colaboración⁽¹⁴⁾, defina a la mora del acreedor como “(...) aquella situación en la cual se produce un objetivo retraso en la producción del resultado de prestación como consecuencia de un comportamiento que es debido a una *causa imputable* al acreedor (...)” (énfasis agregado). Dado el componente de culpabilidad inherente al concepto de causa imputable, creemos que el mismo no es apropiado para definir la institución jurídica objeto de comentario.

Aunque esto es objeto de comentario en el acápite siguiente, adelantamos que (por las mismas razones aquí esbozadas) consideramos erróneo que el artículo 1339 del Código Civil señale que “el acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso”. Dada la inexistencia de un deber, no se comprende cómo puede pesar sobre el acreedor una obligación de indemnizar. Resulta perfectamente coherente que el acreedor deba reembolsar al deudor los gastos en que este último haya incurrido habida cuenta de la *mora credendi*, pero dicho resultado puede alcanzarse recurriendo a instituciones como la gestión de negocios⁽¹⁵⁾ o, residualmente, al enriquecimiento indebido, esto es, sin la necesidad de desnaturalizar las consecuencias jurídicas que la inobservancia de una carga genera.

2.2. Concepto, requisitos y efectos a la luz del Código Civil peruano

En el acápite anterior, citando a Diez Picazo, señalamos que la mora del acreedor se verifica cuando el acreedor no brinda la colaboración requerida para que el deudor pueda cumplir o iniciar la ejecución de la prestación a su cargo. El artículo 1338 de nuestro Código Civil señala que: “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”.

La norma trascrita permite distinguir dos supuestos, a saber: aquel en que el acreedor

(12) ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría General del Derecho Civil*. Lima: Ara, 2002; pp. 170 y siguientes.

(13) PASSARELLI, F. Santoro. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Traducción y concordancias del Derecho español por A. Luna Serrano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964; p. 74.

(14) DIEZ PICAZO ha señalado que (...) 4.º La mora credendi no presupone una especial culpabilidad del acreedor moroso (...) no es la culpa lo que constituye en mora al acreedor, sino su negativa sin razón a recibir. Por consiguiente, el carácter fortuito del impedimento que puede haber obstaculizado la recepción no es suficiente para excluir la mora credendi”. DIEZ PICAZO, Luis. *Óp. cit.*; p. 601.

(15) VON THUR, Andreas. *Óp. cit.*; p. 66.

La tutela del deudor ante el incumplimiento de la carga de colaboración del acreedor

(i) no realiza los actos necesarios para que el deudor pueda ejecutar la prestación a su cargo; y, (ii) se niega a aceptar la prestación ofrecida.

En cuanto a (i), considérense los casos de un pintor que debe ingresar a una casa para pintar sus interiores y cuyo ingreso no es permitido, de un contratista que debe realizar una construcción y no puede acceder a la obra, de un profesor que debe dictar una clase y cuyo alumno no se presenta, de un mecánico que debe recibir un carro para repararlo y no lo recibe, etcétera. En todos estos casos, se requiere la colaboración del acreedor para que el deudor pueda iniciar la ejecución de la prestación a su cargo.

En cuanto a (ii), piénsese en el caso del comprador que no quiere recibir el inmueble adquirido, del arrendador que no quiere recibir el inmueble que arrendó, del comitente que rechaza la pintura que encargó preparar, etcétera. En todos estos casos, se requiere la colaboración del acreedor para que el deudor pueda liberarse de la obligación a su cargo (obligación de dar o de hacer que termina en un dar).

Bien entendido el concepto y supuestos en que se verifica la mora del acreedor, corresponde señalar sus requisitos:

- a) Que el deudor realice el ofrecimiento correspondiente al acreedor.

El ofrecimiento al acreedor es un requisito general que sufre (en los hechos) numerosas excepciones. En efecto, tal como ocurre en la mora del deudor, donde existen diversos supuestos en que la intimación no es requerida (artículo 1333 del Código Civil), en la mora del acreedor también existen diversos supuestos en los que no se requiere un ofrecimiento efectivo por parte del deudor.

Ello ocurrirá, por ejemplo, en caso el acreedor hubiese manifestado al deudor su negativa a brindar la colaboración requerida. En este caso, existiendo certeza sobre la falta de colaboración, el deudor no podrá dar inicio a la ejecución de la prestación o liberarse, según corresponda, resultando injustificado e innecesario obligarlo a realizar un ofrecimiento efectivo al acreedor.

Lo mismo ocurrirá si las partes hubiesen convenido (en el contrato correspondiente) que el lugar de entrega del bien objeto de la prestación será el domicilio del deudor. Si el acreedor no se acerca al mismo, la ausencia de colaboración quedará materializada y, por ende, la mora del acreedor también (claro está, siempre que se cumplan las demás exigencias descritas en este acápite).

Finalmente, es evidente que si el deudor no puede realizar el ofrecimiento por causa imputable al acreedor, aquél no será necesario para la configuración de la *mora credendi*.

- b) Que el deudor se encuentre, al momento del ofrecimiento o en las demás oportunidades antes señaladas, en capacidad de iniciar la ejecución de la prestación debida o de entregar el bien objeto de la misma, según corresponda.

La prestación deberá ser ejecutada de la manera exactamente convenida, es decir, cumpliendo con los requisitos de identidad, integridad e indivisibilidad de la prestación⁽¹⁶⁾.

- c) Que, al momento del ofrecimiento o en las demás oportunidades antes señaladas, la prestación en cuestión sea posible.
- d) Que, sin motivo legítimo, el acreedor no brinde la cooperación necesaria para que el deudor ejecute los actos indicados en b).

Toda vez que, como se explicó en el acápite anterior, recae sobre el acreedor una carga, la referencia a “sin motivo legítimo” no supone la necesidad de culpabilidad en el acreedor. Por el contrario, se entenderá que el acreedor

(16) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983; pp. 330-335.



Luis Miguel Velarde Saffer

tiene motivo legítimo, por ejemplo, si el deudor sorprende al acreedor con su ofrecimiento en un momento en que este último no tenía por qué brindar su aceptación⁽¹⁷⁾. No califican como motivos legítimos todos aquellos casos en que, por causa no imputable al acreedor, éste no hubiese podido brindar la colaboración requerida (aún si la hubiese querido brindar y pudiese acreditarlo).

De verificarse los requisitos antes indicados, salvo que se produzca la imposibilidad de la prestación debida (lo que no será factible tratándose, en principio, de obligaciones genéricas)⁽¹⁸⁾, el deudor seguirá obligado al cumplimiento. No obstante ello, las obligaciones y responsabilidades del deudor se verán aliviadas, conforme se explica a continuación:

a) El principal y más conocido efecto de la mora del acreedor es la transferencia del riesgo. En efecto, si bien en las obligaciones de dar, conforme a los incisos 5 y 6 del artículo 1138 del Código Civil⁽¹⁹⁾, los riesgos de deterioro o pérdida del bien (por causas no imputables a las partes) recaen sobre el deudor, una vez configurada la *mora credendi* tales riesgos se trasladan al acreedor, debiendo este último honrar su prestación incluso de verificarse cualquiera de

los supuestos antes indicados. Lo mismo ocurrirá tratándose de obligaciones de hacer cuyo cumplimiento se torne imposible sin culpa de las partes⁽²⁰⁾.

- b) En línea con lo anterior, mientras se mantenga en mora el acreedor, el deudor sólo será responsable si la imposibilidad de la prestación aconteciese por su dolo o culpa inexcusable. El segundo efecto de la mora del acreedor entonces es la atenuación de la responsabilidad del deudor, quien ya no responderá por culpa leve ni, por ende, cargará la presunción recogida en el artículo 1329 del Código Civil⁽²¹⁾.
- c) Considerando que la *mora credendi* supone la inobservancia de una carga del acreedor, el deudor sólo debería poder obtener el reembolso de los gastos incurridos habida cuenta de dicha situación. Así, por ejemplo, el acreedor deberá reembolsar al deudor

(17) VON THUR, Andreas. *Óp. cit.*; p. 63.

(18) Obligaciones genéricas donde la elección corresponda al acreedor y aun tal facultad no hubiese sido ejercida ni pasado al deudor o, en todo caso, este último -siendo el nuevo legitimado- no hubiese aun realizado la elección.

Además, es importante mencionar que aquí nos referidos a las obligaciones realmente genéricas (determinadas solo por su especie y cantidad) y no a aquellas de género limitado. Como bien ha señalado HERNÁNDEZ GIL "(...) el no perecimiento del género no tiene valor de apotegma. Se da sólo en las fórmulas más amplias de la obligación genérica, cuando la indeterminación relativa queda del lado del género y el factor determinante está constituido por la cantidad. Pero no ocurre lo mismo si, habiendo una indeterminación en la cantidad, se utilizan ciertas cualidades o circunstancias concretas en función determinadora. La cosecha de cereales que produzca la finca X, expresiva de una obligación genérica, puede perecer, y el deudor no está obligado a suministrar al acreedor cereales de distinta procedencia". HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Óp. cit.*; p. 139.

(19) Artículo 1138.-" En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:
(...)

5.- Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

6.- Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien".

(20) Artículo 1156.- "Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida".

(21) Artículo 1329.- "Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor".

La tutela del deudor ante el incumplimiento de la carga de colaboración del acreedor

los gastos asumidos en la custodia y conservación del bien durante el lapso de tiempo en que el acreedor se negó (sin motivo legítimo) a brindar la colaboración requerida.

Creemos que el artículo 1339 del Código Civil debe ser interpretado y sus alcances delimitados conforme a lo expresado en el párrafo anterior.

- d) En caso el deudor se hubiese encontrado en mora, dicha situación cesará desde el momento en que se configure la *mora credendi* (*compensatio morae*).
- e) Finalmente, tratándose de las obligaciones de dar, el deudor tendrá derecho a consignar la prestación debida, conforme se explica en el acápite siguiente.

3. El pago por consignación

El pago por consignación es un mecanismo de extinción de obligaciones. Espín ha señalado que “consiste la consignación en el depósito judicial de la prestación debida cuando el acreedor se niegue sin razón a recibirla, o no sea posible entregarla al mismo”⁽²²⁾.

El concepto transcrito permite apreciar que no sólo puede recurrirse a la consignación ante supuestos de mora del acreedor⁽²³⁾. Por el contrario, dicho mecanismo de extinción de obligaciones tiene un ámbito de aplicación bastante mayor, procediendo en todos aquellos casos en que no sea posible entregar la prestación debida al acreedor. Entre muchos otros, se reconocen dentro de esta última hipótesis los casos de (i) ausencia del acreedor; (ii) incapacidad del acreedor para recibir el pago; y, (iii) existencia de litigio sobre la titularidad del crédito. Es por ello que, de manera general, Díez Picazo ha señalado la procedencia del pago por consignación “(...) cuando el acreedor se niegue sin razón o justa causa a recibirlas o cuando por cualquier circunstancia no imputable al deudor el pago directo al acreedor no pueda hacerse”⁽²⁴⁾.

Es importante mencionar que (cualquiera sea el caso en que nos encontremos) sólo las obligaciones de dar (o las obligaciones de hacer que terminen en un dar) pueden extinguirse vía pago por consignación. Esta situación representa un grave problema para aquellos deudores que, debiendo ejecutar una prestación de hacer (por ejemplo, prestar un servicio; ejecutar una obra), no cuentan con la colaboración del acreedor y no han pactado que el contrato quedará sin efecto en este escenario. Otros ordenamientos jurídicos, como el alemán, otorgan al deudor en estos casos la posibilidad de desistirse del contrato. Comentando este remedio, Von Thur ha señalado que:

“(...) Pero, mientras que el primitivo Cód. Obl. no reconocía al deudor, en estos casos, posibilidad alguna de liberación, el texto revisado le otorga en el artículo 95, *la facultad de eximirse de su obligación desistiendo del contrato* (...) El caso más importante de aplicación del art. 95 se da en el contrato de obra, cuando el que la encarga impide que la obra encargada comience (...) negándose a realizar los actos preparatorios que a él le incumben (...) en casos tales, el empresario no tiene por qué aguardar hasta que se produzca un cambio de voluntad en la otra parte, sino que el artículo 95 le autoriza para poner fin a este estado de inseguridad desistiendo del contrato”⁽²⁵⁾ (énfasis agregado).

Al menos de manera expresa y clara, el Código Civil peruano no contempla un remedio como el antes indicado, lo que coloca en una difícil

(22) ESPÍN CANOVAS, Diego. *Óp. cit.*; p. 140.

(23) Como explicamos en el acápite 2.2 anterior, la mora del acreedor se configura cuando el acreedor (i) no realiza los actos necesarios para que el deudor ejecute la prestación; y, (ii) se niega a aceptar la prestación ofrecida. Por evidentes razones, el pago por consignación solo procede en los casos recogidos en (ii), casos típicos de obligaciones de dar. El pago por consignación no es factible en los casos contemplados en (i).

(25) VON THUR, Andreas. *Óp. cit.*; p. 72.



Luis Miguel Velarde Saffer

situación al deudor de una prestación de hacer, quien (en la generalidad de los casos⁽²⁶⁾) se encontrará a las resultas de la voluntad del acreedor. Para evitar encontrarse en esta posición, el deudor deberá recurrir al artículo 1316 del Código Civil, según el cual (en caso de imposibilidad temporal de la prestación) la obligación quedará extinguida cuando ya no pueda considerarse al deudor obligado a ejecutarla de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación.

Esta *vía de escape* es limitada puesto que supedita la extinción de la obligación a que al deudor (de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación) ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla. Sería óptimo que, para estos casos, el deudor cuente con un derecho de desistimiento, tal como ocurre en el Derecho alemán.

Un tema adicional que vale la pena destacar es el carácter enunciativo que (dentro de las hipótesis generales previstas en el Código Civil para que proceda el pago por consignación) tienen los diversos supuestos recogidos en la ley. Ello debe ser así por cuanto los hechos preceden al Derecho e incluso el legislador más atento puede no contemplar hipótesis en las que nuestro sentido común o nuestro sentido de justicia nos diga que el deudor debiera poder realizar un pago por consignación. El legislador nacional (atento a lo anterior) estableció en el artículo 1252 del Código Civil "(...) y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido".

Habiendo desarrollado algunos aspectos generales, sobre el pago por consignación, corresponde analizar sus requisitos y, posteriormente, sus efectos. Para que proceda el pago por consignación se requiere el cumplimiento de las siguientes exigencias:

- a) El inciso 1) del artículo 1251 del Código Civil establece como primer requisito "Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o lo hubiera puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación".

Una atenta lectura de la norma trascrita permite afirmar que el ofrecimiento sólo será necesario en aquellos casos en que el deudor no hubiese puesto a disposición del acreedor la prestación debida de la manera pactada.

Se entenderá que el deudor ha cumplido con lo anterior cuando, por ejemplo, se hubiese pactado que el cumplimiento se realizaría en el domicilio del deudor y el acreedor nunca se hubiese presentado al mismo. Es relevante hacer esta primera aclaración por cuanto el artículo 1252 del Código Civil (al detallar los casos en que el ofrecimiento deberá realizarse necesariamente por la vía judicial) incluye a aquel consistente en que "el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete".

Una lectura sesgada del supuesto transcrito en el párrafo anterior podría llevar a pensar que (en todos esos casos) el ofrecimiento deberá ser judicial. Dicha interpretación sería errónea y, además, generaría una gran carga sobre el deudor, por cuanto los casos en que el acreedor no brinda su colaboración son los casos típicos (de *mora credendi*) que terminan en la consignación judicial de los bienes debidos. La lectura de los artículos 1251 y 1252 del Código Civil debe realizarse coordinadamente, de modo tal que se comprenda que el ofrecimiento judicial (u otro ofrecimiento) no será exigible en todos aquellos casos en los que el deudor hubiese puesto a disposición del acreedor (de la manera pactada) la prestación debida⁽²⁷⁾.

Ahora bien, en cuanto al ofrecimiento, éste puede ser judicial o extrajudicial. Como

(26) Existen algunas excepciones (a las que se llega indirectamente) como en el caso del contrato de locación de servicios, donde el legislador ha otorgado al locador (conforme al artículo 1769 del Código Civil) la facultad de poner fin al contrato por justo motivo.

(27) Esta afirmación, no obstante, sufre ciertas excepciones, conforme se explica párrafos más adelante.

La tutela del deudor ante el incumplimiento de la carga de colaboración del acreedor

señalamos antes, nuestro legislador ha establecido para ciertos casos un ofrecimiento judicial obligatorio. Entre ellos se encuentran los siguientes supuestos (i) cuando no estuviera establecida contractual ni legalmente la forma de hacer el pago; (ii) cuando, por causa no imputable a él, el deudor estuviera impedido de cumplir la prestación de la manera prevista; (iii) cuando el acreedor no sea conocido, fuese incierto o se ignorase su domicilio; (iv) cuando el deudor se encontrase ausente; (v) cuando el deudor fuese incapaz y no tuviese representante o curador designado; y, (vi) cuando el crédito fuese litigioso.

La revisión de los supuestos en que la consignación judicial es obligatoria permite apreciar el interés del legislador de que, en casos donde el deudor no tenga certeza sobre aspectos fundamentales vinculados al cumplimiento (titularidad del crédito, ubicación del acreedor, etcétera), el deudor deba proceder de una manera segura con la finalidad de evitar o reducir la probabilidad de un futuro conflicto de intereses. Es en atención a este legítimo objetivo que, a pesar de que el inciso 1) del artículo 1251 de nuestro Código Civil permita interpretar que el ofrecimiento solo será necesario cuando el deudor no hubiese puesto a disposición del acreedor la prestación debida de la manera pactada, una lectura más conservadora debe llevarnos a la conclusión de que (al menos en casos excepcionales como los arriba mencionados) el deudor deberá siempre ofrecer judicialmente la prestación.

Para graficar lo anterior, piénsese en el caso en que el acreedor se encontrase ausente. Tomando dicha ausencia en su sentido técnico⁽²⁸⁾, resulta plenamente coherente que el deudor deba realizar el ofrecimiento por la vía judicial, por cuanto de esa forma los herederos forzosos del acreedor ausente podrán hacer valer sus legítimos derechos. A la misma conclusión lógica, se llegaría si el acreedor fuese incierto. Considérese el caso del asegurado que fallece y cuya póliza y/o declaración de beneficiarios admiten diversas interpretaciones. La compañía de seguros y la empresa contratante de la póliza (quien la contrató, digamos, en beneficio de uno de sus trabajadores) pueden tener

opiniones contrapuestas sobre la manera en que el monto asegurado debe ser distribuido. En este caso, el deudor deberá realizar el ofrecimiento judicial por cuanto no existe certeza sobre el acreedor y, además, para permitir que los diversos interesados puedan plantear sus posiciones en dicha sede.

Puede apreciarse entonces que, en casos como los reseñados y a pesar de la mala redacción del inciso 1) del artículo 1251 del Código Civil, el deudor deberá ofrecer judicialmente la prestación debida. Cuando, por el contrario, no nos encontremos en estos excepcionales casos y el deudor hubiese puesto a disposición de su acreedor la prestación debida de la manera pactada, entonces aquél no se encontrará obligado a realizar un ofrecimiento judicial.

b) El segundo requisito consiste en la negativa injustificada del acreedor en recibir la prestación debida.

La negativa del acreedor puede inferirse de acciones u omisiones. En el primer caso tenemos, por ejemplo, la respuesta expresa del acreedor negándose a recibir la prestación ofrecida. En el segundo caso, tenemos a las respuestas evasivas, a la falta de respuesta, a la inconcurrencia al lugar pactado para el cumplimiento, etcétera.

Ahora bien, en cuanto a los efectos del pago por consignación, éste (i) produce la extinción de la obligación con efecto retroactivo a la fecha del ofrecimiento (judicial o extrajudicial) o de la puesta a disposición del acreedor de la prestación debida en la forma pactada; y, (ii) hace surgir (en cabeza del acreedor)

(28) Artículo 49 del Código Civil.- "Transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia (...)".
Artículo 50 del Código Civil.- "En la declaración judicial de ausencia se ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla (...)".



Luis Miguel Velarde Saffer

la obligación de pagar los gastos en que el deudor hubiese incurrido para realizar el pago por consignación.

En cuanto a (i), el artículo 1254 del Código Civil establece que el pago se reputará válido y con efecto retroactivo (a la fecha del ofrecimiento) cuando:

- a) El acreedor no se oponga al ofrecimiento judicial dentro de los 5 días siguientes a su emplazamiento; y,
- b) La oposición del acreedor, cualquiera hubiese sido la forma del ofrecimiento, fuese desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.

Toda vez que el propio artículo 1251 del Código Civil establece el ofrecimiento alternativamente a la puesta a disposición de la prestación en la forma convenida, debe entenderse que (en la última hipótesis) la retroactividad operará a la fecha en que la puesta a disposición de hubiese verificado.

Creemos que la solución adoptada por el legislador nacional en cuanto a la retroactividad del pago por consignación es acertada. Nos parece, por el contrario, desacertada la solución argentina comentada por Borda: “Si la consignación es aceptada por el acreedor, produce todos sus efectos desde el momento del depósito (...) Pero los efectos liberatorios se producirán siempre desde el día mismo del depósito. La jurisprudencia ha reconocido invariablemente el carácter retroactivo de la sentencia de consignación”⁽²⁹⁾.

La retroactividad a la que alude Borda es, claramente, una retroactividad limitada, por cuanto el depósito se realiza en una fecha necesariamente posterior al ofrecimiento o a la puesta a disposición de la prestación.

No consideramos acertada dicha opción legislativa por cuanto perjudica injustificadamente al deudor. Este debe quedar liberado a la fecha del ofrecimiento o de la puesta a disposición de la prestación porque es desde dicha oportunidad que se encuentra apto y en capacidad de ejecutar la prestación a su cargo. De lo contrario, en la generalidad de los casos el deudor se verá obligado a asumir

los riesgos de la obligación a su cargo, los intereses, entre otros, por un período de tiempo mayor al que debería.

Por su parte, en cuanto a (ii) (gastos derivados de la consignación declarada fundada), el acreedor debe asumir todos los gastos en que el deudor hubiese incurrido para llevarla a cabo, lo que incluirá (entre otros y de ser el caso) los gastos judiciales y los gastos vinculados al depósito y custodia del bien.

4. La devolución del bien en los contratos de arrendamiento

Hasta aquí, se han explicado los supuestos en que se configura la *mora credendi* y los casos en que procede el pago por consignación. Considerando los efectos jurídicos que produce (en la relación obligatoria) la verificación de alguna de las situaciones antes indicadas, conviene ahora detenernos a analizar la manera como el legislador del Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, ha regulado la devolución del bien en los contratos de arrendamiento y cómo dicha regulación se contradice con aquella establecida para las instituciones antes indicadas.

El artículo 1706 del Código Civil establece que “En todo caso de conclusión del arrendamiento o teniendo el arrendatario derecho para resolverlo, si pone el bien a disposición del arrendador y éste *no puede o no quiere recibirlo*, aquél podrá consignarlo” (énfasis agregado).

El artículo transcrito permite la consignación del bien por el arrendatario en caso el arrendador no quiera o no pueda recibirlo⁽³⁰⁾. Esto no es nuevo. Es un derecho del deudor consignar

(29) BORDA, Guillermo. *Óp. cit.*; p. 330.

(30) Como hemos ya señalado, existiendo una carga de colaboración a cargo del acreedor (arrendador), no resultará relevante evaluar cuál fue la causa por la cual aquél no pudo recibir el bien.

La tutela del deudor ante el incumplimiento de la carga de colaboración del acreedor

el bien (en las obligaciones de dar o de hacer que terminen en un dar) si el acreedor no presta su colaboración. Lo que llama sobremanera la atención es lo establecido por el artículo siguiente, según el cual: “Desde el día en que el arrendatario efectúe la consignación se extingue su responsabilidad por la renta, salvo que la impugnación a la consignación fuese declarada fundada”.

El artículo transcrito establece una regla contraria a aquella recogida en el artículo 1254 del Código Civil. En efecto, como señalamos en el acápite anterior, dicho dispositivo establece que el pago por consignación tendrá efectos retroactivos a la fecha del ofrecimiento o de la puesta a disposición, según corresponda. Esto significa que si el acreedor no cuestiona la consignación o si la oposición del acreedor es definitivamente desestimada, se entenderá (para todos los efectos) que el pago se realizó y la obligación se extinguió en alguna de las oportunidades antes indicadas.

Pues bien, tratándose de la obligación del arrendatario de restituir el bien a su arrendador, el legislador ha establecido una regla opuesta a la anterior (excepción), según la cual la responsabilidad del arrendatario por el pago de la renta cesará *el día en que se efectúe la consignación*. Nótese que no es posible interpretar coordinadamente el artículo 1254 y el artículo 1707 del Código Civil por cuanto sus respectivos textos resultan incompatibles (el primero establece expresamente la retroactividad y el segundo establece (casi expresamente) la no retroactividad, al señalar “desde el día en que el arrendatario efectúe la consignación (...”).

Podría señalarse que, en este caso, la retroactividad es limitada por cuanto el arrendatario mantendrá la posesión del bien hasta que no efectúe la consignación, beneficiándose, por ende, de su uso. No creemos que tal presunción sea correcta. Existirán muchos casos en que (para el arrendatario) ya no sea factible y/o útil continuar poseyendo el inmueble (por ejemplo, pactó una fecha límite en su contrato de arrendamiento porque viajaría al exterior para realizar una maestría, o tiene ya otro departamento cuyo arrendamiento comienza al día siguiente de culminado el contrato de alquiler respecto del inmueble que pretende dejar). Tampoco sería correcto pensar que, a pesar de no poder usar el bien directamente, el arrendatario podría ceder su uso a algún tercero, y ello porque el arrendatario carecerá de tal facultad a menos que el arrendador expresamente lo haya autorizado. Lo importante aquí es considerar que las partes

tuvieron alguna razón para haber convenido un plazo determinado de arrendamiento o, en el caso de contratos a plazo indeterminado, para haber decidido ponerle fin al mismo. Esta sola consideración nos lleva a pensar que la regla objeto de comentario (retroactividad limitada de la consignación), en muchos casos, pone una carga pesada e injustificada sobre el arrendatario.

Si la intención del legislador consiste en que el arrendatario no ocupe “gratuitamente” el inmueble luego de haber ofrecido al arrendador su restitución, entonces podrá (cuando existan pruebas de que tal uso continuó en los hechos) obligar al arrendatario a pagar una cantidad de dinero por dicho uso al arrendador. Pero, para ello, no se requiere establecer una regla general (para los arrendamientos) de retroactividad limitada de la consignación. Dicha regla general perjudicará a todos aquellos arrendatarios que ya no quieren y/o que ya no pueden ocupar el bien. Por el contrario, en cada caso y en base a las pruebas proporcionadas por el arrendador, deberá evaluarse la situación de hecho y determinarse si corresponde obligar al arrendatario a pagar alguna compensación adicional al arrendador con la finalidad de evitar que se configure un “enriquecimiento sin causa”. La carga de la prueba de la continuidad del uso del bien debe necesariamente corresponder al arrendador.

Otra norma que llama sobremanera la atención es aquella recogida en el artículo 1711 del Código Civil, según la cual:

“Para desocupar el bien el arrendatario debe previamente recabar autorización escrita del arrendador o, *en su defecto, de la autoridad respectiva*”.

Si el arrendatario desocupa el bien sin alguna de esas autorizaciones, será responsable:



Luis Miguel Velarde Saffer

1. *De la renta* y de los pagos por los servicios a su cargo que se devenguen después de la desocupación hasta que el arrendador tome posesión del bien.
2. De los daños y perjuicios correspondientes.
3. De que un tercero se introduzca en él”.

En primer lugar, debe quedar claro que mientras los artículos 1706 y 1707 del Código Civil aluden a la consignación del bien arrendado, el artículo previamente transcrito (1711) regula su desocupación. Si bien podrían ambos temas ser regulados de manera conjunta a propósito de la consignación, hace también sentido regularlos de manera separada y diferenciada. La pregunta que corresponde absolver es si la regulación actual (que los trata de manera diferenciada) es o no coherente.

Al respecto, pensamos que las normas vigentes en esta materia generan una gran confusión. No se entiende cómo el artículo 1711 del Código Civil dispone, por un lado, que al obtener la autorización para desocupar el bien cesa la obligación de pagar la renta, y

que (por el otro) el artículo 1707 del Código Civil establezca la misma consecuencia (cese de la obligación de pagar la renta) ante la verificación de un supuesto diferente, a saber, la consignación del bien arrendado (más aun cuando esta consignación tiene un efecto retroactivo limitado).

Parece que, así como la desocupación del bien arrendado y su consignación admiten un tratamiento diferenciado, sus consecuencias también deben ser diversas. La desocupación “legal” del bien arrendado podría conllevar el cese de la responsabilidad del arrendatario por los daños que pudiese sufrir el inmueble (por ejemplo, por la intromisión de un tercero no autorizado), mientras que la consignación del mismo bien podría generar el cese de la obligación de pago de la renta con efecto retroactivo, tal como se regula el pago por consignación en el artículo 1254 y siguientes del Código Civil. Esta podría ser la manera de evitar, por un lado, las mudanzas clandestinas⁽³¹⁾, y por el otro permitir que el pago por consignación cumpla uno de sus roles fundamentales, a saber, extinguir la obligación a cargo del consignante (con efecto retroactivo a la fecha del ofrecimiento o de la puesta a disposición del bien, según corresponda).

Habida cuenta de lo expuesto, se hace necesaria y urgente la modificación de diversos artículos del Libro VII del Código Civil (artículos 1706 y siguientes) a fin de coordinarlos con la regulación establecida para el pago por consignación y para corregir aquellas inconsistencias existentes en la propia normativa que regula al arrendamiento. (15)

(31) BIGIO CHREM, Jack. *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas*. 1ra. edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2006; pp. 773 y ss.