

LA MORA

THE ARREARS

Juan Espinoza Espinoza*
Pontificia Universidad Católica del Perú y
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

The default has been regulated from a perspective focused on protecting the debtor. Nowadays, this view has become outdated and it is necessary to redesign it.

In this article, the author studies the default with the support of the Italian doctrine. In this order, he addresses issues such as the assignation of the amounts to be payed and the onus of cooperation that falls on the creditor.

KEY WORDS: *Civil Law; default; legal relationship; compensation; onus of cooperation; abuse of law.*

La mora ha venido regulándose desde un paradigma de defensa del deudor. Hoy en día, esta imagen viene a ser desfasada y es necesario actualizarla.

A lo largo del presente artículo, el autor estudia la figura de la mora apoyándose principalmente en la doctrina italiana. En este marco, toca temas como la asignación de los montos a indemnizar y la carga de cooperación que recae en el acreedor.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Civil; mora; relación jurídica; indemnización; carga de cooperación; abuso de derecho.*

* Abogado. Magister en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Superintendente Nacional de los Registros Públicos. Presidente de la Sala Especializada en Defensa de los Derechos en Salud de los Usuarios del Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD). Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Contacto: jaespino@pucp.edu.pe.

Autorizadamente, se explica que la disciplina de la mora del deudor –contenida en los artículos 1219-1222 del Código Civil italiano y 1333-1337 del Código Civil– “está inspirada largamente en modelos tradicionales, expresión de una política legislativa que responde a una realidad económico-social superada. En particular, el sistema de constitución en mora delineado por el artículo 1219 del Código Civil italiano [1333 del Código Civil], que está orientado a una particular protección del sujeto obligado, a una atención privilegiada a las obligaciones de hacer y a un excesivo formalismo, que no responde a las necesidades de la práctica y a las exigencias expeditivas del comercio.

Ya ha sido revelado en doctrina que el denominado *favor debitoris* no puede ser considerado un punto cardinal de la disciplina de las obligaciones, siendo a menudo la posición del deudor coincidente con aquella de la empresa de grande y mediana dimensión, y que las modernas exigencias del tráfico exigen directivas diversas de aquellas que han influido en la disciplina del artículo 1219 del Código Civil italiano. Además de ello, la comparación con otros sistemas como el del Code Civil (artículo 1139) y del BGB [Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil alemán] (§ 284) muestra todos los límites del sistema legislativo italiano” [el agregado es nuestro]¹.

Esta reflexión es importante si tenemos en cuenta que, con la legislación específica del denominado **Derecho de los Consumidores**, las normas que regulan el Derecho de las Obligaciones en el Código Civil quedarían para regular las relaciones jurídicas de sujetos –en línea de principio– en igualdad de condiciones. Por ello, no se justificaría, en tal contexto, una presunción a favor del deudor.

I. EL RETARDO

El retardo es una situación de carácter provisorio basada en el principio de la presunción de tolerancia del acreedor, que consiste en la omisión del cumplimiento de la obligación por parte del deudor sin que haya sido constituido en mora.

Se sostiene que “el simple retardo, en sentido estricto, se considera un hecho que no releva en modo formal para la producción de los efectos legales típicos de la mora, pero que puede relevar en concreto al fin de configurar las consecuencias de un sustancial carácter provisorio temporal de la falta de ejecución”².

Este carácter provisorio “hace impredecible el resultado final de la obligación e incierta la autonomía relevancia del mismo retardo que, por tanto, podrá absolver o no una función instrumental a la configuración del incumplimiento”³. La relevancia autónoma del simple retardo se individualiza en concreto y en relación a algunos criterios principales: (i) la naturaleza de la prestación; (ii) la no esencialidad del plazo; y, (iii) el interés del acreedor al cumplimiento tardío⁴.

El retardo implica una **presunción de tolerancia del acreedor**. Sin embargo, esta presunción “y la correlativa necesidad de constitución en mora derivan de un principio de favor para el deudor, que proviene de otros tiempos; principio inicialmente no acogido en el campo de las relaciones comerciales y, después de la unificación del derecho civil y comercial, progresivamente limitado en todo el sector del derecho privado, con una adecuación a los tiempos, en los cuales, la posibilidad de una utilización fructífera del dinero estaba abierta a la generalidad de los ciudadanos. Esta consideración justifica una aplicación restrictiva del formalismo de la constitución en mora; por ello, se comparte, la constante orientación jurisprudencial (italiana) que admite la resolución del contrato cuando el retardo sea insostenible, aunque haya faltado una preventiva constitución en mora”⁵.

Es importante tener en cuenta que “si la prestación contractual aún es posible y es requerida por el acreedor, es a ésta a la cual hay que referirse para establecer si haya habido, y hasta que momento, tolerancia del acreedor y desde cuando, en cambio, hay mora: el resarcimiento del daño por retardo se calcula a partir del momento de la mora”⁶.

Se afirma que el retardo puede producir ciertos efectos, como el mantenimiento del contrato o

¹ VISINTINI, Giovanna. “Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222”. En: SCHLESINGER, Piero (director). “Il Codice Civile. Commentario”. Segunda edición. Milán: Giuffrè. 2006. pp. 479-480.

² MAZZARESE, Silvio. “Clausola penale. Artt. 1382-1384”. En: SCHLESINGER, Piero (director). “Il Codice Civile. Commentario”. Milán: Giuffrè. 1999. p. 227.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ TRIMARCHI, Pietro. “Il contratto: inadempimento e rimedi”. Milán: Giuffrè. 2010. p. 51.

⁶ *Ibid.* pp. 51-52.

la resolución⁷. De ello, se concluye que existe una suerte de “tripartición entre retardo, mora (denominada *ex persona*) e incumplimiento definitivo, capa una de estas hipótesis produce específicos efectos en relación al tipo de relación al cual está vinculada”⁸.

En cambio, “retardo y mora coinciden en las hipótesis en las cuales no se configura la intimación del acreedor (denominado *mora ex re*); en estos casos, o el problema de la imputabilidad ni se considera (rechazo de cumplimiento, subsistencia del acto ilícito) o el retardo es expresión cierta de incumplimiento: piénsese en las obligaciones pecuniarias, para las cuales no se puede perfilar la imposibilidad objetiva de cumplimiento, salvo excepciones tan marginales de ser meramente teóricas”⁹.

II. LA CONSTITUCIÓN EN MORA O INTIMACIÓN

La mora es una situación jurídica calificada de retardo imputable al deudor o al acreedor que consiste en un efecto legal automático del pedido de cumplimiento o de que se acepte el cumplimiento, según sea el caso, y que produce la consecuencia de generar responsabilidad por los daños que se ocasionen a la contraparte, así como la asunción de los riesgos por la imposibilidad del cumplimiento de la obligación. Mientras que la intimación es un acto jurídico *strictu sensu*, porque está dirigida a solicitar el cumplimiento al deudor –o a que el acreedor acepte el cumplimiento– y a no modificar la propia esfera jurídica.

Se afirma que “la constitución en mora vale simplemente para manifestar el interés al inmediato cumplimiento: no es un negocio jurídico, porque no constituye, modifica ni extingue, relaciones jurídicas. Puede ser efectuada por un tercero encargado, *nuncius* o representante, y en este último caso no es necesario que el poder sea conferido por escrito”¹⁰. En materia de formalidad, “no es necesaria alguna fórmula específica, basta que la declaración emitida por el acreedor denote su vo-

luntad de obtener la prestación debida: un pedido de un encuentro para discutir cómo planificar la ejecución no es un pedido de cumplimiento; lo mismo la invitación a transigir una controversia o para la advertencia de hacer valer las acciones correspondientes”¹¹.

Es importante tener en cuenta que “la denuncia de un siniestro a la compañía de seguros es una idónea intimación”¹². También, “el envío del recibo preventivo del profesional, aunque no fuese bajo la forma de una factura, sino del detalle de las actividades acompañado de los honorarios, reservando la emisión del documento al momento del pago, es un pedido de pago salvo que conste una voluntad diversa”¹³. Por ello, “el contenido de la intimación depende del tipo de prestación debida”¹⁴.

Por otro lado, “se ha dicho que, frente a la certidumbre del *an debeatur*, mientras haya incertidumbre sobre el *quantum*, el deudor no estaría en mora porque el crédito no es aun líquido: se trata de una antigua teoría por la cual *in illiquidis non fit mora*, rechazada desde hace tiempo”¹⁵. En consecuencia, “la solución contraria se obtiene relevando que, en estas hipótesis, se configura una situación de resarcimiento del daño y no de la obligación de entrega de cosas específicas puesto que, contrariamente a esta idea, el deudor será en mora o al momento del hecho, si se trata de un ilícito extracontractual, o como consecuencia de la demanda judicial, si se trata de daños diversos, puesto que las consecuencias de la dificultad de la liquidación del daño quedan a cargo de su autor, sobre la base de la regla general puesta por el artículo 1218 del Código Civil Italiano [artículo 1317 del Código Civil]” [el agregado es nuestro]¹⁶.

En cambio, “cuando la intimación tenga por objeto una prestación menor de lo debido, producirá efectos por la cantidad solicitada, dado que se deberá presumir la tolerancia del acreedor por la parte no pedida, mientras que el deudor, si quisiese liberarse enteramente, deberá ofrecer toda la prestación; si el pedido es mayor de lo debido, pro-

⁷ SICCHIERO, Gianluca. “Comentario” al artículo 1219 del Código Civil italiano. En: GABRIELLI, Enrico (director). “Comentario del Codice Civile, Delle Obbligazioni”. Turín: UTET. 2013. p. 51.

⁸ Ibid. p. 52.

⁹ Ibídem.

¹⁰ TRIMARCHI, Pietro. Op. cit. p. 54.

¹¹ SICCHIERO, Gianluca. Op. cit. p. 57.

¹² Ibid. p. 58.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Ibid. p. 59.

¹⁵ Ibid. p. 60.

¹⁶ Ibídem.

ducirá efectos en la medida debida”¹⁷. En el caso que la intimación se haga antes del vencimiento o con modalidades diversas, “no hace falta que el deudor se constituya en mora porque sólo vale como propuesta de modificación de la prestación debida, a la cual el deudor ni siquiera está obligado a responder”¹⁸.

En general, “la solicitud de una prestación de diverso contenido vale como una propuesta de *datio in solutum* (artículo 1197 del Código Civil Italiano) [artículo 1265 del Código Civil] y no constituye en mora al deudor, que no está obligado a aceptarla, sino sólo a cumplir la prestación originaria en los términos del contrato o de la ley” [el agregado es nuestro]¹⁹. Si, en cambio, “la intimación a cumplir antes del vencimiento contuviese una fórmula que confirme la voluntad de recibir la prestación en el plazo pactado, en el caso de no poder modificar unilateralmente la obligación original, valdrá como una regular intimación al vencimiento efectivo y con las modalidades debidas”²⁰.

Debido a que la constitución en mora es un efecto legal automático del pedido de cumplimiento, “no es necesario que el acreedor comunique la voluntad de producir esta consecuencia; en cambio, será necesario, cuando con el pedido del cumplimiento se entienda evitar la constitución en mora del intimado, que se precise tal propia voluntad en sentido inequívoco, por ejemplo, concediendo una dilación”²¹.

La intimación es un acto jurídico *strictu sensu* “porque está dirigida a solicitar el cumplimiento al deudor y a no modificar la propia esfera jurídica”²². En tanto acto jurídico, puede ser pasible de invalidez. En materia de anulabilidad, “la intimación puede ser viciada por error en su contenido: por ejemplo, en el haber mal determinado el plazo para el cumplimiento o la cantidad de mercancía que el deudor debe entregar, entre otros; en tal caso el que intima podrá rectificar la intimación o revocarla, ya

que es de su interés evitar una posible *litis* sobre el carácter infundado de la pretensión”²³.

En tal sentido, “cuando la advertencia sea, por ejemplo, por error (motivo) de que intima, el acreedor podría limitarse a revocarla sin necesidad de motivarla en la reconocibilidad del error por parte del destinatario (artículo 1428 del Código Civil Italiano) [203 del Código Civil], en cuanto el interés a tutelar es sólo el del declarante, a la correcta formación de la propia voluntad contenida en la intimación” [el agregado es nuestro]²⁴.

La intimación también puede provenir de un tercero, siempre que tenga poderes otorgados por el *dominus* acreedor. Se afirma que “la intimación puede ser entregada por el mero *nuncius* que, como portador, no tiene necesidad de algún poder, mientras es indispensable cuando sea comunicada por un tercero; pero sin necesidad de forma escrita”²⁵. La intimación puede contener un plazo o una condición suspensiva, por ejemplo, “si el acreedor solicita el cumplimiento del deudor a construir un inmueble sobre un terreno apenas la municipalidad haya otorgado la licencia de construcción, el efecto de la intimación será diferido a tal momento”²⁶.

En cuanto a la **forma**, “[l]a única prescripción en orden a la intimación es que sea efectuada en forma escrita, que, según una tesis, se referiría a la forma de la prueba de la intimación y no de la intimación misma”²⁷. Nada se dice sobre la lengua en la cual se redacta la intimación; “sin embargo, es obvio que la comunicación está dirigida a constituir en mora al deudor que no cumpla tempestivamente y, por consiguiente, debería ser redactada en una lengua comprensible al intimado”²⁸. Queda excluido que “la intimación sea eficaz si se expresa con términos latinos (*illico et immediate, hic et inde*) no traducidos, salvo que el intimado tenga un conocimiento adecuado en concreto”²⁹.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibid.* p. 61.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibid.* p. 63.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibid.* p. 64.

²⁶ *Ibid.* p. 66.

²⁷ *Ibid.* p. 69, quien cita a BENATTI, Francesco; GIORGIANNI, Michele; MAGAZZÚ, Andrea y Renato MICCIO.

²⁸ *Ibid.* p. 70.

²⁹ *Ibidem*.

En mi opinión, estos supuestos deben ser interpretados a la luz del principio de la buena fe, contenido en los artículos 168 y 1362 del Código Civil. Entonces, “la forma debe ser escrita y como tal debe entenderse la intimación contenida en un documento destinado a resistir en el tiempo que, a ver bien, ni siquiera el papel puede asegurar sin límites. La función de la forma escrita es la de poder aportar el documento al proceso evitando la prueba testimonial, así el requisito será satisfecho a prescindir del tipo de mecanismo de escritura utilizado, que la ley no ha entendido regular”³⁰.

La intimación puede ser realizada, incluso, mediante correo electrónico. En efecto, al no establecerse una formalidad específica para la constitución en mora, se aplica el artículo 143 del Código Civil, que regula el principio de libertad de forma. Máxime cuando el primer párrafo del artículo 141-A del Código Civil, prescribe lo siguiente:

Artículo 141-A.-

“En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo [...]”.

Por ello, “en realidad, la cuestión no parece limitarse a un problema de prueba: si el acreedor presenta en juicio una copia impresa de una intimación enviada por correo electrónico no certificado, de la cual el deudor no contesta la recepción o quizá haya respondido incluso negando, se tratará de verificar si el documento escrito contenga o no una válida intimación”³¹. En efecto, “el documento asume la forma escrita en el momento en el cual es impreso, no cuando se elabora, lo que sucede en forma electrónica: si el intimado responde a la intimación, por ejemplo, diciendo que no la considera válida porque ha sido hecha en forma electrónica no certificada y no escrita, no será la posterior impresión del papel a transformar en forma escrita una intimación de origen electrónico”³².

Respecto de la **comunicación**, la intimación es un acto unilateral receptivo, esto es, “dirigido a una

persona determinada, el cual produce efectos desde el día en el cual es conocido por el intimado (artículo 1334 del Código Civil Italiano)”³³.

A propósito de los **sujetos**, “la intimación debe provenir del acreedor y es productiva de efectos incluso si fuese incapaz, porque no es un acto de gestión del patrimonio sino una simple intimación de cumplimiento”³⁴. Por la parte del deudor, “la intimación debe llegar a su legítimo destinatario, o al deudor que sea capaz al momento de la recepción, en efecto, aunque el cumplimiento es un comportamiento debido y no discrecional, cuando el deudor sea incapaz podría no comprender el significado del pedido; ni podría entender donde deba cumplir actos jurídicos, por ejemplo, concluir un contrato definitivo, siendo obligado en fuerza de un contrato preliminar cuando era capaz”³⁵.

Así, “en caso de incapacidad declarada, la intimación deberá estar dirigida al representante legal; si en cambio, el deudor es incapaz pero carente de representante, el acreedor deberá activarse para la declaración de incapacidad, porque en estas hipótesis, en el conflicto entre el acreedor que desee recibir el cumplimiento y el deudor incapaz, el código [italiano, al igual que el peruano] ha antepuesto la tutela del segundo al primero” [el agregado es nuestro]³⁶.

Por ello, “en general, en el balance de los intereses, el ordenamiento ha considerado preferible la tutela del incapaz respecto a la protección del sujeto capaz; por otro lado, puesto que no existe ningún sistema para impedir la existencia del riesgo de la imposibilidad sobrevenida, se tratará solo de decidir sobre quien debe pesar y, a tal fin, las [...] normas se inclinan por la protección del sujeto débil. De lo dicho, si subsiste la incapacidad no declarada de actuar y falte un representante legal del acreedor incapaz, el acreedor no podrá intimar el cumplimiento a la persona del incapaz”³⁷.

En el caso de las **obligaciones solidarias**, “la intimación recibida por uno de los deudores no constituirá en mora a los otros”³⁸. Ello en virtud del artículo 1308 del Código Civil Italiano y el 1194 del Código Civil. Este último prescribe que:

³⁰ Ibid. p. 71.

³¹ Ibid. p. 72.

³² Ibídem.

³³ Ibídem.

³⁴ Ibid. p. 80.

³⁵ Ibid. p. 81.

³⁶ Ibídem.

³⁷ Ibid. p. 82.

³⁸ Ibídem.

Artículo 1194.-

“La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.

La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros”.

Con mayor razón, en el caso de las **obligaciones mancomunadas**. En efecto, “el acreedor deberá constituir en mora a todos los deudores y cada uno de ellos responderá solo por la propia parte del débito; es verdad que, en esta hipótesis, la pérdida de la cosa parece difícil de plantear porque tendencialmente la mancomunidad se tiene cuando la prestación sea divisible; en consecuencia, la imposibilidad podría afectar sólo la parte del bien del deudor intimado, siempre que se trate de una prestación divisible infungible”³⁹.

El artículo 1333 del Código Civil regula que:

Artículo 1333.-

“Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor”.

Como se ha advertido, la función de estos supuestos se encuentra en “la eliminación de cualquier obstáculo formal al acreedor para el traslado del

riesgo por pérdida de la prestación”⁴⁰. De esta previsión, se puede decir –al igual que del artículo 1219 del Código Civil Italiano– que “a la enunciación de la regla siguen inmediatamente limitaciones de un alcance tan amplio capaces de revertir la aparente relación de regla y excepción, manifestando que, en realidad, la necesidad de constitución en mora es excepcional”⁴¹.

Ahora bien, “en los casos en los cuales la intimación sea presupuesto de la mora, su función ha sido individualizada en la necesidad de impedir que el silencio del acreedor pueda ser interpretado socialmente como un acto de tolerancia, que debe imponerse al acreedor en virtud del principio de buena fe”⁴². En este sentido, “obviamente, el eventual cumplimiento tardío no elimina la obligación de resarcir los daños previstos en el artículo 1218 del Código Civil Italiano [artículo 1317 del Código Civil], impidiendo sólo la resolución del contrato, cuando esta fuese la fuente de la obligación porque el recibir el cumplimiento tardío demuestra cómo el retardo no fuese esencial a los efectos del artículo 1457 del Código Civil Italiano (que se refiere al plazo esencial)” [el agregado es nuestro]⁴³.

En cambio, “cuando la obligación deviene imposible durante la mora del deudor, se cristalizan las consecuencias del incumplimiento, surgiendo la obligación resarcitoria regulada por el artículo 1218 del Código Civil Italiano [artículo 1317 del Código Civil], mientras que el deudor se podrá hacer valer de la prueba liberatoria indicada en el artículo 1221 del Código Civil Italiano [artículo 1336 del Código Civil], dentro de los límites que la misma disposición indica” [el agregado es nuestro]⁴⁴.

En suma, “la disciplina de la mora presupone un cumplimiento aún posible, refiriéndose la posibilidad a la satisfacción del interés del acreedor y no a la simple realización de la prestación misma”⁴⁵.

En términos generales “la disciplina de la mora es dispositiva y, por consiguiente, derogable, pudiéndose, por ejemplo, pactar la intimación también en casos excluidos por la ley o prever la mora automática sin necesidad de intimación”⁴⁶. En efecto, “no existen razones para impedir a los contrayentes acordar que la mora sea automática en los casos

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibid. p. 86.

⁴¹ TRIMARCHI, Pietro. Op. cit. p. 49.

⁴² SICCHIERO, Gianluca. Op. cit. p. 52.

⁴³ Ibid. p. 54.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibid. p. 56.

que consideren determinar, debiendo sólo verificar que la disciplina de una determinada materia no prevea normas inderogables⁴⁷.

Si se configuran los supuestos regulados en el artículo 1333 del Código Civil, “se producen inmediatamente los efectos de la mora y aquellos previstos por reglas diversas: el acreedor podrá cobrar la penalidad, actuar en juicio tanto para obtener eventuales medidas cautelares como para el cumplimiento, la resolución y el resarcimiento de los daños, según sea el caso⁴⁸. Particularmente, en el caso del inciso 3 del artículo 1333 del Código Civil, “se pone el problema del transcurso de los efectos del rechazo, que podría fijarse o desde cuando el rechazo se haya manifestado o desde el momento del vencimiento del plazo eventualmente previsto para el cumplimiento; mientras que, cuando el rechazo llegue después del vencimiento del plazo, para las obligaciones que imponen la intimación, el efecto se producirá desde el rechazo⁴⁹.

Frente al supuesto de la declaración, de no querer cumplir anterior al vencimiento del plazo, se afirma que “ésta es operativa, o sea, produce la situación de mora, sólo al momento del vencimiento, y por su naturaleza no negocial, hasta tal momento es plenamente revocable⁵⁰. En contraposición a este temperamento, se sostiene, con razón, que “frente a una declaración de tal tipo, la voluntad del deudor es manifestada en modo claro e inequívocable y, por consiguiente, someter al acreedor a la necesidad de esperar el vencimiento para verificar si el deudor cambie de comportamiento es una tesis contraria al principio de buena fe contractual⁵¹.

Ahora bien, “el deudor podrá eliminar los efectos del rechazo, no sólo retirando o revocando la declaración, sino también cumpliendo la prestación; sin embargo, el cumplimiento deberá realizarse, con la condición que el interés del acreedor no se haya perjudicado definitivamente⁵².

Puede darse que el rechazo después revocado haya ocasionado daños; “en tal caso, si el interés a la prestación principal no haya sido comprometido o satisfecho de otra manera, el acreedor deberá comportarse correctamente (artículo 1175 del Código Civil Italiano) [artículo 1362 del Código Civil] y recibir la prestación, también a los efectos del artículo 1227 del Código Civil Italiano [artículos 1326 y 1327 del Código Civil], otro es su derecho a la reparación de los daños mismos” [el agregado es nuestro]⁵³.

En el caso de controversia sobre la subsistencia actual del interés del acreedor a recibir la prestación en retardo, “la carga de la prueba dependerá de la existencia o no de un plazo: si este no era esencial o no subsistiese en origen, será el acreedor que afirme su propio desinterés a demostrarlo, en cuanto el defecto de origen del plazo demostrará que el vencimiento no era esencial⁵⁴.

Para que el rechazo al cumplimiento genere la mora, éste debe ser ilegítimo⁵⁵. Por ejemplo, si el deudor invoca la excepción de incumplimiento ex artículo 1426 del Código Civil, éste no estará en mora.

Se entiende por **purgación de la mora** “la extinción de los efectos de la mora derivada del cumplimiento de débito y a la remoción de las ulteriores consecuencias producidas por la mora⁵⁶. La **cancelación de la mora** se produce por la renuncia del acreedor⁵⁷. La **interrupción de la mora** se configura “cuando el retardo no sea imputable al deudor; pero quedan a cargo suyo las consecuencias por el retardo ya producido⁵⁸. La **suspensión de la mora** se da cuando el acreedor tolera el retardo⁵⁹.

A propósito de la purgación, “la liberación del deudor en mora se produce si él cumple tardíamente; pero resarcido todos los daños, obviamente, se necesitará el consentimiento del acreedor cuando el cumplimiento con retardo pueda no satisfacer

⁴⁷ Ibídem.

⁴⁸ Ibid. p. 87.

⁴⁹ Ibid. p. 89.

⁵⁰ MAGAZZÙ, Andrea. “Mora del debitore”. En: “Enciclopedia del Diritto”. Volumen VII. Milán: Giuffrè. 1976. p. 943.

⁵¹ SICCHIERO, Gianluca. Op. cit. p. 90.

⁵² Ibid. p. 92.

⁵³ Ibídem.

⁵⁴ Ibid. p. 93.

⁵⁵ Ibídem.

⁵⁶ Ibid. p. 99.

⁵⁷ Ibídem.

⁵⁸ Ibídem.

⁵⁹ Ibídem.

su interés, lo que no sucede casi nunca para las obligaciones pecuniarias, aun prospectándose el caso del mayor costo sostenido por el acreedor para ubicar en otro lado el dinero no pagado tempestivamente, por ejemplo, afrontando el costo de un mutuo⁶⁰.

En la interrupción de la mora, “el problema es si sea posible configurar el traslado del riesgo de pérdida de la prestación, del deudor al acreedor, cuando el retardo inicialmente imputable, se convierta después en no imputable⁶¹. Ello “presupondría que el riesgo vinculado al propio incumplimiento no incluya tal aspecto, esto es, la hipótesis en la cual un factor externo incida sobre la imputabilidad del retardo generado, trasladando el riesgo del deudor al acreedor⁶².”

En la suspensión de la mora, “es una cuestión de hecho verificar si y en qué medida el acreedor haya renunciado, en todo o en parte, a los efectos de la intimación: en tal sentido, la tolerancia tiene un valor contrario al contenido de la intimación y, entonces, será necesario verificar si el acreedor haya renunciado en realidad completamente a la intimación o haya concedido al deudor un plazo ulterior, manteniendo firmes los efectos de la intimación a su cese. Sin embargo, es claro que la renuncia temporal a la intimación que deriva del nuevo plazo o, si se prefiere, la suspensión de los efectos de la mora, comporta que el riesgo sea regulado como antes de la intimación misma⁶³.”

¿A partir de qué momento se configura la mora en el caso de un incumplimiento contractual que implica una obligación de dar sumas de dinero que deben ser determinadas mediante resolución judicial o arbitral? El artículo 1334 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 1334.-

“En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985”.

En efecto, en materia de responsabilidad extracontractual, el artículo 1985 del Código Civil regula que:

Artículo 1985.-

“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. **El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño**” [el énfasis es nuestro].

De esta disposición, se entiende claramente que la sola configuración de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual es *per se* suficiente, “por la connotación de desvalor que lo caracteriza⁶⁴, para la constitución en mora del deudor-dañante.

La octava disposición complementaria del Decreto Legislativo 1071, que norma el Arbitraje, que entró en vigencia el 01 de setiembre de 2008, regula que:

Octava Disposición Complementaria:

“Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334 y 1428 del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje”.

En el supuesto de incumplimiento contractual que implique una obligación de dar sumas de dinero –que deberán ser determinadas arbitral o judicialmente–, el artículo 1985 del Código Civil es inaplicable, ya que se refiere a un supuesto de responsabilidad extra-contractual. Si es a nivel judicial, será “a partir de la fecha de la citación con la demanda”. En el caso de que la controversia sea ventilada en el fuero arbitral, resultan plenamente aplicables el artículo 1334 del Código Civil y la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 1071, que norma el Arbitraje, y será a partir de “la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje”.

III. EFECTOS DE LA MORA EN EL RIESGO

Si bien el deudor constituido en mora asume los riesgos por los daños –por retraso o por imposibilidad sobreviniente– ocasionados al acreedor, aquel no será responsable si acredita la causalidad alternativa hipotética de que el daño se hubiera producido igualmente aún si la prestación hubiera sido ejecutada oportunamente.

⁶⁰ Ibid. p. 100.

⁶¹ Ibid. p. 101.

⁶² Ibídem.

⁶³ Ibid. p. 102.

⁶⁴ Ibid. p. 88.

El artículo 1336 del Código Civil norma lo siguiente:

Artículo 1336.-

“El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aún cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación; aunque se hubiese cumplido oportunamente”.

Dentro de los efectos de la mora del deudor, está el riesgo del deudor por la sola circunstancia objetiva de su comportamiento⁶⁵. Similar prescripción existe en el caso de quien ha recibido de mala fe lo indebidamente pagado. Así, el segundo párrafo del artículo 1269 del Código Civil prescribe que:

Artículo 1269.-

“[...] El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido.

Además, **responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.**

Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó” [el énfasis es nuestro].

Volviendo al artículo 1336 del Código Civil, este modelo ha sido calificado como de “un pasaje del riesgo”⁶⁶ del acreedor al deudor. Es importante tener presente que “la regla encuentra aplicación también fuera de las hipótesis de entrega de cosas determinadas, ya que se refiere a todo caso en el cual la prestación devenga en imposible, por ejemplo, cuando el bien prometido con el contrato preliminar no pueda más ser transferido, dado que aquí la prestación imposible es la de hacer adquirir la propiedad. Igualmente, también las prestaciones de dar pueden convertirse en imposibles, por ejemplo, si el profesional se ausenta en el momen-

to de tener que realizar la propia actividad y ésta no se pueda postergar”⁶⁷.

En lo que a la obligación de resarcir los daños se refiere, ésta “tendrá un doble contenido: primero, el sustitutivo de la prestación destruida, siendo evidente como se puede hablar sólo con fines descriptivos de *perpetuatio obligationis*. En segundo lugar, como remedio a las eventuales consecuencias ulteriores que se derivan del incumplimiento”⁶⁸ (artículo 1321 del Código Civil).

Téngase en cuenta que la intimación en mora produce también el efecto de la interrupción de la prescripción (inciso 2 del artículo 1996 del Código Civil).

El modelo contenido en el artículo 1269 del Código Civil también se encuentra en materia de comodato. Así, el artículo 1741 del Código Civil norma que:

Artículo 1741.- “El comodatario que emplea el bien para un uso distinto o por un plazo mayor del convenido es responsable de la pérdida o deterioro ocurridos por causa que no le sea imputable, salvo que pruebe que estos hechos se habrían producido aún cuando no lo hubiese restituido en su oportunidad”.

Como se advierte, esta consecuencia “no constituye en absoluto una especial ni ulterior sanción subsiguiente de la mora, tratándose nada más que de las consecuencias del incumplimiento por el retardo en la ejecución de la prestación”⁶⁹. Por ello, “el problema sólo se pone cuando el deudor haya sido constituido en mora, mientras que, antes de aquel momento, la regla no operaría: en tal caso, el deudor se liberará si prueba que la imposibilidad sobrevinida no le es imputable”⁷⁰. Recordemos que el artículo 1317 del Código Civil norma que:

Artículo 1317.- “El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”.

Sin embargo, en este contexto, el deudor no se liberará “del hecho ulterior por el cual la prestación se perdería incluso con el acreedor”⁷¹.

⁶⁵ Ibid. p. 124.

⁶⁶ BRECCIA, Umberto. “Le obbligazioni, Trattato di Diritto Privato”. Milán: Giuffrè. 1991. p. 599.

⁶⁷ SICCHIERO, Gianluca. Op. cit. pp. 124-125.

⁶⁸ Ibid. p. 125.

⁶⁹ SICCHIERO, Gianluca. Op. cit. p. 126.

⁷⁰ Ibídem.

⁷¹ Ibídem.

No se puede configurar la imposibilidad en las obligaciones genéricas (como las pecuniarias). Viene en auxilio la regla *genus nunquam perit*. Asimismo, “una vez que el deudor se constituya en mora, no podrá alegar en su favor la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, en cuanto la disposición en examen [el modelo contenido en los artículos 1221 del Código Civil Italiano y 1336 del Código Civil] se refiere exclusivamente a la imposibilidad sobrevenida y no a otros eventos que el código prevé para diversos casos” [el agregado es nuestro]⁷².

Sobre la frase “la causa no imputable habría afectado la prestación; aunque se hubiese cumplido oportunamente” a la que se refiere el artículo 1336 del Código Civil, se utiliza el argumento de la eficiencia económica. Así, se hace la siguiente pregunta: “¿Es eficiente la condena del deudor, es decir, la transferencia de su riqueza a las manos de acreedor, si el acreedor no habría podido hacer propia la riqueza económica vinculada al cumplimiento?”⁷³. Téngase presente que “el deudor en mora responde independientemente de la culpa que tenga en la pérdida del bien”, por cuanto se trata de una “responsabilidad sustancialmente en términos de imputabilidad del comportamiento”⁷⁴.

La prueba de la pérdida de la prestación en manos del acreedor incumbe al deudor que la alega. Es importante tener en cuenta el lugar donde debía ejecutarse la prestación, lo cual no coincide, necesariamente, con el domicilio del acreedor. Piénsese en el supuesto que el acreedor señale un tercero a quien deba efectuarse el pago (artículo 1224 del Código Civil).

Ahora bien, “la interrupción del nexo causal entre retardo y pérdida de la prestación que deriva del segundo y diverso evento respecto al ocurrido al deudor es, sin embargo, una cuestión de hecho vinculada a los eventos de la vida y no valorizada en abstracto”⁷⁵. Se pone como ejemplo el caballo que debió ser entregado a efectos de aparearse, pero muere al día siguiente. “Evidentemente un daño se ha realizado, aunque limitado a una hipótesis específica: entonces, el daño puede subsistir, aunque en una medida reducida”⁷⁶.

Así, “el deudor no se libera simplemente probando que el bien se perdería también en las manos del deudor, debiendo también demostrar que, en el período transcurrido entre el vencimiento del plazo y la pérdida que se habría derivado por el segundo evento, el acreedor no habría obtenido ninguna utilidad respecto al *id quod prelumque accidit*, es decir, a la normal renta que el bien produce”⁷⁷.

En tal análisis, “que puede ser a veces muy difícil, deberá tenerse en cuenta también la denominada pérdida de **chance**, porque el caballo de carrera que no participa a una competencia no representa, por cierto, una pérdida cierta del primer premio, sino sólo de la posibilidad de participar a la carrera y de vencer el premio”⁷⁸.

El artículo 1337 del Código Civil prescribe que:

Artículo 1337.- “Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios”.

La carga probatoria de la inutilidad de la obligación corresponde al deudor. Piénsese en el caso de un contrato con plazo esencial, en el cual un chofer, con su automóvil, debería llevar a la novia a una hora específica a la iglesia para casarse.

IV. LA MORA CREDENDI

El artículo 1338 del Código Civil regula lo siguiente:

Artículo 1338.- “El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

Con acierto se sostiene que “el deudor y el acreedor están obligados a deberes recíprocos de protección, fundados en la buena fe y en la corrección, en fuerza de los cuales cada uno debe, en la ejecución de la prestación, asegurar que la persona y bienes del otro no sufran daños. Estos deberes tienen una ubicación autónoma en la estructura de la

⁷² Ibid. p. 127.

⁷³ Ibid. p. 128.

⁷⁴ Ibid. p. 133.

⁷⁵ Ibid. p. 135.

⁷⁶ Ibídem.

⁷⁷ Ibídem.

⁷⁸ Ibídem.

obligación y no son instrumentales a la ejecución de la prestación principal; pero tienen la finalidad de proteger las personas y los bienes de las partes de peligros de daño vinculados con tal ejecución; su existencia, entonces, hace que la obligación tenga una estructura compleja en la cual estos se colocan *junto*, y no *dentro* de la obligación principal de prestación⁷⁹.

De tal manera que, en todo contrato, podemos individualizar:

- i. La obligación principal.
- ii. El deber de protección –fundado en la buena fe objetiva–, que se traduce en un comportamiento dirigido a no lesionar ni a la persona ni al patrimonio de la contraparte.

En este sentido, calificada doctrina argentina afirma que “ambos sujetos –acreedor y deudor– deberán cooperar para que se logre el fin perseguido (cumplimiento de la prestación); al orden jurídico le interesa que se haga efectiva la colaboración entre los sujetos⁸⁰. Ello se traduce en un “deber secundario de conducta”, en el cual “tengan que colaborar el uno con el otro, poniendo cada uno de su parte los medios necesarios para que pueda ejecutarse debidamente y en tiempo la prestación debida⁸¹”.

En mi opinión, lejos de considerar que el deudor tiene el “derecho de pagar”, entiendo que tiene el “**legítimo interés** –vale decir, una situación jurídica de ventaja inactiva– **a liberarse de la obligación**”: el pago es una situación jurídica de desventaja activa que no puede ser –al mismo tiempo– de ventaja. Por esto, se sostiene que “la actuación de la relación obligatoria, a través de la cual se logra la satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor, se realiza con la asunción, por ambas partes, de los comportamientos que les corresponden a sus respectivas situaciones jurídicas⁸²”.

Así, se constata “un interés jurídicamente protegido del deudor en relación a su liberación y a no ver agravada su posición como consecuencia de la omisión de la cooperación del acreedor. En tal sentido, el ordenamiento jurídico le proporciona dos instituciones: los procedimientos liberatorios y la mora del acreedor⁸³. Es dentro de este contexto que el comportamiento del acreedor debe estar dirigido a que el deudor cumpla con su obligación, no entorpeciendo su actuar jurídicamente relevante; recibir, en su oportunidad, el pago y, una vez efectuado, que el acreedor lo libere (piénsese en el caso que un consumidor ha pagado la totalidad de su deuda a una entidad financiera y ésta lo sigue reportando como deudor).

El problema se encuentra en determinar la **naturaleza jurídica de la situación de cooperación del acreedor**: comparto plenamente que se trata de una **carga** (situación jurídica dependiente o accesorio de una situación jurídica autónoma de ventaja activa –derecho– que consiste en un deber de actuación en interés propio cuyo incumplimiento acarrea la no producción de los efectos positivos de dicho derecho)⁸⁴. Con razón se sostiene que la naturaleza de la carga “se explica como requisito o condición previa para el ejercicio de una situación jurídica de ventaja, es decir, mientras no se cumpla con la carga impuesta, el titular de la carga (que a la vez es titular de una situación jurídica de ventaja activa) no podrá ejercitar tal situación de ventaja principal⁸⁵”.

Sin embargo, en el caso concreto de la mora del acreedor, nos encontramos en una **omisión abusiva del ejercicio del derecho de cobrar**. En efecto, estamos dentro de una relación jurídica patrimonial en la cual confluyen las situaciones de débito y crédito. Es cierto que el deudor tiene el legítimo interés de liberarse de la obligación –de acuerdo al programa contractual o negocial– y que el acreedor tiene una carga que implica la imposición de actuar en cooperación con el deudor, para el pro-

⁷⁹ VENOSTA, Francesco. “Prestazioni non dovute, ‘contatto sociale’ e doveri di protezione ‘autonomi’”. En: Europa e diritto privato 1. 2014. p. 109.

⁸⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “La mora en el Derecho Peruano, Argentino y Comparado”. Tabla XIII. Trujillo: 2006. p. 46.

⁸¹ Ibid. p. 47.

⁸² BARCHI VELAACHAGA, Luciano. “¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones. Negocio jurídico y responsabilidad civil”. En: ESCOBAR ROZAS, Freddy (editor). “Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova”. Lima: Grijley. 2004. p. 643.

⁸³ Ibid. p. 647.

⁸⁴ En este sentido, es Luciano Barchi Velaachaga quien afirma que “resulta claro que el deudor no puede exigir (pretender) del acreedor la realización de los actos de cooperación, no tiene pues un derecho (subjeto) de liberarse como correlato de un deber jurídico del acreedor a la colaboración. El deudor no cuenta con el mecanismo de la ejecución forzosa para lograr la cooperación, cuenta con la consignación, que es un mecanismo que, precisamente, permite la liberación del deudor sin la colaboración del acreedor”. En: Ibid. p. 658.

⁸⁵ HUANCO PISCOCHÉ, Henry. “Breves reflexiones en torno a la carga como situación jurídica subjetiva”. En: Jus Doctrina & Práctica 8. Lima: 2007. p. 178.

pio beneficio. Sin embargo, no podemos hablar de una **obligación** de aceptar el pago, no obstante lo regulado en el artículo 1565 del Código Civil a propósito de la compraventa, que regula lo siguiente:

Artículo 1565.-

“El comprador está obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos.

A falta de plazo convenido o de usos diversos, el comprador **debe recibir el bien** en el momento de la celebración del contrato” [el énfasis es nuestro].

En efecto, no puede haber una obligación del acreedor-comprador de “recibir el bien” por el mismo motivo por el cual el deudor no tiene el “derecho” de pago: una situación jurídica no puede ser –al mismo tiempo– de ventaja y de desventaja, ya que se trata de categorías excluyentes. Huelga decir que la terminología del artículo bajo comentario es confusa e inapropiada. Téngase en cuenta que el segundo párrafo se refiere ya no a la obligación sino al deber, entendido como la carga de cooperación impuesta al acreedor-comprador. Recordemos que el artículo II del Título Preliminar del Código Civil norma que:

Artículo II.-

“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso” [el énfasis es nuestro].

El acreedor tiene el derecho –no la obligación– de cobrar, pero **puede no ejercer este derecho de manera abusiva**: el artículo 1338 del Código Civil hace referencia al acreedor que se niega a aceptar la prestación debida “sin motivo legítimo”. La carga de cooperación impuesta por el acreedor y el principio del abuso de derecho tienen en común que derivan del principio de la buena fe. Si bien existe la carga de cooperación del acreedor para con el deudor, el incumplimiento de la misma no da lugar a una indemnización: sólo a la no producción de los efectos favorables previstos –en este caso– al acreedor.

Así, “las consecuencias son distintas, pues la sanción ante el incumplimiento de la carga consiste en la imposibilidad de gozar de un derecho (u otra situación de ventaja), permaneciendo de esta manera insatisfecho el interés del mismo trasgresor;

mientras que la sanción ante el incumplimiento de un deber consiste en sufrir la ejecución forzada o el resarcimiento de los daños ocasionados que hubiere ocasionado su incumplimiento”⁸⁶.

Adviértase que, en el supuesto de mora del acreedor, surge la obligación de indemnizar. Así, el artículo 1339 del Código Civil regula que:

Artículo 1339.-

“El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso”.

La imposición de una indemnización corresponde a una forma típica –no exclusiva– de reaccionar frente a un ejercicio –u omisión– abusivos de derecho. No sólo ello, el deudor, una vez que haya constituido en mora al acreedor, se libera de los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, los cuales serán asumidos por el acreedor. Así, el artículo 1340 del Código Civil norma que:

Artículo 1340.-

“El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor”.

Como se ha observado, se requieren los siguientes presupuestos para que se configure la mora del acreedor⁸⁷:

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

Se podría, incluso, establecer una demarcación temporal entre carga de cooperación del acreedor y omisión abusiva del ejercicio del derecho de cobrar (mora *credendi*). En el socorrido caso de la persona que ha contratado al artista para que le pinte un cuadro y dicha persona no quiere posar para que el pintor cumpla con su prestación estamos frente al incumplimiento de la carga de cooperación: por su actuar contrario a la buena fe, el acreedor del cuadro no podrá beneficiarse de las consecuencias favorables derivadas de su posición jurídica (exigir el cumplimiento de la obligación). Así, el artículo 1317 del Código Civil norma que:

Artículo 1317.-

“El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o

⁸⁶ Ibídem.

⁸⁷ BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. Op. cit. p. 664.

de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación” [el énfasis es nuestro].

Esta disposición tiene que interpretarse sistemáticamente con el artículo 1327 del Código Civil, que establece que:

Artículo 1327.-

“El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”.

Entonces, los daños sobrevinientes al incumplimiento no deben ser asumidos por el deudor, ya que esta situación derivó de una causa no imputable a éste, que consiste en el actuar contra la buena fe del acreedor. Para ello, se debe tener como marco interpretativo el artículo 1362 del Código Civil, el cual indica que

Artículo 1362.-

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Como ya lo fuera advertido, diligencia y buena fe son dos estándares de conducta importantes que –no obstante su diversa naturaleza– interactúan recíprocamente a efectos de la evaluación del actuar con trascendencia jurídica de quienes dan nacimiento al contrato o negocio jurídico. En efecto, la diligencia evalúa el comportamiento de las partes dentro del programa negocial establecido por éstas y la buena fe es una suerte de filtro del correcto desenvolvimiento de las mismas, no sólo respecto a aquellas situaciones previstas, sino a aquellas no previstas en el *iter* negocial⁸⁸.

En cambio, si el cuadro ha sido pintado y quien lo encargó no quiere recibirlo estamos frente a un caso de abuso de derecho por omisión –*mora credendi*– y surgirá el derecho del pintor-deudor a una indemnización y a liberarse de todo riesgo por la imposibilidad de cumplimiento (con la salvedad del artículo 1340 del Código Civil).

V. LA MORA EN LAS OBLIGACIONES NEGATIVAS O DE NO HACER

Precursoramente, autorizada doctrina argentina⁸⁹ admitió que la mora se configura también “en el caso en que la abstención prometida consiste en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a “no hacer” en el futuro”⁹⁰.

El retardo y la mora de las obligaciones negativas o de no hacer son de difícil configuración. Se afirma que “se puede pensar en el retardo al cesar la actividad prohibida o, frente a una violación de la prohibición, al cesar tal violación cuando exista la relativa posibilidad y continúe siendo actual el interés del acreedor: hipótesis particularmente relevante en la prohibición de concurrencia, así como en la prohibición de modificar un determinado bien, si la modificación es reversible; pero no en el pacto de no destruirlo”⁹¹.

En esta materia es importante distinguir, desde el punto de vista estructural, las obligaciones negativas que tengan un contenido o un comportamiento cuya violación produzca **efectos instantáneos** y estables u otro comportamiento de contenido, por decir así, a **efectos continuados o permanentes**⁹².

En este último escenario, “la abstención también puede ser duradera, lo que ocurre cuando se extiende en el tiempo por un lapso más o menos amplio. Será de carácter continuado cuando se debe desarrollar sin interrupción en el tiempo. Así, una persona se obliga a no distribuir determinados productos en la sierra central durante dos años”⁹³. En cambio, “será de carácter periódico, si la abstención debe efectuarse con intervalos iguales o desiguales en el tiempo. Por ejemplo, cuando un empresario se obliga a interrumpir la distribución de determinados productos en la ciudad de Lima, durante tres años, pero sólo en la segunda quincena del mes de marzo de cada año”⁹⁴.

Ejemplo del primer supuesto –obligación de no hacer de efectos instantáneos– es cuando una persona se obliga a no destruir un bien determinado: una vez que se destruya el bien, éste se pierde de-

⁸⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “El principio de buena fe”. En: *Advocatus* 24. Lima: 2012. pp. 259-260.

⁸⁹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Las obligaciones de no hacer y la mora”. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina. Doctrina. 1974. p. 676.

⁹⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “La mora en el Derecho Peruano, Argentino y Comparado”. Op. cit. p. 85.

⁹¹ SICCHIERO, Gianluca. Op. cit. p.142.

⁹² *Ibid.* pp. 144-145.

⁹³ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Estudios de Derecho Privado”. Tomo I. Lima: Ediciones Jurídicas. 1994. p. 283.

⁹⁴ *Ibid.* p. 284.

finitivamente⁹⁵ y no se podría configurar la mora, sino un incumplimiento contractual.

En el segundo supuesto –obligación de no hacer de efectos continuados–, se tiene el caso del pacto de no concurrencia o la prohibición legal de concurrencia: “aquí, la particular violación puede suceder no habiendo cesado nunca la concurrencia que debía acabar en un determinado momento o, habiendo violado la prohibición que inicialmente había sido observada; obviamente la violación puede repetirse en el tiempo”⁹⁶. Se afirma que este tipo de comportamiento “puede no comprometer en modo irremediable el interés del acreedor, siempre que haya la posibilidad que la actividad cese sin haber ocasionado daños o con el resarcimiento de los mismos”⁹⁷.

En este contexto, la valorización del interés le corresponde sólo al acreedor, que –en caso de no tener interés en el cumplimiento de la obligación de no hacer– puede exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato⁹⁸ y, en caso de tenerlo, puede constituir en mora al deudor.

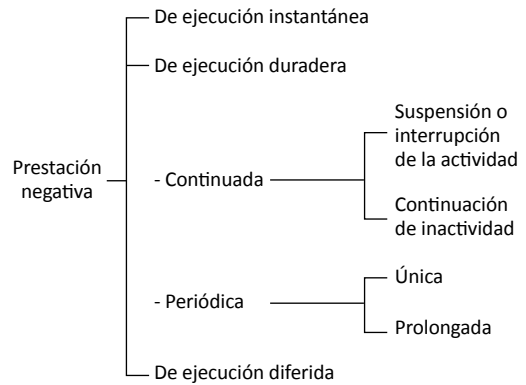
Con respecto al segundo grupo de casos, autorizada doctrina nacional entiende que “se trata, pues, de hipótesis de abstenciones que importan “empezar a no hacer” (lo que significa que antes se venía haciendo) y “seguir no haciendo”, respectivamente, que plantean situaciones perfectamente diferenciables”⁹⁹. No sólo eso; además, se pueden configurar los siguientes supuestos:

- a. “A su turno, la prestación negativa de ejecución duradera de carácter periódico puede consistir en una inactividad única que debe producirse en diversos momentos con intervalos iguales o desiguales. Así ocurrirá, por ejemplo, si el deudor se obliga a no abrir su establecimiento comercial los días 20 de cada mes durante un año. En este caso, cada abstención se agota instantáneamente”¹⁰⁰.
- b. “Adicionalmente, la ejecución duradera de tipo periódico puede estar dada por una abstención que se prolonga en el tiempo, sin

agotarse de forma inmediata, pero produciéndose con intervalos: *verbi gratia*, cuando el deudor se obliga a no difundir por televisión, publicidad comercial de un producto durante los meses de julio y agosto por cuatro años”¹⁰¹.

- c. “Finalmente, la abstención puede ser de ejecución diferida, cuando su eficacia se posterga a un momento posterior al nacimiento de la relación obligacional. Así, por ejemplo, si el deudor se compromete a no prestar determinado servicio durante seis meses, una vez transcurridos doce meses de la celebración del contrato respectivo”¹⁰².

Finalmente, la doctrina que vengo siguiendo, resume lo expuesto en el siguiente cuadro¹⁰³:



Ahora bien, dentro del universo de estos supuestos, los casos de obligaciones pasivas que consisten en un “**seguir no haciendo**”, se producirá el incumplimiento o el cumplimiento parcial o defectuoso “siempre que sea factible la destrucción de lo hecho o resulte posible la ejecución forzada y la realización de la prestación aún sea de utilidad para el acreedor. Si el deudor se obligó a no continuar levantando una pared a más de cierta altura y hace lo contrario, el acreedor puede obtener la ejecución forzada de la prestación y la satisfacción de los daños y perjuicios correspondientes”¹⁰⁴. Téngase presente que hay que diferenciar este supuesto con el de la obligación de hacer de construir una pared hasta cierta altura.

⁹⁵ SICCHIERO, Gianluca. Op. cit. pp.142-145.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibid.* p. 146.

⁹⁹ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Op. cit. p. 285.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibid.* pp. 285-286.

¹⁰³ *Ibid.* p. 286

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 287.

Para las obligaciones negativas que impliquen un “**empezar a no hacer algo**”, “la mora sí es factible en la medida, por supuesto, en que a pesar del retraso en iniciarse la abstención, la prestación resulte aún útil para satisfacer el interés del acreedor. En caso contrario, no habrá mora, sino incumplimiento”¹⁰⁵. En la hipótesis de la abstención duradera de carácter periódico, “para establecer si cabe que se configure la mora o no, habrá que analizar si se trata de una circunstancia única que debe producirse en ocasiones o de un comportamiento omisivo que no tiene esa calidad”¹⁰⁶.

No obstante esta figura no ha sido prevista en el Código Civil, la encontramos en el artículo 711 del Código Procesal Civil¹⁰⁷, el cual establece que:

Artículo 711.-

“El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que en el plazo de diez días deshaga lo hecho y, de ser el caso, **se abstenga de continuar haciendo**, bajo apercibimiento de deshacerlo forzosamente a su costo.

Vencido el plazo, el Juez hará efectivo el apercibimiento” [el énfasis es nuestro].

Por ello, “teniendo en cuenta la redacción de la norma transcrita, cabe afirmar que la misma comprende en sus alcances las hipótesis en las que está admitida la mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer, lo que constituye un caso singular en la legislación nacional”¹⁰⁸.

A nivel de legislación comparada, el artículo 400 del Código Civil de Brasil, aprobado por la Ley 10406 del 10 de enero de 2002, regula que:

Artículo 400.-

“La mora del acreedor sustrae al deudor, exento de dolo, de la responsabilidad por la conservación de la cosa, obliga al acreedor a resarcir los gastos asumidos por conservarla y lo sujeta a recibirla por la estimación más favorable al deudor si su valor oscila entre el día establecido para su pago y el de su efectivización”.

Este artículo, si bien sigue a su antecedente –el artículo 961 del Código Civil de Brasil de 1916– en lo que a reconocimiento de la posibilidad de configuración de la mora en las obligaciones negativas se

refiere, subsana y omite el error de admitirla en un supuesto en el cual está descartada, por tratarse de un incumplimiento¹⁰⁹.

Entonces, en los casos de obligaciones pasivas que consisten en un “**seguir no haciendo**”, se producirá el incumplimiento o el cumplimiento parcial o defectuoso; pero, para las obligaciones negativas que impliquen un “**empezar a no hacer algo**”, sí se puede configurar la mora.

VI. CONCLUSIONES

- a. Con la legislación específica del denominado **Derecho de los Consumidores**, las normas que regulan el Derecho de las Obligaciones en el Código Civil quedarían para regular las relaciones jurídicas de sujetos –en línea de principio– en igualdad de condiciones. Por ello, no se justificaría, en tal contexto, una presunción a favor del deudor.
- b. El retardo es una situación de carácter provisorio basada en el principio de la presunción de tolerancia del acreedor que consiste en la omisión del cumplimiento de la obligación por parte del deudor, sin que haya sido constituido en mora.
- c. La mora es una situación jurídica calificada de retardo, imputable al deudor o al acreedor, que consiste en un efecto legal automático del pedido de cumplimiento o de que se acepte el cumplimiento, según sea el caso y que produce la consecuencia de generar responsabilidad por los daños que se ocasionen a la contraparte, así como la asunción de los riesgos por la imposibilidad del cumplimiento de la obligación.
- d. La intimación es un acto jurídico *strictu sensu* porque está dirigida a solicitar el cumplimiento al deudor –o a que el acreedor acepte el cumplimiento– y a no modificar la propia esfera jurídica.
- e. En el supuesto de incumplimiento contractual que implique una obligación de dar sumas de dinero –que deberán ser determinadas arbitral o judicialmente–, el artículo 1985 del Código Civil es inaplicable, ya que

¹⁰⁵ Ibid. p. 288.

¹⁰⁶ Ibid. p. 290.

¹⁰⁷ Como lo advierte Carlos Cárdenas Quirós en: Ibid. p. 315.

¹⁰⁸ Ibídem.

¹⁰⁹ Ibid. p. 317

- se refiere a un supuesto de responsabilidad extra-contractual. Si es a nivel judicial, será “a partir de la fecha de la citación con la demanda”. En el caso que la controversia sea ventilada en el fuero arbitral, resultan plenamente aplicables los artículos 1334 del Código Civil y la octava disposición complementaria del Decreto Legislativo 1071, que norma el Arbitraje, y será a partir de “la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje”.
- f. Si bien el deudor constituido en mora asume los riesgos por los daños –por retraso o por imposibilidad sobreviniente– ocasionados al acreedor, aquel no será responsable si acredita la causalidad alternativa hipotética que el daño se hubiera producido igualmente aún si la prestación hubiera sido ejecutada oportunamente.
- g. En el caso concreto de la mora del acreedor, nos encontramos en una **omisión abusiva del ejercicio del derecho de cobrar**. En efecto, estamos dentro de una relación jurídica patrimonial en la cual confluyen las situaciones de débito y crédito. Es cierto que el deudor tiene el legítimo interés de liberarse de la obligación –de acuerdo al programa contractual o negocial– y que el acreedor tiene una carga que implica la imposición de actuar en cooperación con el deudor, para el propio beneficio. Sin embargo, no podemos hablar de una **obligación** de aceptar el pago.
- h. En efecto, no puede haber la obligación del acreedor-comprador de “recibir el bien” por el mismo motivo por el cual el deudor no tiene el “derecho” de pago: una situación jurídica no puede ser –al mismo tiempo– de ventaja y de desventaja, ya que se trata de categorías excluyentes.
- i. El acreedor tiene el derecho –no la obligación– de cobrar, pero **puede no ejercer este derecho de manera abusiva**: el artículo 1338 del Código Civil hace referencia al acreedor que se niega a aceptar la prestación debida “sin motivo legítimo”. La carga de cooperación impuesta por el acreedor y el principio del abuso de derecho tienen en común que derivan del principio de la buena fe. Si bien existe la carga de cooperación del acreedor para con el deudor, el incumplimiento de la misma no da lugar a una indemnización: sólo a la no producción de los efectos favorables previstos –en este caso– al acreedor.
- j. La imposición de una indemnización corresponde a una forma típica –no exclusiva– de reaccionar frente a un ejercicio –u omisión– abusivos de derecho. No sólo ello; el deudor, una vez que haya constituido en mora al acreedor, se libera de los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, los cuales serán asumidos por el acreedor.
- k. En los casos de obligaciones pasivas que consisten en un “**seguir no haciendo**”, se producirá el incumplimiento o el cumplimiento parcial o defectuoso; pero para las obligaciones negativas que impliquen un “**empezar a no hacer algo**”, sí se puede configurar la mora.