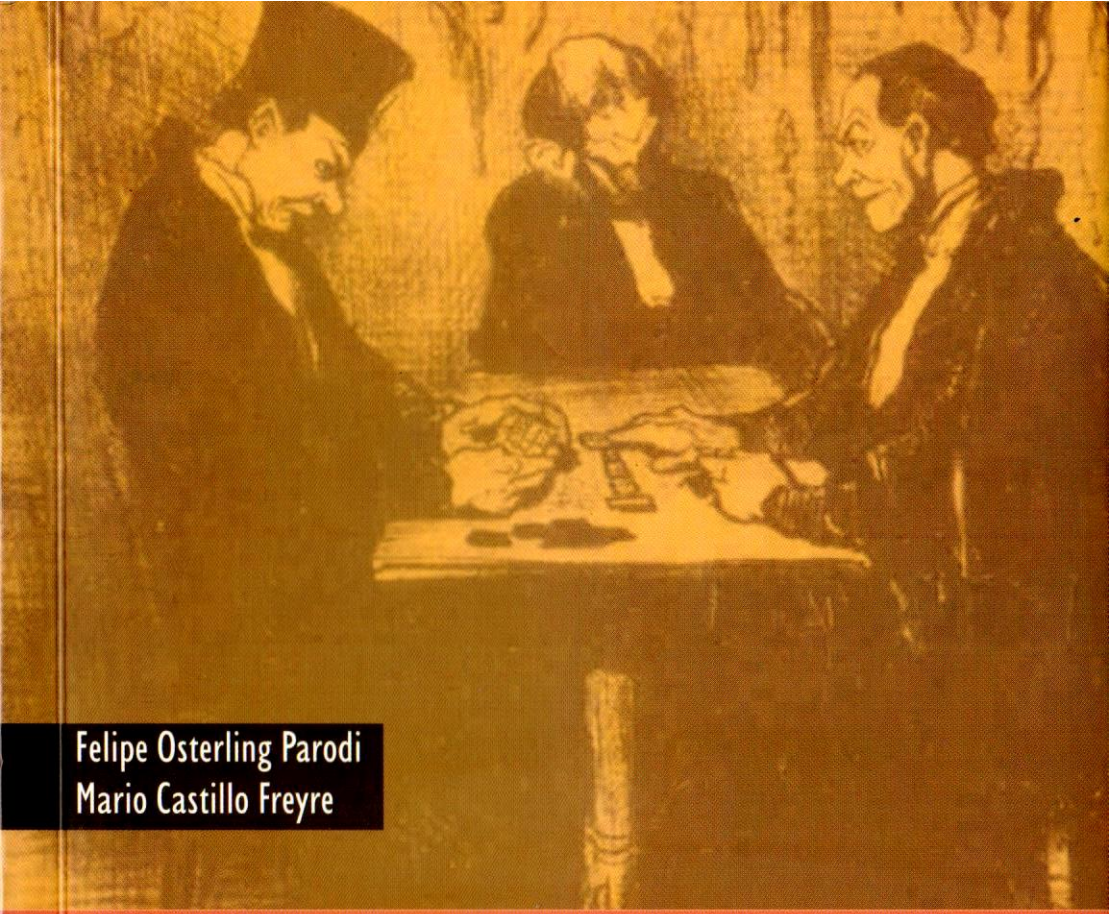


Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones

Vol. XVI - Cuarta Parte - Tomo XIV Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL

Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2003

Felipe Osterling Parodi, abogado y Doctor en Derecho, fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Es profesor principal de esta materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Mario Castillo Freyre, abogado y Doctor en Derecho, es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte

Tomo XIV

Biblioteca
Para leer el Código Civil
Volumen XVI



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2003

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte
Tomo XIV

Primera edición: octubre 2003

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Cercado, Lima-Perú
Teléfonos: 330-7410 – 330-7411. Telefax: 330-7405
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Cuidado de la edición: Nelly Córdova Núñez
Grabado de cubierta: Honoré Daumier. *Quand le crime ne donne pas,* chez Aubert, Pl de la Burse. Les gens de justice. En *Gentes del Foro.*

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-604-1
Hecho el depósito legal: 1501052003-5489

Impreso en Perú - Printed in Peru

TOMO XIV

CONTENIDO GENERAL

CAPÍTULO SEGUNDO
Mora

1. Consideraciones generales 2037
2. El régimen legal de la mora en el Perú 2049
3. La definición de mora 2054
4. Elementos contenidos en la definición de mora que hemos adoptado 2063
   4.1. El retraso 2063
   4.2. La existencia de una obligación exigible 2064
   4.3. Que el incumplimiento se deba a causa imputable 2064
   4.4. Que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor 2065
   4.5. Que el acreedor rehúse las ofertas reales que se le formulan 2065
   4.6. Que la situación de mora subsista mientras la prestación sea posible 2066
   4.7. Que la ejecución de la prestación todavía resulte útil para el acreedor 2067
5. Mora e incumplimiento absoluto 2071
6. Clasificación de la mora 2072
   6.1. La mora según los sujetos involucrados 2072
      6.1.1. La mora del deudor 2072
      6.1.2. La mora del acreedor 2072
   6.2. La mora en las obligaciones con pluralidad de objetos 2073
      6.2.1. La mora en las obligaciones conjuntivas 2073
      6.2.2. La mora en las obligaciones alternativas 2074
      6.2.3. La mora en las obligaciones facultativas 2075

6.3. La mora en las obligaciones con pluralidad de sujetos 2075
6.3.1. La mora en las obligaciones mancomunadas con prestación divisible 2076
6.3.2. La mora en las obligaciones mancomunadas con prestación indivisible 2079
6.3.3. La mora en las obligaciones divisibles y solidarias y en las obligaciones indivisibles y solidarias 2080
6.4. La mora según el factor de imputabilidad o atribución de responsabilidad 2080
6.4.1. En caso de dolo o culpa 2081
6.4.2. En ausencia de dolo o culpa 2081
6.5. La mora en relación a la magnitud del incumplimiento Mora total y mora parcial 2084
6.5.1. Mora total 2085
6.5.2. Mora parcial 2085
7. Requisitos de la situación de mora del deudor 2089
7.1. El retardo en el cumplimiento de la conducta debida 2090
7.2. La imputabilidad como elemento subjetivo de la situación de mora del deudor 2110
7.3. La constitución en mora: elemento formal de la situación de mora del deudor 2122
8. Naturaleza jurídica de la interpelación 2125
9. Reglas aplicables a la interpelación, según su naturaleza 2130
9.1. Capacidad 2130
9.2. La eficacia de la interpelación no depende de la voluntad del agente 2132
10. Concepto y caracteres de la interpelación 2133
11. Características de la interpelación 2138
11.1. Es una declaración unilateral de voluntad 2138
11.2. Es una declaración de voluntad recepticia 2141
11.3. Es un acto jurídico 2141
11.4. Es un derecho potestativo del acreedor 2141
11.5. Supone una exigencia categórica de cumplimiento 2143
11.6. Debe ser formulada por el acreedor 2145
11.7. No es formal 2146
12. Condiciones que debe reunir la interpelación 2147
12.1. Condiciones intrínsecas 2147

12.1.1. El requerimiento debe contener una exigencia categórica, inequívoca y coercitiva de pago 2147
12.1.2. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto al objeto y contener referencias concretas 2147
12.1.3. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto a la referencia de la prestación debida 2148
12.1.4. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto a las referencias al tiempo, lugar y modo en que la prestación debe cumplirse 2152
12.1.5. Exigencia de cumplimiento factible 2156
12.2. Condiciones extrínsecas 2158
12.2.1. Al formular el requerimiento, el acreedor debe ofrecer la debida cooperación 2158
12.2.2. Al formular el requerimiento, el acreedor, a su vez, no debe encontrarse en situación de incumplimiento 2160
13. Los sujetos de la interpelación 2163
13.1. Sujeto activo de la interpelación. El acreedor 2163
13.1.1. Interpelación efectuada por representante o mandatario 2163
13.1.2. Interpelación efectuada por el gestor de negocios 2164
13.1.3. Interpelación efectuada por la persona designada para recibir el pago 2166
13.1.4. En la obligación de intervenir en el otorgamiento de una escritura pública, ¿la citación hecha por el notario a una de las partes, equivale a una interpelación válida? 2167
13.2. Sujeto pasivo de la interpelación. El deudor 2168
13.2.1. La intimación al deudor, ¿cuándo debe considerársela «recibida»? 2168
13.2.2. La interpelación hecha al mandatario del deudor 2172
13.2.3. El requerimiento al Estado y demás personas jurídicas de carácter público 2174
14. La eficacia de la interpelación bajo plazo o condición 2175
15. Funciones que cumple la interpelación 2177
15.1. Ausencia de tolerancia 2177
15.2. Transformar el mero retardo en mora 2179
15.3. Urgir al deudor para que cumpla con la prestación 2181

15.4. Transformar la culpa del deudor incumpliente, en una culpa cualificada 2181
15.5. Probar el retardo 2182
15.6. Acto de cooperación del acreedor 2183
15.7. Nuestra opinión 2184
16. Forma y prueba de la interpelación 2188
16.1. Formas de manifestar la voluntad interpelatoria Consideraciones generales 2188
16.2. La constitución en mora por requerimiento judicial 2193
16.2.1. ¿La notificación de la resolución que ordena trabar embargo preventivo y otras medidas cautelares constituyen al deudor en mora? 2197
16.2.2. ¿Desde cuándo se computan los efectos del requerimiento judicial? 2198
16.2.3. La perención de instancia no perjudica ni anula el efecto moratorio de la notificación de la demanda 2198
16.3. Formas extrajudiciales de constitución en mora 2199
16.4. Prueba de la interpelación 2209
17. Los factores impeditivos de la mora del deudor 2211
18. Los sistemas de constitución en mora 2212
18.1. Polémica en torno al sistema de constitución en mora que imperaba en el Derecho Romano 2212
18.2. Breve revisión del Derecho comparado en torno a los sistemas de constitución en mora 2219
18.3. Sistemas de constitución en mora 2224
18.3.1. Respecto a la mora del deudor 2225
18.3.1.1. Sistema de la mora *ex personae* o mora con interpelación 2225
18.3.1.2. Sistema de la *mora ex re* o mora sin interpelación 2229
18.3.1.2.1. Mora automática cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente 2229
18.3.1.2.2. Mora legal 2230
18.3.1.2.3. Mora convencional 2231
18.3.1.2.4. Mora automática derivada de la naturaleza y circunstancias de la obligación 2232
18.3.1.2.5. Mora automática derivada de la manifestación negativa del deudor para cumplir con su obligación 2236

18.3.1.2.6. Mora automática cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor 2237
18.3.1.3. Mora objetiva y su relación con la mora automática 2239
18.3.2. Respecto a la mora del acreedor 2240
18.3.2.1. Sistema de las ofertas reales 2240
18.3.2.2. Sistema de la consignación judicial 2241
19. Supuestos controvertidos en torno a la configuración de la mora del deudor 2243
19.1. Obligaciones de no hacer 2243
19.2. Obligaciones de hacer o de dar, cuando resulta demasiado tarde para ejecutarlas 2255
19.3. Obligaciones de dar sumas de dinero 2256
19.4. El caso de las obligaciones recíprocas 2257
19.5. Cuando la obligación deviene en imposible o inútil 2258
19.6. Obligaciones de ejecución continuada 2258
19.7. Materia de actos ilícitos 2259
19.8. Como preludio a la condena de daños y perjuicios 2260
20. La mora y el lugar dónde se debe efectuar el pago 2261
20.1. Algunas reflexiones en torno al principio *favor debitoris,* como justificación para mantener el principio general del domicilio del deudor como lugar del pago 2269
20.2. Algunas consideraciones finales en torno al sistema idóneo de constitución en mora. Nuestra opinión al respecto 2272
21. Efectos de la mora del deudor 2275
21.1. Hace responsable al deudor de los daños y perjuicios que se originen 2276
21.2. Traslada los riesgos al deudor moroso 2279
21.3. Inhabilita al deudor moroso para constituir en mora a su contraparte 2281
21.4. Faculta a la contraparte para exigir el cumplimiento o la resolución del contrato 2282
21.5. Podría implicar la revalorización de las obligaciones de dar sumas de dinero 2283
22. Extinción de la mora del deudor 2287
22.1. El cumplimiento de la obligación 2288
22.2. La concesión —denominada moratoria— de una prórroga o aplazamiento del momento del cumplimiento 2288

22.3. El que incurra en mora el acreedor 2289
22.4. Si se trata de obligaciones recíprocas, que incurra en mora la otra parte 2289
22.5. Extinción, por ausencia de validez, del crédito al que la mora se refiere 2291
22.6. La perención de instancia 2291
22.7. El pago por consignación 2293
23. La situación de mora del acreedor 2293
23.1. Concepto y requisitos de la mora del acreedor 2393
23.2. La cooperación del acreedor 2304
23.3. Los efectos de la mora del acreedor 2312
23.3.1. Si la prestación deviene en imposible sin culpa del propio acreedor, la obligación se extingue 2312
23.3.2. Subsistencia de la contraprestación, si la hubiere 2318
23.3.3. Hacer cesar la mora del deudor o evitar que se produzca si aún no había incurrido en ella 2318
23.3.4. Evitar, en general, al deudor toda posible tacha que se siguiese de no haber cumplido 2319
23.3.5. El deudor puede liberarse de la obligación consignando la cosa debida 2320
23.3.6. La mora del acreedor excluye la del deudor 2320
23.3.7. Deber de indemnizar los daños y perjuicios causados al deudor 2321
23.3.8. Otros efectos de la mora del acreedor 2323
23.4. La mora del acreedor y el pago por consignación judicial 2326
23.4.1. Diferencias entre la mora del acreedor y el pago por consignación 2328
23.4.1.1. En cuanto a la causa 2328
23.4.1.2. En cuanto al riesgo y a los intereses 2329
23.4.1.3. En cuanto a su naturaleza judicial o extrajudicial 2330
23.4.1.4. En cuanto a su eventual carácter transitorio o instantáneo 2331
23.4.1.5. En cuanto a la justificación de la conducta omisiva 2332
23.4.1.6. En cuanto a la obligatoriedad de consignar 2333
23.4.1.7. En cuanto a sus efectos 2333
23.5. Extinción de la mora del acreedor 2333
23.5.1. Renuncia de la parte afectada o perjudicada 2333

23.5.2. El acreedor efectúa el acto de cooperación que omitió ofreciendo todo lo que debe en virtud de la mora 2334
23.5.3. Por la extinción de la obligación 2335
23.5.4. Cuando el deudor vuelve a ofrecer el pago y este es aceptado por el acreedor 2336
23.5.5. El discutible supuesto del retiro de la cosa consignada 2337

CAPÍTULO TERCERO
Cláusula Penal

1. Concepto y funciones de la cláusula penal 2343
1.1. Función compulsiva de la cláusula penal 2343
1.2. Función indemnizatoria de la cláusula penal 2358
1.2.1. Pautas de la función indemnizatoria de la cláusula penal 2368
1.2.1.1. Indemnización 2368
1.2.1.2. Disminución 2368
1.2.1.3. Aumento 2369
1.2.2. Posición que asume el carácter no forzoso indemnizatorio de la cláusula penal 2369
1.3. Función compulsiva e indemnizatoria de la cláusula penal 2371
1.4. Función punitiva de la cláusula penal 2373
1.5. Función de simplificación probatoria de la cláusula penal 2375
1.6. Función resolutoria de la cláusula penal 2378
1.7. Función de pena acumulativa de la cláusula penal 2381
1.8. Función de pena de arrepentimiento de la cláusula penal 2382
1.9. Función de cobertura de riesgo de la cláusula penal 2383
1.10. Función moratoria de la cláusula penal 2384
1.11. Función polivalente de la cláusula penal 2387
2. Mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal 2388
2.1. Evolución histórica y legislación comparada 2388
2.2. La cláusula penal en el Derecho Peruano 2396
2.2.1. La influencia italiana 2402
2.3. Nuestra opinión 2404
3. Conclusiones en torno a la funcionalidad de la cláusula penal en el marco de la legislación peruana 2429

4. Momento de estipulación de la cláusula penal 2437
5. Interpretación de la cláusula penal 2446
5.1. Interpretación restrictiva de la cláusula penal 2446
5.2. Interpretación común de la cláusula penal 2451
5.3. Nuestra posición 2451
5.4. Consecuencias derivadas de la interpretación restrictiva de la cláusula penal 2452

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES

CUARTA PARTE

Mora

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Consideraciones generales

Al haber concluido con el análisis de la teoría general de inejecución de las obligaciones, el lector podrá apreciar que en el estudio de esta materia hemos abordado el fenómeno del incumplimiento desde una perspectiva lo más amplia posible, tratando de abarcar tanto lo relativo a la responsabilidad por inejecución de obligaciones contractuales —que es lo que en estricto corresponde a nuestra obra, dedicada al Libro VI del Código Civil, referido al Derecho de Obligaciones—, como algunos conceptos fundamentales que conciernen a la responsabilidad extracontractual, a fin de obtener una visión integral sobre la teoría del incumplimiento.

Finalizada esa parte de nuestro trabajo, corresponde ahora tratar el tema de la mora.

La mora, figura íntimamente vinculada al incumplimiento de las obligaciones, tiene una regulación integral y orgánica en el Código Civil Peruano de 1984.

La palabra «mora» (y sus derivados) es utilizada con relativa frecuencia por el Código Civil en el Libro de Derecho de Obligaciones.

Así, según lo establece el artículo 1140, el deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque este se haya perdido sin culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta, regla que no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora.

En materia de obligaciones de hacer, el artículo 1154 prescribe que si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda; en tanto que la misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor.

Asimismo, el numeral 1155 dispone que si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero este conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, este hubiera sido constituido en mora.

Por su parte, el artículo 1194 señala que la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto de los demás. Y agrega que 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.

En el tema de intereses, el artículo 1242 establece que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, y moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

El artículo 1243, a su turno, prescribe que la tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, y anota que cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a

voluntad del deudor; el artículo 1246 añade que si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

En materia de inejecución de obligaciones, según lo indica el artículo 1324, las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios. Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento.

El Capítulo Segundo del Título de Inejecución de Obligaciones se denomina «Mora». En él tenemos al artículo 1333,[1] que establece que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación; pero luego anota cuatro casos en que no es necesaria la intimación para que la mora exista.

---

[1] Artículo 1333.- «Incurre 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 su obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor».
- Fuentes nacionales del artículo 1333
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.
El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, trataba el tema en su artículo 733: «El obligado se hace moroso, siempre que

haya habido requerimiento por parte del acreedor, u otro acto equivalente, o cuando se ha pactado, que sin necesidad de acto alguno, y por solo el transcurso del término, sea constituido en mora»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en el numeral 1264: «Incurre en mora el que no cumple con entregar la cosa ya debida después que se le exige, y también el que no la entrega el día señalado en el pacto, si se expresó que lo hiciese sin necesidad de pedírsela».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, regía la materia en el artículo 1437: «Incurren en mora el que no entrega la cosa debida, después que se le exige y el que no la entrega el día señalado, caso de haberse convenido en que la entregara sin necesidad de pedírsela»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el numeral 211: «Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exige judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.- No será, sin embargo, necesaria la interpelación del acreedor para que la mora exista: 1.- Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.- 2.- Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que debía de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1245: «Incurre en mora el obligado, desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.- Empero, no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente; 2.- Cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que había de entregarse la cosa, o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1254: «Incurre en mora el obligado, desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.- Empero, no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente; 2. Cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que había de entregarse la cosa, o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, abordaba el tema en su artículo 103: «Incurre en mora el obligado, desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.- Empero no será necesaria la intimación del acreedor 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 de la época en que había de entregarse la cosa, o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecerla; 3. Cuando el deudor haya declarado por escrito no querer cumplir la obligación; 4. Cuando la deuda derive de acto ilícito»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el numeral 189: «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.- Empero no será necesaria la intimación del acreedor 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 resultase que la designación del tiempo en que había de entregarse la cosa, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.- 3. Cuando la deuda derive de acto ilícito.- 4. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.- 5. Cuando la interpelación no fuese posible por causa imputable al deudor».

Por su parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba sobre el particular en el artículo 1352: «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.- Empero no será necesaria la intimación del acreedor 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 resultase que la designación del tiempo en que había de entregarse la cosa, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla; 3. Cuando la deuda derive de acto ilícito; 4. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación; 5. Cuando la interpelación no fuese posible por causa imputable al deudor»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en su artículo 1300: «Incurre 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 resultase que la designación del tiempo en que había de entregarse la cosa, 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».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1333 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1053, primer y segundo párrafos), Panameño (artículo 985, primer y segundo párrafos), Guatemalteco de 1973 (artículo 1428 —similar al tenor del artículo 1333 Peruano—), Portugués de 1967 (artículo 805 —similar al tenor del artículo 1333 Peruano—), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 844, inciso 1 —similar al inciso 1 del artículo 1333 Peruano—), Español (artículo 1100, inciso 1 —similar al inciso 1 del artículo 1333 Peruano—), Guatemalteco de 1973 (artículo 1431, inciso 1§ —similar al inciso 1 del artículo 1333 Peruano—), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 844, inciso 2 —similar al inciso 2 del artículo 1333 Peruano—), Español (artículo 1100, inciso 2 —similar al inciso 2 del artículo 1333 Peruano—), Guatemalteco de 1973 (artículo 1431, inciso 2 —similar al inciso 2 del artículo 1333 Peruano—), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 844, inciso 5 —similar al inciso 3 del artículo 1333 Peruano—), Guatemalteco de 1973 (artículo 1431, inciso 3 —similar a los incisos 3 y 4 del artículo 1333 Peruano—), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículos 94, segundo párrafo, y 95, primer párrafo),

de la República de China de 1930 (artículo 229), Código de la Provincia de Québec (artículos 1067 y 1068), Suizo (artículo 108), Argentino (artículo 509), Alemán (artículo 284: Si el deudor no cumple la prestación a requerimiento del acreedor, que se practique después de tener lugar el vencimiento, incurre en mora por dicho requerimiento. Al requerimiento se equipara la interposición de la acción para exigir la prestación. Si está señalado para la prestación un tiempo según el calendario, el deudor incurre en mora sin requerimiento, si no cumple la prestación en el tiempo señalado. Lo mismo vale si a la prestación ha de preceder un aviso y el tiempo para la prestación está determinado en forma que ha de computarse a partir del aviso según el calendario) y Cubano de 1988 (artículo 295, inciso 1).

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1219) establece que el deudor queda constituido en mora mediante intimación o requerimiento hecho por escrito. No es necesaria la constitución en mora: 1. cuando la deuda deriva de hecho ilícito; 2. cuando el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir la obligación; y 3. cuando ha vencido el término, si la prestación debe ser cumplida en el domicilio del acreedor. Si el término vence después de la muerte del deudor, los herederos no quedan constituidos en mora más que mediante intimación o requerimiento hecho por escrito, y transcurridos ocho días desde la intimación o desde el requerimiento.

Adicionalmente, debemos mencionar que el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 519) puntualiza que el deudor está en mora: 1. cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; 2. cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor; y 3. cuando el deudor ha sido extrajudicialmente reconvenido por el acreedor por carta o cable certificado enviado a su residencia o negocio; en tanto el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 340) establece que la constitución en mora tiene efectos sin intimación cuando: 1. se ha convenido en que el deudor incurra en mora por el solo vencimiento del término; 2. la deuda proviene de hecho ilícito.

Por su parte, el Código Etíope (artículo 1773) señala que la constitución en mora se realiza por un aviso u otro acto que manifieste la voluntad del acreedor de obtener la ejecución del contrato. Asimismo (artículo 1775), la constitución en mora es inútil: 1. En el caso de las obligaciones de no hacer; 2. En el caso que el acreedor haya asumido una obligación que no puede ser ejecutada más que dentro de un cierto plazo, el cual ha dejado pasar; 3. Cuando el deudor declara por escrito que no ejecutará su prestación; y 4. Cuando el acuerdo establece que sin necesidad de algún acto, por el solo vencimiento del término, el deudor estará en mora.

A su vez, el Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1067) señala que el deudor puede ser constituido en mora, sea por los mismos términos del contrato, cuando estipule que con el solo transcurrir del tiempo se tendrá tal efecto; sea por ley o mandato judicial. Asimismo, agrega en su artículo 1068 que el deudor se encuentra en mora, cuando la cosa que se obligó a entregar o a hacer, no puede ser entregada o hecha pese al tiempo que ha dejado pasar.

Dentro de esta temática también hallamos al artículo 1334, según el cual 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, exceptuándose de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985, relativo a la responsabilidad extracontractual.

Por su parte, el artículo 1335 prescribe que en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá; en tanto que el artículo 1336 dispone que el deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando obedezca a causa que no le sea imputable, salvo que pruebe que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente.

También apreciamos el artículo 1338, que eatablece 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; el artículo 1339, que ordena al acreedor en mora indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso; el numeral 1340, que indica que 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; y el artículo 1342, conforme al cual cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

En sede de mandato, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1797, el mandatario puede abstenerse de ejecutar el mandato en tan-

to el mandante estuviera en mora frente a él en el cumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 1996, se interrumpe la prescripción por intimación para constituir en mora al deudor.

De otro lado, la expresión «morosidad» solo es empleada por el artículo 1337, al prescribir que cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, este puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños compensatorios.

Como se advierte de los preceptos citados, la mora constituye una parte sustancial de la teoría general del incumplimiento, aunque por razones de orden y sistemática vamos a analizarla de manera independiente, siguiendo el ordenamiento temático del Código Civil en el que se basa nuestro Tratado.

Dentro de tal orden de ideas, resulta difícil empezar a ocuparnos del tema de la mora sin describir un panorama previo en el que ella pueda tener su lugar natural, porque si bien existe directa ligazón entre la mora y el incumplimiento de las obligaciones, esa relación no se da necesariamente en todos los temas de inejecución de obligaciones.

En tal sentido, e independientemente del análisis puntual que efectuaremos con posterioridad, resulta imprescindible delimitar el ámbito donde se desarrolla el fenómeno moratorio.

Hemos dicho en reiteradas ocasiones que la obligación tiene una evolución temporal susceptible de ser comparada con la vida del ser humano.

Las obligaciones nacen ya sea por efecto de la voluntad humana, en donde el fenómeno contractual ocupa lugar preponderante, o en

virtud de la normatividad legal, fuente generadora de innumerables obligaciones de la más variada naturaleza. Pero las obligaciones nacen para cumplirse, razón por la cual la mecánica de existencia de una obligación y del Derecho positivo que la sustenta se dirigen a obtener aquella finalidad natural, cual es el cumplimiento o pago en la relación obligacional.

Como sabemos, las obligaciones tienen efímera vocación de existencia ya que, por lo general, la persona no se obliga a pagar en tiempo impreciso y lejano, sino en tiempo determinado y cercano.

De este modo, cuando el deudor cumple con aquello que debe, paga; y el pago, como medio idóneo de extinción de las obligaciones, pone fin a la existencia de una relación jurídica.

Sin embargo, no todas las obligaciones se cumplen. Aquí, en este punto, es donde puede tener lugar el fenómeno moratorio.

Como ha sido expresado oportunamente, el incumplimiento es una conducta contraria a Derecho, y, como tal, susceptible de generar determinadas consecuencias, entre las cuales se encuentran algunas de orden indemnizatorio que ya han sido estudiadas.

Este incumplimiento puede derivarse tanto de la inejecución de una obligación contractual, caso en el cual sería de aplicación lo previsto por los artículos 1314 y siguientes del Código Civil, como de la responsabilidad civil extracontractual, emergente de los artículos 1969 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Sin duda, la normatividad en ambos casos es diferente, tal como ha sido expresado en su momento. Sin embargo, se trata de dos aspectos relativos al incumplimiento de las obligaciones, lo que se traduce al expresar que, si bien difieren en muchas ocasiones, existen determinados supuestos comunes a ambos tipos de responsabilidad dentro de los cuales se encuentra el fenómeno moratorio.

Nunca habrá mora sin la preexistencia de una obligación, independientemente de la fuente que le haya dado nacimiento. De esta manera, puede afirmarse que el primer presupuesto material u objetivo de responsabilidad civil es precisamente el incumplimiento de una obligación ya existente. Por eso, dentro de la vida de la obligación no podría hablarse de mora antes de que exista incumplimiento.

Por ejemplo, si se trata de una obligación que se hubiera contraído sin plazo para su cumplimiento, sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 1240 del Código Civil, en virtud del cual el acreedor podría exigir el pago inmediatamente después de concertada la obligación.

Esto significa que en la medida en que resulte posible la aplicación estricta del artículo 1240, el incumplimiento se presentará si el deudor no cumple de inmediato con pagar. Por tanto, ahí podría tener lugar el fenómeno moratorio.

Sin embargo, como sabemos, lo previsto por el artículo 1240 no siempre podrá ser aplicado automáticamente, ya que existen supuestos en que el cumplimiento de las obligaciones sin plazo no podría ser exigido de inmediato, teniendo en consideración su naturaleza y las circunstancias del caso.

Aquí no podría el acreedor exigir el cumplimiento de la obligación sin haber procedido a adicionar un plazo razonable para que el deudor pueda dar cumplimiento a la misma.

Y resulta evidente que en las obligaciones sujetas a plazo suspensivo, el deudor no se encuentra en el deber de pagar antes del vencimiento del plazo, así como tampoco el acreedor se encuentra en la posibilidad legal de exigir el pago antes del acaecimiento de dicho plazo.

Por tanto, en todos los supuestos mencionados, mientras no haya incumplimiento no será susceptible la existencia de la mora.

Sin embargo, cabe precisar que en aquellas obligaciones de índole modal, sujetas a plazos resolutorios, resulta claro que sí podrá haber mora antes del vencimiento del plazo, en la medida en que dichas obligaciones deben ser ejecutadas durante la vigencia del mismo y, por tanto, su eventual incumplimiento se producirá necesariamente antes de vencido el plazo.

No resulta fácil definir el incumplimiento en sentido positivo. Es más sencillo hacerlo en sentido negativo, por oposición al cumplimiento.

Así, podemos afirmar que se incumple una obligación cuando esta no se ejecuta de acuerdo con los fundamentos que inspiran el pago, vale decir, conforme a los principios de identidad (el mismo que responde a la pregunta qué se debe pagar), integridad (cuánto se debe pagar), oportunidad (cuándo se debe pagar) y lugar de pago (dónde se debe pagar).

De esta forma, si estuviéramos en presencia de una obligación ejecutada conforme a los principios mencionados, se habría producido el pago propiamente dicho, quedando extinguida la obligación.

Podrían presentarse determinadas variaciones en torno de este tema.

En el supuesto extremo de incumplimiento total o ausencia de pago, estaríamos frente a un no pago o incumplimiento absoluto de la obligación. Pero, como dijimos al analizar las obligaciones de hacer, ese incumplimiento absoluto podría sufrir determinadas alteraciones, en la medida en que el deudor ejecutase su obligación de modo anticipado o tardío (en lugar de hacerlo en tiempo oportuno), de modo parcial o excesivo (en lugar de hacerlo de modo íntegro) o

de modo defectuoso (en lugar de proceder a efectuar un cumplimiento idóneo de la obligación).

Si bien en todos estos casos se habría producido —en cierta forma— un cumplimiento de la obligación, al no tratarse de un cumplimiento exacto también estaremos hablando de determinadas formas de incumplimiento de la propia obligación. Y ante la presencia del incumplimiento podría darse, naturalmente con las salvedades que serán materia de estudio, la presencia del fenómeno moratorio.

En adición a lo expuesto, cabe expresar que la doctrina es muy clara al admitir que el ámbito de la mora se extiende prácticamente a todo el universo de las obligaciones.

Así, podríamos hablar de mora en las obligaciones de dar y en las obligaciones de hacer.

Tradicionalmente la legislación y doctrina han sido reacias a aceptar la presencia de la mora en las obligaciones de no hacer. La doctrina tradicional la niega, en posición compartida por muchos Códigos Civiles, dentro de los que —aunque no explícitamente— se encuentra el Código Civil Peruano, lo que se desprende del análisis de las obligaciones de no hacer.

Sin embargo, en las últimas décadas se han dejado escuchar diversas posiciones favorables a admitir la existencia de la mora en las obligaciones de no hacer. No obstante ello, no vamos a adelantar opinión y nos pronunciaremos al respecto cuando analicemos el tema de manera específica.

Con independencia de su naturaleza, la mora también es aplicable a las obligaciones de objeto plural, ya sean estas de carácter conjuntivo, alternativo o facultativo.

El Código Civil Peruano de 1984 no ha ingresado a legislar puntualmente el fenómeno moratorio en las obligaciones atendiendo a su naturaleza o a la pluralidad de objetos.

Pero sí lo ha hecho al abordar las obligaciones de sujeto plural, en el artículo 1194, precepto que establece que «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».

Esta norma se aplica a las obligaciones indivisibles y mancomunadas, de acuerdo con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1181 del Código Civil, así como a las obligaciones divisibles y solidarias y a las obligaciones indivisibles y solidarias, en este último caso de conformidad con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1181.

Sin embargo, el estudio de la mora en esta clase de obligaciones será desarrollado posteriormente.

2. El régimen legal de la mora en el Perú

El Derecho Peruano mantiene una doble regulación en torno al tema de la mora, ya que la misma se halla legislada en el Código de Comercio, promulgado el 15 de febrero de 1902, y en el Código Civil, vigente desde el 14 de noviembre de 1984.

No obstante que el sistema de constitución en mora previsto por el Código Civil difiere de la regla general del Código de Comercio, ello no constituye novedad, en la medida en que el Código de 1984 no ha hecho sino recoger los antecedentes uniformes de los Códigos Civiles de 1836, 1852 y 1936.

El Código de Comercio, como su nombre lo indica, no tiene aplicación a todas las relaciones jurídicas que se generan en una so-

ciedad. Los dos primeros artículos de dicho Código son muy claros al respecto, cuando establecen lo siguiente:

> Artículo 1.- «Son comerciantes, para los efectos de este Código:
>
> 1. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.
>
> 2. Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código».
>
> Artículo 2.- «Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas por las del derecho común.
>
> Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otro de naturaleza análoga».

Los preceptos citados del Código de Comercio se encuentran vigentes, ya que no han sufrido modificatoria ni derogatoria alguna a lo largo de más de un siglo desde que se promulgaron.

Sin embargo, hoy en día no resulta muy clara la delimitación de los actos de comercio, en contraste a aquellos otros que resultan propios del Derecho Común o Derecho Civil.

Ello debido a que la actividad mercantil no se circunscribe en los tiempos modernos a un reducido o determinado sector de personas o comerciantes, sino que se extiende a la sociedad en su conjunto y a un gran número de sus actores.

La poco perceptible línea divisoria entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil es descrita con propiedad por Joaquín Garrigues,[2] cuando manifiesta que la coexistencia en una misma legislación de un Código Civil y otro Mercantil plantea en primer lugar una cuestión de límites en ambos Derechos, que se resuelve por medio de normas delimitadoras que contiene el Código de Comercio, las cuales sirven para decidir en cada caso cuál de los dos ordenamientos jurídicos se debe aplicar con preferencia a un acto o contrato determinado.

El problema de aplicación de la norma, que según refiere Garrigues es común a todo el Derecho objetivo, se complica en el Derecho Mercantil, con una cuestión de fronteras respecto del Derecho Civil, que ofrece una doble fase: primeramente habrá que determinar si el acto en cuestión es o no mercantil, conforme a la regla del artículo 2 del Código de Comercio (artículo que coincide en numeración en España y en el Perú, pues no debemos olvidar que nuestro Código de Comercio se inspira fielmente en el Código Español); en un segundo momento habrá que elegir dentro del Código de Comercio las normas específicas más adecuadas a la situación de hecho de que se trata, aislando esta en sus elementos jurídicamente sensibles y determinando, en fin, las normas del Derecho Civil que en defecto de las genuinamente mercantiles han de ser aplicadas también según el orden establecido en el mismo artículo 2 del Código de Comercio.

Más adelante anota Garrigues que el método de observación de la realidad demuestra que los fenómenos económicos y, por tanto, las exigencias técnicas que dieron origen al Derecho Mercantil como Derecho de los comerciantes, no son los mismos que tienen hoy las

---

[2] GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil.* 7ª ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1984, tomo I, pp. 28 y 33.

grandes empresas mercantiles e industriales. Señala que el tráfico en masa con el público que los caracteriza, hace que hoy el Derecho Mercantil se extienda a todos los ámbitos de las sociedades como un fenómeno de «generalización» u «objetivación».

Además, las operaciones tradicionalmente reservadas a los comerciantes se han hecho patrimonio común de todos los ciudadanos, y de esta forma se aprecia que desaparece en gran parte de la realidad del tráfico la vieja dicotomía entre contratos civiles y mercantiles (lo que se vio reflejado por el paso unificatorio dado por el Código Civil Peruano de 1984, en su artículo 2112, respecto a los contratos de compraventa, permuta, mutuo y depósito), y la distinción —por ciertas características— de las obligaciones civiles y mercantiles (como sería el caso de la ausencia o presencia de formalidades, por presumirse la mancomunidad o solidaridad de las obligaciones, etc.).

En definitiva, según Garrigues, se produce una «comercialización del Derecho Civil» y una emigración al campo del Derecho general de las obligaciones de una serie de instituciones que antes regulaban los Códigos de Comercio y, por consecuencia de esto, una reducción del número de los contratos que conservan el calificativo de mercantiles.

Con relación a la oportunidad de cumplimiento de las obligaciones mercantiles, el Código de Comercio establece lo siguiente:

> Artículo 62.- «Las obligaciones que no tuvieren términos prefijados por las partes o por las disposiciones de este código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeren acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución».

En torno de la constitución en mora, el tema se encuentra legislado por el artículo 63 del referido Código, norma del texto siguiente:

> Artículo 63.- «Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:
>
> 1. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.
>
> 2. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios contra él ante un juez o notario público».

Entonces, queda claro de la lectura de las normas citadas, que el Código de Comercio optó en 1902 por establecer como regla la mora automática para aquellos contratos en los que se hubiere establecido fecha para el cumplimiento de la obligación (vale decir, para aquellas obligaciones que escapan a los alcances del artículo 62).

En cambio, para las obligaciones que no tuvieren términos de pago establecidos por las partes, o por la ley (supuesto del artículo 62), rige el sistema de la mora por intimación tal como lo establece el inciso 2 del artículo 63 del Código de Comercio.

Por otro lado, en materia civil el sistema de constitución de mora imperante es el inverso ya que se establece, como regla general, la mora por intimación y, como supuestos excepcionales, los de la mora automática.

Ello se desprende, lo reiteramos, de la lectura del artículo 1333 del Código Civil, precepto que establece en su primer párrafo la mora por intimación y luego señala los siguientes cuatro supuestos de mora automática:

> Artículo 1333.- «Incurre 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».

De lo expuesto queda en evidencia que existen dos regímenes legales respecto de la mora. No es el caso ocuparnos de su estudio en esta instancia de nuestro trabajo, en la medida en que el tema será oportunamente analizado. Pero, para cerrar por ahora la discusión acerca de la pertinencia de aplicar el régimen civil o mercantil, adelantamos nuestra opinión en el sentido de que el régimen civil debe ser tomado como regla, considerando a la mora mercantil como un supuesto más de la excepcional mora automática, en un inexistente «inciso 5» del artículo 1333 del Código Civil.

3. La definición de mora

La mora es una institución jurídica cuya definición ha sido abordada por diferentes autores desde una perspectiva parcial. Algunos de ellos han resaltado profundamente su elemento objetivo, es decir, el retardo o retraso.

En este sentido, la mora es concebida desde su acepción etimológica (deriva del latín *mora* o *morae*), como un retraso, tardanza o demora en la ejecución de la prestación. En tal virtud, existe una fuerte vinculación con el factor tiempo.

En esta línea de ideas, Alfredo Colmo[3] considera que existe mora cuando se deja de cumplir en tiempo debido una obligación.

Por su parte, Joaquín Escriche[4] comparte la definición de Colmo, pero con ligeras variantes ya que sostiene que «mora es la dilación o tardanza de alguna persona en cumplir con la obligación que se había impuesto».

Esta clase de definiciones se caracterizan por ser incompletas, ya que al prever exclusivamente el elemento objetivo, dejan fuera del concepto de mora a determinados elementos y circunstancias sin los cuales es imposible comprender esta institución.[5] Por tal motivo, este tipo de definiciones peca por defecto.

Al respecto, José Ignacio Cano[6] considera que el retardo por sí solo (sin culpa del que se retrasa, sin ofrecimiento o intimación) tiene poca significación jurídica y no crea una situación de mora. El deudor, al retrasarse en el cumplimento de su obligación, solo infrin-

---

3 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 73.

4 Escriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.* París: Garnier, 1869, p. 1390.

5 En este sentido es pertinente tener en cuenta que esas definiciones no consideran el elemento subjetivo —culpabilidad— y la necesidad en muchos casos, de acuerdo a ley, de la interpelación.

6 Cano, José Ignacio. «La Mora», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1978, p. 18.
En esta misma línea de pensamiento, José Peirano sostiene que el solo hecho de la demora en el cumplimiento de la obligación no alcanza a configurar un incumplimiento en sentido jurídico, que permita atribuir al mismo consecuencias que le reconoce el régimen de Derecho. Por razones prácticas y de equidad, el legislador ha partido del supuesto de que mientras la demora sea tolerada por el acreedor, no existe interés ni razón de atribuirle las consecuencias sancionadoras que el Derecho prescribe. Sin embargo, la tolerancia del acreedor puede y debe tener un límite. Por esto, es necesario determinar en qué momento dicha tolerancia cesa; y a tal efecto está destinado el instituto de la mora (Peirano Facio, Jorge. *Estructura de la Mora en el Código Civil*, pp. 12 y 13. Bogotá: Editorial Temis, Librería, 1983).

ge su deber jurídico, pero no surge la mora. En este sentido, mora y retardo son conceptos que no coinciden automáticamente, siendo por esto que se señala que la mora es un retardo cualificado.

Debe tenerse en cuenta, por tanto, que identificar la mora como un simple retardo es peligroso, pues las consecuencias jurídicas que cada una de estas situaciones desencadena son totalmente diferentes.

Señala José Cano que el simple retraso, sin necesidad de haberse constituido en mora, llegará a producir el importante efecto de la opción para la resolución del contrato a favor del acreedor, cuando se pactó un plazo esencial o cuando, sin existir cláusula en este sentido, la esencialidad del término se puso de manifiesto en el hecho de que vencido este, la prestación resultaba absurda o inútil.

En cambio, según Antonio de la Vega Vélez,[7] los efectos propios de la mora son la acción indemnizatoria de perjuicios, la acción resolutoria del contrato, la acción de responsabilidad por la pérdida fortuita de la cosa, o también los efectos especiales que los contratantes válidamente hayan querido atribuir a esa figura.

Ernesto Wayar[8] sostiene que la palabra retraso o retardo, que hace referencia a la dilación, es solamente el sustrato material del instituto que no es suficiente para diferenciarlo de otras situaciones (mero retardo, incumplimiento definitivo, etc.), con las cuales presenta una marcada identidad objetiva. Además, no es el retardo lo que caracteriza a la mora, sino la multiplicidad de efectos que genera.

[7] De La Vega Vélez, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, pp. 148 y 149.

[8] Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la Mora*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981, p. 122.

También es pertinente señalar que las definiciones que solo consideran el elemento objetivo de la mora (el retraso), son aplicables únicamente a la mora *solvendi* o *debitoris* (es decir, la mora del deudor), ya que se centran en el retardo en el cumplimiento de una obligación. De esta manera, no se toma en cuenta la posibilidad de que el acreedor incurra en mora a través de su falta de cooperación con el deudor para que este cumpla con su obligación. Con esto, se estaría desvirtuando la necesaria unidad conceptual de la mora.

Por otro lado, existen autores que definen el instituto de la mora relevando su elemento subjetivo (culpabilidad). En este sentido se pronuncia Chironi,[9] quien afirma que «la mora es culpa».

María Dolores Gramunt[10] expresa que la mora —entendida como incumplimiento imputable al deudor— supone negar la existencia de mora no culpable. De esta manera, se tiene que la relación entre culpa (o dolo) y mora es de causa a efecto; solo habrá mora si existe una causa que la produzca. Desde este punto de vista, la eficacia material de la culpa y el dolo en el cumplimiento es originar la mora del deudor; su eficacia jurídica consistirá en fundamentar la responsabilidad del deudor. El caso fortuito, en cambio, es considerado materialmente como causa de daños, pero no de mora; su eficacia jurídica se traduce en la no existencia de infracción obligacional. De todo lo dicho se desprende que si hay mora, los daños serán indemnizables; en cambio, si hay caso fortuito, no lo serán.

En esta línea de pensamiento, Rojina Villegas[11] considera que la mora es el injusto retardo en el cumplimiento de una obligación exi-

[9] Citado por Wayar. Chironi, J.P. *La Culpa Contractual*, n.° 325, p. 787.

[10] Gramunt Fombuena, María Dolores. *La Mora del Deudor en el Código Civil*, Barcelona: José María Bosch Editor, 1993, p. 97.

[11] Rojina Villegas. Citado por Martínez Alfaro, Martín. *Op. cit.*, p. 205.

gible. El retardo debe ser injusto, pues es posible que existan causas que lo justifiquen, como son el caso fortuito, la fuerza mayor o la conducta del acreedor, y es en estos supuestos que el deudor no incurrirá en mora.

Rosendo Badani Chávez[12] sostiene que la mora en general es el retardo del deudor en el cumplimiento de la obligación, pero para considerarla como un estado jurídico deben concurrir en ella dos elementos: la imputabilidad del deudor, o sea un retraso culpable, y la posibilidad de cumplimiento de la obligación.

El elemento subjetivo de la mora no es suficiente para definir esta institución ya que, de acuerdo con el artículo 1333 del Código Civil,[13] existirá como regla, desde que se dé la intimación (o requerimiento), y sin esta solo habrá mora en los casos mencionados por la propia norma.

En este sentido, D'Avanzo —citado por Jorge Peirano—[14] considera que no hay ninguna dificultad en concebir situaciones en las que el deudor incurre en retardo culpable, sin por ello incurrir en mora; en puridad, sin retardo injusto o culpable no puede existir mora, pero esta no se identifica con aquel, porque si bien es cierto que el retardo injusto es un presupuesto de la mora, no es menos cierto que él no la crea de por sí, sin que deba concurrir la existencia de otras circunstancias, como por ejemplo el requerimiento judicial o extrajudicial.

[12] Badani Chávez, Rosendo. *Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones.* Tercer Curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Imprenta Atlántida, s/f., p. 147.

[13] Véase el texto del artículo 1333 del Código Civil Peruano antes transcrito.

[14] Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 12 y 13.

Dentro de tal orden de ideas, para Emiliani Román[15] la mora es el requerimiento judicial del acreedor al deudor para que le pague, o el requerimiento del propio contrato a través del plazo expresamente estipulado, o por plazo precluyente para el cumplimiento de la obligación, o por requerimiento de la ley. De esta manera, si el acreedor no requiere al deudor para que cumpla con su obligación es porque no está interesado en ello y tácitamente prorroga su cumplimiento. Esta actitud pasiva, a su vez, implica que el incumplimiento no lo perjudica y, por consiguiente, no hay perjuicios que reclamar ni que pagar.

Las definiciones que gozan de mayor rigor científico son aquellas que combinan adecuadamente el elemento objetivo (retraso), el elemento subjetivo (culpabilidad) y el elemento formal (interpelación).

Así, Puig Peña[16] afirma que la mora es el retraso culpable en el cumplimiento de una obligación que, debido a su naturaleza o en virtud del requerimiento del acreedor debe ser satisfecha, siempre que la tardanza no sea obstáculo para que la obligación pueda cumplirse después del vencimiento, con interés y utilidad para el acreedor.

Para Ernesto Wayar,[17] la mora puede definirse como «la situación anormal de retraso en el cumplimiento por la que atraviesa una obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor o éste rehúsa las ofertas reales que se le formulan, y que subsiste mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil».

La mora —según el citado profesor— es una situación anormal de retraso en el cumplimiento de una obligación, ya que la conducta

[15] Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 273 y 274.

[16] Puig Peña, Federico. Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 126.

[17] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 128.

realizada no es igual a la debida (supuesto de incumplimiento); es decir, el comportamiento de la persona es antijurídico, anormal e injusto. Además, con la palabra «situación» el autor quiere indicar que el vínculo jurídico perdura (aunque transformado por el incumplimiento), vale decir acreedor y deudor permanecen relacionados jurídicamente.

La mora subsiste en tanto la ejecución tardía sea posible y útil, y termina cuando esta posibilidad se desvanece; pero hasta aquel momento hay mora; de ahí en adelante, la situación es de incumplimiento absoluto.

En este sentido, José Puig Brutau[18] sostiene que existirá mora, en lugar de incumplimiento definitivo, siempre que la prestación no esté sometida a un término esencial absoluto; lo que significa que el interés del acreedor no se halle limitado a que la prestación tenga efecto solo en un momento determinado. En cambio, cuando verdaderamente se trate de un término esencial absoluto, el retraso equivale a un incumplimiento total.

José Cano[19] considera que sería de gran utilidad para discriminar entre mora e incumplimiento de la obligación, separar los efectos exclusivamente secundarios de aquella (por ejemplo el traspaso del riesgo del perecimiento de la cosa a la parte morosa) del efecto sustancial de este, así como reconocer la existencia de un elemento de naturaleza teleológica en la mora —a pesar de que la doctrina lo desconozca o no se preocupe en considerarlo—. Este elemento, según el citado autor, es la finalidad objetiva de la mora, es decir lo que esta busca, lo que se traduce en que para la existencia de esta institución sea necesario que la prestación del deudor siga teniendo interés jurídico para el acreedor por serle todavía útil.

[18] Puig Brutau, José. *Op. cit.*, p. 485.
[19] Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, p. 16.

Es pertinente señalar que existe la posibilidad de que no se configure la mora no solo cuando el acreedor no tenga interés jurídico en recibir la prestación (supuesto de incumplimiento), debido a que esta carezca de utilidad, sino también cuando el deudor se vea imposibilitado de cumplir (caso fortuito, fuerza mayor) o simplemente no tenga interés en hacerlo por serle inútil la prestación recíproca correspondiente a ese acto de cumplimiento.[20] Además, si el incumplimiento de la obligación se vuelve definitivo, no es la teoría de la mora la que tendrá que aplicarse, sino la de la inejecución total de la obligación.

En lo concerniente a que la mora debe darse cuando exista una obligación exigible, Giorgi —citado por Wayar— es de opinión que el retraso en el cumplimiento debe sobrevenir al momento en que la obligación se torne exigible. Esto implica no solo la inexistencia de plazo o condición, sino además que debe tratarse de obligaciones dotadas de acción, y que el objeto de la prestación sea cierto en el *quid* o en el *quantum*.

En este sentido, Wayar refiere que un aspecto importante a tomar en cuenta es que no siempre el momento de constitución en mora coincide con el momento en que la obligación se hace exigible. Es evidente que entre exigibilidad y mora existe una íntima vinculación, pero dichos conceptos no llegan a confundirse. El primero es el *prius* lógico y cronológico del segundo; no puede haber mora si antes la obligación no se hizo exigible.

Para Antonio de la Vega Vélez,[21] la mora es el retraso contrario a derecho que sufre el deudor en el cumplimiento de su prestación a causa de un hecho que le es imputable. Además, es indispensable,

[20] Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, p. 14.
[21] De La Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, pp. 148 y 149.

por regla general, que el acreedor requiera o reconvenga al deudor para que cumpla la obligación. En este sentido, el autor sostiene que la mora puede sobrevenir de dos maneras: automáticamente, cuando el deudor ha dejado vencer el término contractualmente estipulado o pasar el tiempo útil sin dar cumplimiento a su prestación; o por acción del acreedor, mediante interpelación o requerimiento.

Consideramos que esta definición, a pesar de tomar en cuenta los elementos objetivos (retraso), subjetivos (culpabilidad) y formales (interpelación) de la mora, es incompleta, ya que no logra abarcar en el concepto la mora del acreedor, limitándose solo a la mora del deudor.

Con relación a este punto, Ernesto Wayar piensa que la definición de la mora debe comprender tanto la mora del deudor como la del acreedor. De esta manera, la inconducta del deudor se concretará cuando este, culposa o dolosamente, no satisfaga oportunamente la expectativa del acreedor. A su turno, el acreedor se hallará en mora cuando se niegue, culposa o dolosamente, a prestar la cooperación necesaria para lograr la extinción de la relación obligacional y, además, que el deudor le haya formulado a este ofertas reales de cumplimiento. En tal sentido, la simple negativa a recibir la prestación no basta para la configuración de la mora. Esta inconducta del acreedor constituye su elemento objetivo o material, el cual necesita complementarse con el elemento formal constituido por el ofrecimiento real de pago.

Hasta aquí las opiniones más importantes de los diferentes autores consultados en torno al concepto de la mora.

De las definiciones citadas, que constituyen una muestra representativa del tema dentro de la tradición jurídica peruana, hacemos nuestras las palabras del profesor Ernesto Clemente Wayar, por considerar que la suya es la definición más completa y precisa sobre mora,

ya que en ella se comprenden todos los elementos necesarios de la institución.

Así, la mora es una situación de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento, que manifiesta la preservación o continuación de existencia del vínculo jurídico u obligación al que está referida.

Se trata —además— de una situación anormal, en la medida que lo normal hubiese sido que se produjera el cumplimiento de la obligación; y el carácter de anormalidad está dado, precisamente, por cuanto no se está produciendo el decurso normal en la vida de la relación obligatoria, la misma que, conforme ha sido expresado oportunamente, debió «morir» por el pago (medio idóneo de extinción) o a través de cualquier otro medio extintivo de las obligaciones.

En otras palabras, en tanto la obligación haya sido extinguida, sea cual fuere el medio contemplado en la ley que haya conducido a tal extinción, no estaríamos en presencia de una situación anormal.

4. Elementos contenidos en la definición de mora que hemos adoptado

4.1. El retraso

Resulta necesario hacer hincapié en que el retraso en el cumplimiento constituye elemento indispensable para la existencia de la mora. Es evidente que no podría haber mora sin retraso o demora en el cumplimiento. Antes de que se produzca el retraso o la demora sería imposible que se presentara el fenómeno moratorio.

De acuerdo con lo expresado, y al adoptar el Derecho Civil Peruano como regla general aquella de la mora por intimación, resulta evidente que no toda demora o retraso determinará la constitución en mora, ya que podría no haber habido intimación.

Pero dentro del esquema peruano, cuando hay mora siempre habrá demora, ya que —sea por intimación o por tratarse de mora automática— necesariamente debe haber retraso en el cumplimiento.

En adición a lo señalado, cabe indicar que si el deudor cumpliera ulteriormente con pagar aquello que debe, luego de haber sido constituido en mora, dicho pago pondría fin al fenómeno moratorio (en tanto no seguirá habiendo mora si ya se ha pagado), pero la desaparición de la mora no suprimirá el hecho de que se haya pagado tardíamente.

4.2. La existencia de una obligación exigible

Dentro de la definición de mora que hemos adoptado, se hace referencia a que la situación moratoria implica la existencia de una obligación exigible. Sobre el particular ya nos hemos pronunciado, motivo por el cual remitimos al lector a los comentarios efectuados.

4.3. Que el incumplimiento se deba a causa imputable

Luego, hemos hecho referencia a la necesidad de que la obligación se encuentre en situación de incumplimiento, debido a una causa imputable.

Esta característica es indispensable para que se configure la mora.

Si en lo que respecta a la responsabilidad objetiva se cuestiona la vigencia de la vieja frase del Derecho Francés «no hay responsabilidad sin culpa» (*pas de responsabilité sans faute*), no se podría aplicar este cuestionamiento a la situación de mora.

Ello obedece a que el retraso —para poder ser moratorio— debe ser necesariamente culposo o doloso, lo que significa que tiene que haber culpa o dolo en el sujeto que queda constituido en mora, ya sea deudor o acreedor, salvo los casos excepcionales de la mora objetiva.

En caso de que se trate de la mora debitoria, supuesto más frecuente en la práctica, mal podría imaginarse que el deudor fuese constituido en mora si su incumplimiento obedeciera a un caso fortuito, fuerza mayor o si incumpliese a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil Peruano de 1984). Esto es así ya que la mora implica un requerimiento, sea explícito, implícito o automático, cuya finalidad es que el deudor cumpla con la prestación debida, independientemente de que dicho cumplimiento ya no revista carácter oportuno.

Y sería impensable que se le exija cumplir, si precisamente no puede dar cumplimiento a la obligación debido a una causa que no le resulta imputable, y cuya remoción tampoco le es posible. De allí que solo será factible que se produzca la mora cuando el deudor pueda, ya sea venciendo su poca diligencia, su negligencia o su mala voluntad, remover el impedimento que llevó a que no ejecutara la prestación debida.

4.4. Que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor

La siguiente característica es que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor.

Con ello simplemente se hace alusión a que el cumplimiento no se produzca en la fecha prevista, de conformidad a lo explicado en este estudio.

4.5. Que el acreedor rehúse las ofertas reales que se le formulan

Por otra parte, la definición adoptada hace referencia a cuando el acreedor rehúsa las ofertas reales que se le formulan.

Aquí sin duda se está aludiendo a la denominada mora del acreedor.

Esta es una figura que surge como necesidad de regular los supuestos en los cuales el deudor no puede cumplir porque su acreedor se niega a aceptar el pago o a colaborar para que el mismo se produzca.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1338 del Código Civil Peruano, «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».

Es claro que en el caso de la mora del acreedor debe seguirse similar criterio que el aplicado para la mora del deudor, especialmente en lo referido a que no bastará para que el acreedor se encuentre en mora con el hecho de que haya transcurrido el plazo de cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Ello se debe a dos razones: la primera a que el artículo 1238 del Código Civil establece como regla general, respecto al lugar de pago, que debe efectuarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que es en principio el acreedor quien debe concurrir a cobrar al deudor, de modo tal que en ausencia de cobro no podría decirse que el acreedor ha rehusado el pago, ni mucho menos que ha rechazado alguna oferta real, pues simplemente no se le habría formulado ninguna. Y la segunda, que el Código Civil ha adoptado como regla general el *principio dies non interpellat pro homine* (el solo paso del tiempo no interpela por el hombre). En ese orden de ideas, será necesaria la intimación del deudor al acreedor para que reciba el pago o cumpla con los actos requeridos o, en su defecto, el remoto supuesto de que en esas circunstancias se hubiera pactado mora automática en perjuicio del deudor.

4.6. Que la situación de mora subsista mientras la prestación sea posible

Otro de los elementos de la definición anotada se basa en que la situación de mora subsista mientras que la ejecución de la prestación,

aunque tardía, sea posible. Resulta evidente que para haber nacido jurídicamente válida, una obligación tiene que ser física y jurídicamente posible (argumento del artículo 140, inciso 2, del Código Civil Peruano).

Entonces es claro que cuando se hace referencia, en la definición anotada, a que la prestación deba seguir siendo posible, estamos aludiendo a que ella continúe siéndolo al momento de la constitución en mora, ya que de lo contrario se daría el contrasentido de exigirse el pago de una prestación que no resultase posible de ejecutar; y, si ello fuese así, no habría mora. Además, es obvio que persistirá la situación de mora precisamente mientras resulte posible el cumplimiento, pues si en pleno fenómeno moratorio sobreviniese la imposibilidad, acabaría la mora y a la vez se extinguiría la obligación.

4.7. Que la ejecución de la prestación todavía resulte útil para el acreedor

Finalmente, y para concluir con nuestras apreciaciones sobre la definición adoptada, debemos señalar que la mora subsiste mientras que la ejecución de la prestación, aunque tardía, todavía resulte útil para el acreedor.

En ese sentido, finalizaría la mora en la medida en que sobrevenga la inutilidad del cumplimiento de la prestación. Debemos admitir que la apreciación de la utilidad o ausencia de utilidad de la prestación, usualmente podrá revestir caracteres de orden objetivo, vale decir, fácilmente verificables, pero en otros casos podrá tener características eminentemente subjetivas, cuyo juzgamiento en los tribunales deberá ser apreciado por los jueces en estricto orden a la naturaleza del contrato celebrado y al interés del acreedor en la obligación incumplida.

Conforme a lo establecido por el artículo 1337[22] del Código Civil Peruano de 1984, «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».

---

[22] - **Fuentes nacionales del artículo 1337**
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; ni en el Proyecto de Código Civil de 1890.
El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el tema en su artículo 224: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor haya quedado sin utilidad la obligación para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución por parte del deudor, sin perjuicio de exigir el pago de daños y perjuicios»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, no registra antecedentes al respecto.
Por su parte, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, regulaba el tema en su artículo 1248: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor la obligación resultare sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución, y exigir el pago de daños y perjuicios»; en tanto el Código Civil de 1936, lo hacía en el numeral 1257: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultare sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución, y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios».
Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trataba el tema en el artículo 107: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultare sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución, y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el numeral 192: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1355: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1304: «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».
- **Fuentes y concordancias extranjeras**
Concuerdan con el artículo 1337 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 956, parágrafo único), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 393, parágrafo único), el Código Egipcio (artículo 178), y el Código de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 121).
Debemos mencionar, adicionalmente, que el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 946) trata el tema, con la salvedad que el acreedor puede exigir la entrega de los bienes dentro de la especie determinada, o pedir se resuelva la obligación.

Como ya se expresó, uno de los requisitos para que exista mora es que la prestación adeudada todavía resulte útil para el acreedor, lo que significa, en otras palabras, que ella le sea de interés; vale decir, que el acreedor espere su cumplimiento por parte del deudor, ya que el mismo le reportará los beneficios que esperaba al momento de haber contraído la obligación.

Uno de los temas más controvertidos en torno a los elementos constitutivos de la mora, como ya lo señalamos, es, sin duda, el de la utilidad que el cumplimiento tardío reporta al acreedor, ya que este último será el único que —en la práctica— podrá indicar con exactitud cuándo el futuro cumplimiento de la prestación que viene siendo incumplida ya no le resulta útil.

Evidentemente, a menos que se hubiese causalizado el motivo por el cual se celebraba el contrato del cual nacía la obligación, en muchos casos la utilidad o inutilidad no dejará de ser un elemento cuya valoración personal quedará íntegramente en manos del acreedor.

No obstante, debemos admitir que existen situaciones en las cuales el tema de la utilidad o inutilidad resultará relativizado por la naturaleza de la prestación.

Concretamente estamos pensando en el caso de las obligaciones dinerarias, habida cuenta de que resultaría muy difícil que el acreedor pudiese sostener que el pago de una cantidad de dinero debida pueda resultar inútil considerado en sí mismo. Para tal efecto, tendríamos que asumir que el pago de cantidades de dinero en algunas circunstancias no resulta útil a las personas; situación que difícilmente se presentará en la práctica, porque será casi imposible demostrar que el dinero es inútil para alguien.

No obstante lo señalado, debemos considerar que el análisis de la utilidad o inutilidad de una prestación —en lo que respecta al tema moratorio— no deberá ser apreciado considerando aisladamente a la obligación pendiente de cumplimiento, ya que muchas veces resultará indispensable estudiar la utilidad o inutilidad de una prestación en función del contrato en su conjunto, lo que implicará decidir si esa prestación, en un eventual futuro cumplimiento, devendrá en conveniente o inconveniente al acreedor, en torno de la relación jurídica contractual apreciada de manera global.

Por lo menos, siguiendo este criterio, la utilidad o inutilidad de las diversas prestaciones podrá ser apreciada de una manera más coherente y acorde con la naturaleza de lo que las partes han querido obtener de provecho al relacionarse jurídicamente, ya que muchas veces estas situaciones no podrán percibirse con claridad de manera aislada, sino a través de un razonamiento en conjunto.

Como ya lo manifestamos, el artículo 1337 del Código Civil dispone que si la obligación por la que el deudor ha sido constituido en mora resultase sin utilidad para el acreedor, este podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

En lo que respecta al primer extremo de la norma, el mismo resulta acorde con la naturaleza de la inutilidad de las obligaciones, ya

que un actuar consecuente en caso de que la obligación resulte inútil para el acreedor, es que este último rehúse aceptar su cumplimiento. Lo contrario sería absolutamente contradictorio.

Por otra parte, si el acreedor hubiese aceptado el pago, ello significaría que al momento de aceptarlo habría convenido en que la prestación le resultaba útil.

Si el acreedor hubiese cambiado de parecer posteriormente, y aquello que le pareció útil luego le resultaba o creyera que le resultare inútil, tal situación no debería tener relevancia para el Derecho, debiéndose considerar que el deudor que se encontraba en mora habría purgado su estado moratorio, al producirse el pago de la obligación.

En este sentido, el acreedor solo podría reclamar al deudor el pago de los daños y perjuicios de carácter moratorio que eventualmente se hubiesen devengado. No podríamos hablar de daños y perjuicios compensatorios.

En lo que respecta a la segunda parte del artículo 1337 del Código Civil Peruano, esta establece que si el acreedor rehusase el cumplimiento por la inutilidad de la obligación, tendrá derecho a exigir del deudor el pago de los daños y perjuicios de carácter compensatorio.

Esto resulta absolutamente natural, en la medida que estaríamos hablando de un incumplimiento de carácter definitivo y, como se sabe, los daños y perjuicios compensatorios son aquellos destinados a indemnizar el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento parcial o defectuoso.

5. Mora e incumplimiento absoluto

Se entiende por incumplimiento absoluto la imposibilidad definitiva de ejecutar la prestación debida, extinguiéndose la obligación por haber devenido en imposible su cumplimiento, sea la prestación de la naturaleza que fuere.

Para el caso de las obligaciones de dar bienes ciertos se aplicarán las normas consignadas en los artículos 1137 y 1138, preceptos referidos a la pérdida de los bienes y la teoría del riesgo. Pero el tema tendrá similar relevancia tanto en las obligaciones de hacer, como en las de no hacer, cuando sobrevenga la imposibilidad absoluta y definitiva de ejecutar la prestación debida.

Es claro que si se produjera un incumplimiento absoluto no podríamos hablar de la posibilidad de constituir en mora al deudor, ya que sería contradictoria la coexistencia del fenómeno moratorio (que precisamente parte de la idea de que se pueda cumplir la obligación) con el hecho de que la obligación no se pueda cumplir. Pero la imposibilidad de cumplimiento no solo puede determinarse en el marco de una obligación, sino también de modo sobreviniente, cuando dicha obligación ya se encuentra en estado de mora.

Si esta última eventualidad acaeciese, la obligación se extinguiría de inmediato, a la vez que resultaría evidente la desaparición del estado de mora.

6. CLASIFICACIÓN DE LA MORA

6.1. La mora según los sujetos involucrados

6.1.1. La mora del deudor

6.1.2. La mora del acreedor

La clasificación más importante de la mora, por sus diferentes consecuencias y efectos jurídicos, es la que distingue entre mora del deudor *(solvendi, debitoris* o *debendi)* y mora del acreedor *(accipiendi, creditoris* o *credendi).* De esta manera, la inejecución de la obligación —dependiendo del tipo de mora de que se trate— puede ser motivada por el deudor o por el acreedor.

A lo largo de esta obra desarrollaremos detalladamente cada una de esas clases de mora. Por el momento solo mencionaremos las normas legales que prevén tal división.

Los artículos 1333 y 1337, antes transcritos, se ocupan de la mora del deudor, conjuntamente con los numerales 1334, 1335 y 1336.[23]

Por su parte, los artículos 1338, 1339 y 1340 tratan acerca de la mora del acreedor.[24]

6.2. La mora en las obligaciones con pluralidad de objetos

6.2.1. La mora en las obligaciones conjuntivas

Como sabemos, la obligación conjuntiva es aquella que tiene dos o más prestaciones y todas deben ser cumplidas por el deudor, revis-

---

[23] 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».
Artículo 1335.- «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá».
Artículo 1336.- «El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun 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».

[24] 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».
Artículo 1339.- «El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso».
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».

tiendo, sin embargo, la característica de que las prestaciones usualmente tienen relación entre sí, a pesar de que nada impide que sean independientes.

En consecuencia, el deudor incurrirá en mora desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de alguna o de todas las prestaciones.

6.2.2. La mora en las obligaciones alternativas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1161 del Código Civil, el obligado alternativamente a diversas prestaciones, solo debe cumplir por completo una de ellas.

Para tal efecto, resulta de importancia lo previsto por el artículo 1162, en el sentido de que la elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero. Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.

Y es también relevante señalar que resultan aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144, el mismo que establece que a falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.

Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección debe practicarla el acreedor. Si la elección se confía a un tercero y este no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquel el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

Esto significa que si partimos del supuesto en que es el deudor quien deba efectuar la elección y no la hiciere, el acreedor podrá elegir la prestación y proceder a exigir al deudor su pago, constituyéndolo en mora cuando ello procediera.

Es evidente que si la elección de la prestación correspondía desde un inicio al acreedor, este podrá efectuar la elección y solo después de notificar al deudor, ante la falta de pago, lo podrá constituir en mora.

Si la elección correspondiese a un tercero o al juez, deberá esperarse la respectiva elección, y luego de verificado el incumplimiento del deudor recién el acreedor lo podría constituir en mora.

6.2.3. La mora en las obligaciones facultativas

La obligación facultativa contiene dos prestaciones: una principal y otra accesoria.

En estos casos, como se sabe, más allá de la facultad de sustitución en el pago de que goza el deudor, el acreedor solo puede exigir o requerir el cumplimiento de la prestación principal; nunca lo podrá hacer en relación a la accesoria.

Similar razonamiento rige en torno de la constitución en mora. Esta solo será posible respecto a la prestación principal.

6.3. La mora en las obligaciones con pluralidad de sujetos

Como se recuerda, las obligaciones con pluralidad de sujetos son aquellas que recaen sobre varios acreedores, varios deudores o varios acreedores y varios deudores a la vez, con relación a una prestación debida y en virtud de una causa única.

Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis del tema de las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias en el Código Civil.[25]

---

[25] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo II, pp. 455 - 460.

La mora en las obligaciones de sujeto simple, es decir entre un deudor y un acreedor (dos centros de interés), se caracteriza porque sus consecuencias deben ser soportadas por la persona a quien se impute el retardo.

En cambio, en la mora en las obligaciones de sujeto múltiple, se debe determinar si los efectos de la misma recaen únicamente sobre el infractor, o si se extienden y alcanzan a todos los que integran el mismo polo de la relación (pasivo o activo). La solución depende de si se ha establecido o no la solidaridad en el título constitutivo de la obligación, y de la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación.

En las obligaciones de sujeto múltiple es de aplicación el principio de fraccionamiento o divisibilidad, según el cual la prestación debe fraccionarse en tantos segmentos como sujetos existen (artículo 1172). La indivisibilidad y la solidaridad constituyen excepciones a la regla.

6.3.1. La mora en las obligaciones mancomunadas con prestación divisible

Una obligación en la que exista pluralidad de acreedores o de deudores será mancomunada, a menos que la ley o el título de la obligación establezcan en forman expresa la solidaridad (argumento del artículo 1183), vale decir, que la prestación a cargo de los deudores será susceptible de cumplimiento fraccionado respecto de los acreedores, y la exigibilidad de la misma por parte de estos a aquellos también lo será, respondiendo cada deudor frente a cada acreedor por la fracción correspondiente del total de la prestación, y pudiendo cada acreedor exigir a cada deudor solo su participación en el total de la prestación.

Naturalmente, la situación prevista para la mancomunidad solo operará si la prestación resultase divisible. En ningún caso se aplicarán las reglas enunciadas si ella fuese indivisible.

Las consecuencias jurídicas generadas por las obligaciones divisibles y las obligaciones mancomunadas son idénticas; ambas siguen el principio de la división de las deudas (argumento del artículo 1182 del Código Civil Peruano). En este sentido, las obligaciones mancomunadas con prestación divisible pueden contraerse entre varios acreedores con un solo deudor (activa), entre más de un deudor con un solo acreedor (pasiva), o entre varios deudores y varios acreedores (mixta).

La obligación divisible y mancomunada es la menos severa para los codeudores, pues cada uno responde tan solo por su parte en la deuda y, a su vez, cada coacreedor solo puede exigir a cada codeudor la parte en el crédito que le corresponda.

Con referencia a la situación de mora del deudor en las obligaciones mancomunadas con prestación divisible, según el Código de Vélez Sarsfield «la mora o la culpa de uno de los deudores no tiene efecto respecto de los otros». De esto se deduce que la mora es estrictamente personal; solo el culpable del retraso debe soportar sus consecuencias. Este es el principio general, derivado de aquel otro que impone el fraccionamiento como regla para estas obligaciones.[26] El Código Peruano no prevé una norma específica sobre el particular, pero la solución teórica y práctica es la misma que en Argentina.

En virtud de lo expuesto, queda claro que en la obligación divisible y mancomunada, el deber de cada uno de los deudores es distinto e independiente al de los otros, por lo que cada uno de ellos queda obligado solo hasta el límite de su parte en la deuda.

Es pertinente señalar que la constitución en mora no modifica el principio, pues el deudor interpelado continúa obligado solo hasta el

---

[26] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 146.

límite de su parte en la deuda, aunque sí quedará obligado a reparar íntegramente los daños y perjuicios que su morosidad hubiere causado en proporción a su fracción en la deuda.

Conviene indicar, por lo demás, que el mecanismo de constitución en mora en forma automática y simultánea con relación a todos los codeudores no faculta al acreedor para reclamar el íntegro de la deuda original a uno de los codeudores ni para reclamar el íntegro de los daños y perjuicios a uno solo de ellos. Aquí persistirá la regla del fraccionamiento, en el sentido de que la exigibilidad siempre estará limitada a la parte que le corresponde a cada deudor, pues se trata de una obligación divisible y mancomunada.

Por otro lado, respecto a la situación de mora del acreedor en las obligaciones mancomunadas con prestación divisible (mancomunidad activa) rige el mismo principio de la división del crédito o de la deuda que en la mora del deudor: la mora de uno de los acreedores en recibir la prestación no tiene efecto respecto de los otros, siendo su carácter estrictamente personal.

Sobre el tema, Wayar[27] sostiene que las ofertas reales de pago solo tienen virtualidad moratoria respecto del acreedor que se hubiera negado a recibirlas. En este sentido, no operaría la mora automática, ya que con relación al o a los acreedores siempre será necesario que el deudor ofrezca pagar.

Un ejemplo que ilustra esta situación sería el siguiente: si Juan, Pedro y José son acreedores de Ernesto, este último deberá ofrecer a cada uno de ellos separadamente el cumplimiento, a fin de constituirlos en mora. Es obvio, además, que la oferta debe fraccionarse entre tantas partes como acreedores haya (en este caso, en tres partes).

[27] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 149.

De lo expuesto se infiere que la mora en las obligaciones mancomunadas con prestación divisible, tanto en el caso de la mora del deudor como del acreedor, solo perjudica al deudor constituido en mora o al acreedor que rechaza la oferta de pago o que no realiza los actos de colaboración necesarios para que se pueda verificar el pago. De esta manera, sus efectos no se trasladan a los sujetos restantes.

6.3.2. La mora en las obligaciones mancomunadas con prestación indivisible

En la obligación indivisible existe prestación única —con pluralidad de sujetos activos o pasivos— que debe cumplirse en solución única. En tales obligaciones prevalece un solo derecho de crédito y, correlativamente, una sola deuda.

Sin embargo, en la obligación indivisible, por principio, no debería uno solo de los deudores estar obligado por el íntegro; si lo está, ello obedece a la naturaleza de la prestación debida, al mandato de la ley, o al modo en que fue considerada al constituirse.[28]

Ahora bien, cuando la obligación es indivisible y mancomunada, lo primero impide la división de la deuda y del crédito. Se aplicarán, por tanto, las reglas de la indivisibilidad.[29]

Cabe destacar que de acuerdo con el artículo 1181 del Código Civil Peruano, las obligaciones indivisibles y mancomunadas se rigen por diversas normas de las obligaciones solidarias, encontrándose entre ellas una de especial relevancia respecto al tema que nos ocupa. Se trata del artículo 1194, referido a la constitución en mora.

[28] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre, *Op. cit.*, Primera Parte, tomo II, pp. 467 - 474.

[29] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo II, p. 470.

En consecuencia, a la mora en las obligaciones mancomunadas con prestación indivisible se aplica el artículo 1194 del Código Civil, según el cual la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto de los demás; en tanto que 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.

Sobre el particular remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis del artículo 1194 del Código Civil.[30]

6.3.3. La mora en las obligaciones divisibles y solidarias y en las obligaciones indivisibles y solidarias

Respecto al análisis doctrinario y legislativo de la mora en las obligaciones divisibles y solidarias y en las obligaciones indivisibles y solidarias, nos hemos ocupado en extenso al comentar el artículo 1194 del Código Civil, a cuyo estudio remitimos al lector.[31]

6.4. La mora según el factor de imputabilidad o atribución de responsabilidad

6.4.1. En caso de dolo o culpa

Como sabemos, según la doctrina mayoritaria la regla general en cuanto al factor de imputabilidad para la configuración de la mora es la culpa o el dolo (imputabilidad subjetiva), salvo los casos excepcionales de mora objetiva. En este sentido, el elemento subjetivo se constituye como esencial para la existencia de la mora, de forma tal

[30] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo III, pp. 336 - 341.

[31] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo III, pp. 329 - 341.

que ante la ausencia del mismo, no se genera responsabilidad para el sujeto que haya incurrido en retraso.

6.4.2. En ausencia de dolo o culpa

Sin embargo, existen supuestos excepcionales establecidos por la ley, en los cuales, a pesar de la ausencia de culpa o dolo, el deudor se hace responsable de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso (imputabilidad objetiva). Un ejemplo de ello sería el caso del pacto de garantía o asunción del caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo 1317 del Código Civil prevé la posibilidad de que el deudor asuma expresamente, ya sea en virtud de la ley o por el título de la obligación, la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados ante situaciones en las que no exista causa imputable, dentro de las cuales se hallan el caso fortuito y la fuerza mayor, e incluso aquellos en los que el deudor hubiese actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias y, no obstante ello, se hubiera producido el incumplimiento de la obligación.

Por otra parte, el artículo 1336[32] del Código Civil prescribe que «El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios

[32] Artículo 1336.- «El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun 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».

- Fuentes nacionales del artículo 1336

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, trata el tema en sus artículos 742: «Es responsable el deudor a los intereses y daños, cuando ha sido moroso en cumplir con su obligación, a no ser que la cosa que se hubiese obligado a dar o hacer, no pueda darse o hacerse, sino en un cierto tiem-

po, que ha dejado pasar»; y 743: «El obligado, aun cuando no haya mala fe de su parte, será condenado al pago de intereses y daños, ya sea que resulten de omisión, o ya de tardanza en el cumplimiento de la obligación, siempre que no justifique que la falta proviene de una causa extraña, que no puede imputársele»; en tanto que el Código Civil de 1852, no tocaba el tema.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, trataba la materia en el artículo 1436: «El deudor es responsable de los daños y perjuicios que causa al acreedor por su morosidad en el cumplimiento de la obligación»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en el artículo 213: «El deudor que estuviese en mora responderá de los daños y perjuicios, y aún del caso fortuito.- Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en mora sin culpa alguna de su parte o que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida aun cuando la ejecución se hubiese llevado a cabo a su debido tiempo»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1247: «El deudor que estuviese en mora responderá de los daños y perjuicios, y aun del caso fortuito.- Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en mora sin culpa alguna de su parte; o que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1256: «El deudor que estuviese en mora responderá de los daños y perjuicios, y aun del caso fortuito.- Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en mora sin culpa alguna de su parte; o que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, abordaba el tema en su artículo 106: «El deudor que estuviese en mora responderá de los daños y perjuicios, y aun del caso fortuito.- Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en mora sin culpa alguna de su parte; o que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 191: «El deudor en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun 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».

Finalmente, el artículo 1354 del Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, prescribe lo siguiente: «El deudor en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun 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

que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que

la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente»; y el artículo 1303 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, tiene el siguiente texto: «El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun 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».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Coinciden con el artículo 1336 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Guatemalteco de 1973 (artículo 1433), Paraguayo de 1987 (artículo 423), Brasileño de 1916 (artículos 956, primer párrafo, y 957, segundo párrafo), Portugués de 1967 (artículo 807), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículos 393, primer párrafo, y 397, segundo párrafo), Etíope (artículo 1798), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 89 —precisando que «Cuando el deudor esté en mora y no puede imputársele un caso fortuito la obligación se extingue, en el caso que aun habiendo sido entregada la cosa, ésta igualmente se hubiese perdido. Cualquiera fuese la pérdida o perecimiento de la cosa, ello no lo sustrae del pago por daños y perjuicios»—), de la República de China de 1930 (artículo 231), Argentino (artículo 508), de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 121) y Alemán (artículos 286: El deudor ha de indemnizar al acreedor el daño ocasionado por la mora. Si a consecuencia de la mora la prestación no tiene ya ningún interés para el acreedor, este —rechazando la prestación— puede exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento; y 287: El deudor durante la mora ha de responder de toda negligencia. Es también responsable de la imposibilidad de la prestación ocasionada por caso fortuito, durante la mora, a no ser que el daño se hubiere producido también en caso de haber cumplido la prestación a tiempo).

El Código Civil Francés (artículo 1147) establece que el deudor es condenado, si ha lugar, al pago de los daños y perjuicios, ya sea en razón del incumplimiento de la obligación, ya sea en razón de retraso en el cumplimiento, cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena, que no puede serle imputada, aunque no haya una mala fe de su parte.

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1221) prescribe que el deudor que esté en mora no queda liberado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación que derive de causa no imputable a él, si no prueba que el objeto de la prestación habría perecido igualmente en poder del acreedor; en cualquier modo que haya perecido o se haya extraviado una cosa sustraída ilícitamente, la pérdida de ella no libera a quien la ha sustraído de la obligación de restituir su valor.

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».

Esta norma señala las consecuencias que debe asumir el deudor que ha incurrido en mora; pero, además, determina que la mora requiere, para configurarse, de un retraso culpable, ya que si el retraso fuera sin culpa no habría mora. De esta manera nuestro Código, en ese tema, también se adscribe —como muchos otros Códigos— al criterio de la imputabilidad subjetiva.

De lo dicho se infiere que el deudor responderá de los daños y perjuicios que se originen por caso fortuito o fuerza mayor, cuando el incumplimiento de la obligación se verifique luego de que el deudor se encuentre en mora.

Es obvio que si el caso fortuito o la fuerza mayor que determina el incumplimiento, hubiera acontecido antes del requerimiento de pago por parte del acreedor al deudor, ello originaría la liberación de este último, pues nunca se habría hallado en mora.

Debemos observar, como es evidente, que lo expuesto precisa, en adición, que se encuentren presentes todos los demás requisitos que exige la constitución en mora.

6.5. La mora en relación a la magnitud del incumplimiento. Mora total y mora parcial

La distinción entre mora total y mora parcial radica en el factor cuantitativo, el mismo que se encuentra íntimamente relacionado con el principio de integridad del pago, consagrado en el artículo 1220 del Código Civil.

En virtud de este precepto, se entenderá efectuado el pago solo cuando el deudor ejecute íntegramente la prestación; por ello, este no

podrá compeler al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de dicha obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen (artículo 1221 del Código Civil).

6.5.1. Mora total

Este supuesto de mora se origina cuando el deudor no cumple oportunamente con ejecutar la totalidad de la prestación a su cargo y se le constituye en mora para que proceda a realizarlo.

Además, la mora total solo operará en las obligaciones que no precisen de un plazo esencial sino solo accidental, ya que de tratarse del primer tipo de esas obligaciones, el retraso en la ejecución de la prestación se convertirá en incumplimiento absoluto, por lo que se aplicarían las reglas de la inejecución total de la obligación.

Por otro lado, en el ámbito práctico, la mora total se pone de manifiesto con mayor frecuencia. Los deudores, cuando no pueden ejecutar de modo oportuno el íntegro de la prestación, usualmente es porque no se hallan en posibilidad de cumplirla ni siquiera de modo parcial, y lo que requieren es de un tiempo mayor para poder ejecutarla en su totalidad.

6.5.2. Mora parcial

Es pertinente recordar que, en principio, y como ya lo expresamos, para que el acreedor deba aceptar un pago parcial, se precisa la existencia de un contrato o de una norma legal que así permita proceder al deudor (argumento del artículo 1221).

En síntesis, para que se configure un supuesto de mora parcial, es necesaria la concurrencia de dos condiciones importantes: primero, que el acreedor acepte el cumplimiento parcial, es decir, que haya renunciado al derecho de rechazar semejante ofrecimiento, o que la ley lo obligue a aceptarlo; y segundo, que el acreedor no conceda un

nuevo plazo para que el deudor pueda cumplir la parte impaga. De esta manera, si el acreedor no rechaza el ofrecimiento de pago fraccionado, o concede una prórroga al deudor para que ejecute el resto de la prestación, la mora parcial no será posible.[33]

Por otro lado, resulta importante distinguir la forma como opera la mora parcial dependiendo del tipo de obligación de que se trate. En este sentido, es relevante manifestarnos en torno a las obligaciones de ejecución continuada o de tracto sucesivo y a las obligaciones de plazo esencial.

Respecto de la primera clase de obligaciones, debemos precisar que cada entrega fraccionada tiene su propio plazo de cumplimiento. Por lo tanto, si el acreedor incurre en mora respecto de una cuota, se habrá configurado un supuesto de mora total respecto a esta. Obviamente, con relación a las cuotas que aún no han vencido no será posible el cobro respectivo, como sí lo sería en relación con la ya vencida. Sería el caso de la falta de pago de una cuota del precio pactado a plazos en un contrato de compraventa.

Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1323 del Código Civil —precepto aplicable a la generalidad de obligaciones— en el supuesto que se registre un incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, el acreedor tendría el derecho de exigir al deudor el pago inmediato del saldo; en consecuencia, se tendrán por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario. En este caso, la mora operaría de manera total respecto a todas las cuotas, es decir, incluso con relación a las que ni siquiera hubieran vencido.

En las obligaciones sujetas a plazo esencial no podría operar el supuesto de mora parcial. Esto obedece a que en esa clase de obligaciones la ejecución de la prestación en el plazo señalado es absolutamente determinante para la satisfacción del acreedor, de tal forma que pasado dicho período, el acreedor pierde totalmente el interés por la ejecución de la prestación.

[33] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 252.

En este tipo de obligaciones es posible, sin embargo, que el acreedor acepte que el deudor ejecute parcialmente la prestación, siempre que se realice dentro del plazo señalado. Lo fundamental es que el pago se efectúe en el período convenido, ya que de lo contrario se configuraría un supuesto de incumplimiento. En este sentido, una vez que el deudor haya ejecutado oportuna pero parcialmente la prestación, ya no tendría cabida la mora parcial, pues respecto de la parte de la prestación que no se ha podido cumplir dentro del plazo señalado, únicamente habría incumplimiento.

Sobre este tema Wayar[34] sostiene que deben tenerse en cuenta los siguientes principios generales:

- No es técnicamente posible la configuración de la situación de mora parcial.
- En virtud de la autonomía de la voluntad, el acreedor puede aceptar una ejecución parcial o disminuida, siempre que esta se verifique en el tiempo convenido.
- Si se tratase de un contrato con prestaciones recíprocas, estas deben reajustarse equitativamente hasta el límite de la porción disminuida, de modo que el acreedor solo quede obligado con una contraprestación equivalente.
- Si la obligación del deudor es unilateral, el acreedor está facultado a exigir la reparación de los daños hasta el límite de la parte incumplida.

[34] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 255.

En opinión nuestra, la mora parcial sí resulta factible dentro del Derecho de Obligaciones. Sin embargo, es necesario efectuar una distinción en esta tesis.

Nos referimos fundamentalmente al hecho de considerar que el incumplimiento haya recaído sobre una prestación de un conjunto de prestaciones independientes, vale decir, sobre una prestación de una obligación conjuntiva; o si el incumplimiento hubiera recaído sobre la falta de pago de una parte de una prestación única.

En el primer caso, esto es en el de las prestaciones conjuntivas, si se hubiera incumplido una de ellas y el acreedor constituyera al deudor en mora sobre esa prestación, es evidente que nos encontraríamos ante un supuesto de mora total y no de mora parcial, pues el estado moratorio habría recaído sobre la integridad de la prestación referida. En otras palabras, no quedaría ninguna otra prestación impaga que formase parte de dicho estado moratorio.

Sin embargo, también podríamos plantearnos el supuesto en el cual exista más de una prestación que no hubiese sido pagada por el deudor. Podríamos citar, como ejemplo, el de un contrato de arrendamiento en el cual el inquilino o arrendatario hubiera dejado de pagar las dos últimas mensualidades. Es evidente que si el propietario del inmueble le reclamase el pago de ambas, habría mora total, pero también es claro que si solo le reclamase el pago de la última y no de la penúltima (o sea de una de las dos), entonces habría mora parcial, porque el estado moratorio solamente recaería sobre una prestación de aquellas que han sido incumplidas.

En otras palabras, en estos casos el estado de mora no recaerá sobre el íntegro de aquellas prestaciones que vienen siendo incumplidas, sino solo en relación con alguna de ellas.

Esta situación de ambigüedad jurídica respecto de una misma obligación, nos plantearía la situación de mora parcial del deudor.

Por otra parte, si hablásemos del pago del precio en una compraventa en la que el comprador hubiera incumplido con el pago de una sola cuota y el vendedor le reclamase el pago de la misma, es claro que estaríamos frente a un supuesto de mora total, al estarse exigiendo el pago de todo aquello que se debe.

Sería mora parcial, en cambio, si habiendo incumplido el comprador con el pago de dos o más cuotas del precio, el vendedor solamente le reclamara el pago de alguna o algunas de ellas.

En este caso, a diferencia del ejemplo del contrato de arrendamiento, estaríamos en presencia de una prestación cuyo cumplimiento ha sido acordado en partes; pero, al igual que en el supuesto anterior del arrendamiento, lo importante para la configuración de la mora parcial sería que el acreedor solamente reclamara el pago de una parte del objeto de la obligación incumplida (vale decir, que se le pague alguna de las prestaciones incumplidas o parte de algunas cuotas de la única prestación incumplida).

En conclusión, es perfectamente factible la existencia de mora parcial dentro del Derecho Peruano, siendo evidente que sus efectos sólo repercutirán sobre aquellas partes de la prestación o aquellas prestaciones que sean materia de intimación o requerimiento.

7. Requisitos de la situación de mora del deudor

En principio, y como hemos visto, los requisitos o elementos esenciales para que se configure la situación de mora del deudor son el retraso —elemento objetivo o material—, la culpabilidad —elemento subjetivo— y la interpelación —elemento formal—.

Excepcionalmente se podrá prescindir del elemento formal en los casos de la mora *ex re* o mora sin interpelación, prevista por los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 1333 del Código Civil y por la regla general del Código de Comercio.

7.1. El retardo en el cumplimiento de la conducta debida

Para abordar adecuadamente el tema que nos ocupa, es necesario analizar lo que significa la figura del incumplimiento, ya que cuando nos referimos al retraso en el cumplimiento de una obligación, inevitablemente debemos pensar en la existencia de un incumplimiento (en el sentido de cumplimiento tardío).

Al respecto, Ernesto Wayar[35] define el incumplimiento como «la situación anormal de la relación de obligación, originada en la conducta antijurídica de cualquiera de los sujetos vinculados, que impide u obstaculiza su realización». Este incumplimiento influye sobre el vínculo obligatorio en dos acepciones: extinguiéndolo (frustrando al acreedor), o prolongándolo (impidiendo la liberación del deudor).

Añade el autor citado que el incumplimiento es siempre una conducta contraria a Derecho, con fuerza suficiente para modificar el desenlace normal de la obligación, que nació para ser cumplida, pero que puede tener un fin distinto. De esta manera, el incumplimiento se configura con la sola transgresión del plano normativo, lo que permite considerar que el mero retardo es una especie de incumplimiento, sin que sea necesario reprochar al sujeto culpabilidad alguna. En este sentido, la falta de cooperación del acreedor elimina la culpa del deudor. Sin embargo, el retardo en que incurra, debido a esa causa, será siempre un ilícito objetivo, es decir, un incumplimiento.

En síntesis, el retraso es la demora en el cumplimiento de la obligación debida, originada por la actitud del deudor de dejar transcurrir el tiempo de pago sin ejecutar la prestación, dilatando, de esta manera, la extinción del vínculo jurídico que lo une con el acreedor. Aquí el retraso se traduce en la disconformidad que se aprecia entre la conducta efectuada por el deudor con la conducta debida por él.

[35] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 494-497.

Respecto al tema del incumplimiento, es necesario poner el acento en que el retraso —como uno de los elementos esenciales para la configuración de la mora del deudor— debe ser un incumplimiento relativo, no absoluto, para que exista la posibilidad de que el deudor pueda llegar a cumplir su prestación aunque sea tardíamente.

Uribe Holguín,[36] por su parte, sostiene que lo que diferencia al retardo de la inejecución absoluta y de la ejecución imperfecta es la circunstancia de que estas dos últimas formas de falta de pago son definitivas, en el sentido de que no es posible —o no es admisible— que el deudor aún pague o rehaga el pago; en cambio, en el retardo se observa una falta de pago con carácter transitorio. Esto se produce en virtud de que el deudor no ha pagado nada, o ha pagado mal, pero todavía se le admite que cumpla con el objeto no ejecutado en absoluto, o que rehaga, corrija o complete la ejecución que, por concepto de calidad o de cantidad, realizó imperfectamente.

El autor citado precisa, además, que el retardo puede tener por causa el hecho u omisión del propio deudor, o también puede ser una fuerza mayor o caso fortuito determinante de imposibilidad pasajera de pagar, como es el caso del embargo y secuestro de la cosa. En este sentido, se pregunta si la causa del retardo es el hecho o la omisión del deudor, y si estos fenómenos implican necesariamente dolo o pueden provenir de mera culpa.

Al respecto, Uribe Holguín refiere que a primera vista la falta transitoria de pago no debida a fuerza mayor o caso fortuito es siempre dolosa, ya que observando el asunto superficialmente no se aprecia cómo quien puede pagar y en los hechos no paga, incurra en esta omisión de manera no intencional.

[36] Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, pp. 113-115.

Sin embargo —anota Uribe Holguín—, examinando el punto con mayor atención, se concluye que el retardo no determinado por fuerza mayor o caso fortuito puede provenir indistintamente de dolo o de culpa del deudor. Si este por descuido u olvido no entrega la cosa que debe cuando llega el momento del pago; si por imprudencia no alcanza a tenerla en el lugar en donde debe entregarla; si por negligencia o impericia no termina dentro del plazo estipulado la tarea o trabajo que se ha obligado a ejecutar, incurre, en todos estos casos, en culpa y no en dolo.

Cabe aquí precisar que en el Derecho Peruano bastaría que el incumplimiento hubiese obedecido a culpa del deudor.

En tal sentido, y en virtud del artículo 1329 del Código Civil, se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

No obstante la existencia de dicha presunción, ella es *iuris tantum*, pudiendo el deudor liberarse si probara que su incumplimiento obedeció a causa no imputable (caso fortuito, fuerza mayor o que ha incumplido a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias). Pero también resulta evidente que el acreedor puede agravar la situación del deudor en la medida que demuestre que dicho incumplimiento obedeció a causa imputable a este último, distinta de la culpa leve, vale decir, si acredita que el deudor ha incumplido por culpa inexcusable o dolo.

De lo expuesto se puede concluir que para que se presente el elemento material de la mora, es decir, el retardo, es necesario que el deudor haya incurrido en un incumplimiento relativo, entendiéndose como tal, un retraso en el cumplimiento.

Por otro lado, es necesario precisar que cuando hablamos del retardo como elemento constitutivo de la situación de mora del deudor, no nos referimos al mero retraso en el que objetivamente debe

ponderarse el transcurso del tiempo, con un criterio puramente material, que exime toda investigación sobre el comportamiento de quien lo provoca o, simplemente, deja que se configure. En este sentido, Alterini y López Cabana[37] consideran que la demora es una verdadera situación jurídica subjetiva, puesto que es de las que hacen nacer fundamentalmente prerrogativas para sus beneficiarios, a diferencia de las situaciones jurídicas objetivas, que generan, en cambio, ciertos efectos —derechos o deberes— preestablecidos imperativamente y con independencia de la voluntad de sus titulares.

Sin embargo, conviene señalar que la demora que solo produce un incumplimiento temporal, sin encontrarse unida a los demás elementos que le permitan ser reconocida como mora, puede también ser jurídicamente relevante, a pesar de que no produzca idénticos efectos que la mora. Su consideración se detendrá en el examen del desajuste temporal y bastará para que, prescindiendo de toda connotación subjetiva o de la concurrencia de formalidad alguna, genere otras consecuencias, independientemente de la reparación de daños.

En la doctrina española se ha juzgado útil distinguir la mora del simple retraso relevante, o simple retardo culposo, en la medida que la mora solo se configura allí desde que el cumplimiento haya sido exigido por el acreedor, judicial o extrajudicialmente, e involucra los casos en que, no cumplida esta formalidad, la concurrencia parcial de los demás elementos, retardo y culpa, provocan en el ordenamiento hispano efectos particulares.[38]

En relación con los efectos que tiene la simple demora, Alterini y López Cabana precisan que, de acuerdo al régimen jurídico argenti-

---

[37] Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana. *Temas de Responsabilidad Civil*, p. 49.

[38] Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, p. 52.

no, estos son los que vamos a enunciar a continuación, pero analizándolos con estricto apego al Derecho Peruano:

a) La simple demora en el cumplimiento de los deberes de colaboración, a los que tiene derecho a acceder quien tenga *ius solvendi*, le abre las vías legales para liberarse con intervención judicial.

   Como se recuerda, la consignación es un mecanismo que tanto la ley sustantiva como la ley procesal otorgan al deudor cuando, por diversas razones, sean imputables o no al acreedor, no le resulta posible pagar directamente.

   Como sabemos, si el acreedor no realizara los deberes de colaboración indispensables para que el deudor pudiese ejecutar su obligación, una situación de esta naturaleza (si es que ha habido previo requerimiento del deudor a efectos de que se produzca la mencionada colaboración) generaría la constitución en mora del acreedor.

   Lo antedicho equivale a señalar que la constitución en mora en materia consignatoria no necesariamente se produce con la consignación en sí misma, sino con el ofrecimiento de pago, ya sea judicial o extrajudicial, siempre y cuando se presenten los demás requisitos de la mora.

   Es evidente, por lo demás, que la consignación otorga al deudor el mecanismo para, forzando al acreedor a recibir el pago, liberarse de su obligación.

b) La simple demora del destinatario de una oferta en aceptarla, o del beneficiario de una estipulación, es relevante para hacerle perder la facultad respectiva, como consecuencia del derecho de revocación que compete al oferente y al estipulante.

En el caso peruano, debemos recordar lo establecido por el Código Civil en el Título relativo al Consentimiento.

Ahí se señala que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente (artículo 1373).

En adición con lo expuesto, el artículo 1374 establece que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona, se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Resulta conveniente recordar que por Ley N.° 27291, se agregó un párrafo al artículo 1374, en el sentido de que si esas declaraciones contractuales se realizan a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

Esta adición ha perturbado el régimen antes vigente, en la medida que el Código Civil adoptó originalmente la teoría de la recepción con presunción de cognición y, en este caso, ha optado por la teoría de la recepción, pero no en cuanto a la declaración misma, sino en cuanto al acuse de recibo, lo que implica agregar un elemento a la cadena de momentos en que deba considerarse celebrado un contrato.

c) La exigibilidad del crédito, unida al retardo de ambos sujetos de la obligación, es suficiente para que el plazo de prescripción comience a correr, pues la ley no especifica que alguno de ellos deba ser constituido en mora.

Ello deviene en aplicable en el Derecho Nacional, en la medida que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1993 del Código Civil, la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho; no exigiendo la ley peruana, para que transcurran los plazos prescriptorios, el requisito de que alguna de las partes comprometidas deba ser constituida en mora.

d) Los plazos de caducidad, de los que dependen ciertos derechos en cuanto a su ejercicio, empiezan a computarse desde el retardo en hacerlos valer, sin que tampoco haga falta que ninguna de las partes haya constituido en mora a la otra para que transcurran dichos plazos.

   En cuanto al Derecho Peruano, resulta claro que los plazos de caducidad siguen en este aspecto similar criterio que los de prescripción.

   Si bien es cierto que en el Título relativo a la Caducidad (artículos 2003 a 2007), no se establece una norma similar a la del artículo 1993, relativo a la prescripción, resulta evidente que tal situación va implícita, en la medida que la caducidad es mucho más severa que la prescripción.

e) En algunos supuestos la ley, sin disponer la extinción de una acción o de un derecho, impone un plazo que, luego de transcurrido, desencadena una presunción a favor de una de las partes de la relación obligatoria.

   Es el caso de diversas normas del Código Civil Peruano de 1984.

   Así tenemos el artículo 63, del texto que a continuación reseñamos: «Procede la declaración de muerte presunta, sin que

sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos:

1. Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad.

2. Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.

3. Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido».

Por otra parte, el inciso 1 del artículo 181 dispone que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.

En Derecho de Familia, el artículo 311, inciso 3, del Código Civil, prescribe que para la calificación de los bienes rige, entre otras reglas, aquella que establece que, si se han vendido algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, y se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.

A su turno, el artículo 616 del Código Civil señala que la curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto.

En Derecho de Obligaciones, el artículo 1231 del Código Civil, dispone que cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario.

De otro lado, el artículo 1397 indica que las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria. Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

En lo relativo a las disposiciones generales de obligaciones de saneamiento, el artículo 1486 establece que si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar.

En lo que respecta al precio en el contrato de compraventa, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1547, en la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor. Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega.

En materia de derecho de retracto, según lo previsto por el artículo 1597, si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento; caso para el cual la presunción contenida en el artículo 2012 («Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones»), solo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia.

En lo relativo al contrato de mutuo, conforme al artículo 1655, recibido el bien por el mutuatario, se presume que se halla en estado de servir para el uso a que se destinó.

En lo que atañe al contrato de arrendamiento, el artículo 1679 prescribe que entregado el bien al arrendatario, se presume que se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso.

En el contrato de comodato, el artículo 1731 establece que se presume que el comodatario recibe el bien en buen estado de uso y conservación, salvo prueba en contrario.

En lo referido a las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios, el artículo 1758 señala que se presume la aceptación entre ausentes cuando los servicios materia del contrato, constituyen la profesión habitual del destinatario de la oferta, o el ejercicio de su calidad oficial, o cuando los servicios sean públicamente anunciados, salvo que el destinatario haga conocer su excusa sin dilación.

Finalmente, el artículo 1781, norma relativa al contrato de obra, dispone que el que se obliga a hacer una obra, por pieza o medida, tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada. El pago hace presumir la aceptación de la obra realizada. Sin embargo, no produce este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta, ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida.

f) Una vez transcurrida la limitada vigencia del mandato otorgado en forma irrevocable, la demora en el ejercicio de este produce el efecto de concluir con la irrevocabilidad que lo distinguía.

En el Derecho Nacional resulta aplicable el régimen establecido para la extinción del mandato, regulado por los artículos 1801 a 1805 del Código Civil.

El artículo 1801 establece que el mandato se extingue por su ejecución total, por vencimiento del plazo del contrato, por muerte, o por interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario.

Entonces se puede afirmar que el mandato, entre las causales de extinción, tiene la del vencimiento del plazo pactado.

Sin embargo, el mandato no es revocable unilateralmente, entendiéndose por este concepto el hecho de que el mandante no puede dejar sin efecto de manera unilateral el contrato de mandato.

Para ello precisa diferenciarse al mandato de la representación.

La representación obviamente es revocable, pues se trata de un acto unilateral; pero en el mandato sin representación no hay revocación, en la medida que ambas partes se encuentran obligadas a cumplir con el plazo pactado.

Sin embargo, por tratarse de figuras que tienen íntima relación, el Derecho Peruano establece la presunción de que el mandato es con representación (artículo 1807); agregando que en el mandato con representación, la revocación y la renuncia del poder implican la extinción del mandato.

g) En las obligaciones alternativas regulares basta el simple retardo del deudor y en las irregulares el del acreedor, para que en el primer supuesto quede facultado el acreedor para demandar el cumplimiento, y en el segundo lo esté el deudor para intimar la elección u obtener autorización judicial, para hacerlo por sí.

En lo que respecta al Derecho Peruano, debemos precisar que no se da la distinción entre obligaciones alternativas regulares y obligaciones alternativas irregulares, pues simplemente se legislan las obligaciones alternativas.

En esta clase de obligaciones el deudor solo debe cumplir por completo una de las prestaciones (artículo 1161); correspondiendo la elección al deudor, si es que no se hubiera atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero, siendo aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144 (argumento del artículo 1162).

El artículo 1144, norma propia de las obligaciones de dar bienes inciertos, establece que a falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo. Si el deudor omitiera efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, esta corresponde al acreedor; aplicándose igual regla cuando la elección deba practicarla el acreedor.

El citado numeral agrega que si la elección se confiase a un tercero y este no la efectuara, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquel el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

Entonces, debe quedar claro que para que se pueda constituir en mora al deudor de una obligación alternativa, constituye requisito previo el que se haya producido la elección de la prestación a ejecutar, ya sea que dicha elección haya sido efectuada por el deudor, por el acreedor, por un tercero o por el juez.

En este sentido, solo en tal situación será factible constituir en mora al deudor, ya que antes de producida la elección no se le podría exigir el cumplimiento de una de las prestaciones.

Ahora bien, cabría preguntarse qué ocurriría en caso el deudor deba escoger la prestación, no efectuase dicha elección oportunamente, y el acreedor le exigiera que la verificara.

Podría sostenerse que el momento de constitución en mora es el relativo al requerimiento de elección, a lo cual podría responderse que resultaría difícil en el plano teórico aceptar que se constituya en mora al deudor con relación a una prestación todavía incierta.

Entendemos que en estos casos debería asumirse un principio de equidad, en el sentido que la constitución en mora origine efectos retroactivos al momento en el cual el acreedor exigió al deudor que efectuara la elección; y que los efectos de dicha mora recaerán sobre la prestación que ulteriormente sea escogida, ya sea por el deudor, por el acreedor o por el juez, siguiendo el mecanismo previsto por el artículo 1144 del Código Civil.

h) Cuando existen obligaciones recíprocas, en las cuales la prestación de uno es la causa de la del otro, no es necesario que haya mora para que pueda hacerse valer la *exceptio non adimpleti contractus*.

En el Código Civil Peruano dicha excepción se encuentra regida por el artículo 1426, precepto que establece que «En los contratos con prestaciones recíprocas, en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento».

Y, en verdad, no es necesario que exista mora para que pueda hacerse valer la excepción de contrato no cumplido, también llamada excepción por incumplimiento, ya que esta es fundamentalmente un mecanismo de defensa sustantivo que la ley

otorga a los contratantes con la finalidad de que ninguno de ellos se vea perjudicado, cumpliendo con una obligación y corriendo el riesgo de que su contraparte no cumpla la suya con posterioridad.

Lo expresado no significa que la excepción de incumplimiento sea excluyente de la constitución en mora, ya que un contratante podría negarse a cumplir, luego de haber constituido en mora a su contraparte.

Lo que deseamos señalar es simplemente que resulta posible que se aplique dicha excepción en la eventualidad de que no haya mora.

Los mismos principios rigen respecto a la excepción de caducidad de término, regulada por el artículo 1427 del propio Código, en el sentido de que para su aplicación no resultaría indispensable que la contraparte se encontrase constituida en mora.

Como se recuerda, el artículo 1427 del Código Civil establece que «Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar, puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne, o garantice su cumplimiento».

i) Solo se requiere un simple retardo en cumplir con la obligación a su cargo, para que la otra parte se halle invulnerable a la constitución en mora.

Ello resulta plenamente aplicable al Derecho Peruano, en virtud de lo establecido por el artículo 1335, norma que señala que «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados

incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá».

j) La mera dilación en el cumplimiento de un deber jurídico que surge de una resolución judicial, puede ocasionar la aplicación de sanciones conminatorias, sin necesidad de indagar sobre la subjetividad que ha determinado su desidia.

El tema de la ejecución de las resoluciones judiciales se halla previsto por los artículos 713 a 719 del Código Procesal Civil Peruano de 1993.

El artículo 713 establece que son títulos de ejecución: las resoluciones judiciales firmes, los laudos arbitrales firmes: y los que señale la ley, debiéndose ejecutar a pedido de parte y conforme a las reglas del Capítulo del Código Procesal Civil donde se encuentran reguladas las referidas normas.

El artículo 714 dispone que los títulos de ejecución judicial se ejecutan ante el Juez de la demanda, en tanto que los demás se rigen por las reglas generales de la competencia.

Por su parte, el artículo 715 señala que el mandato de ejecución contiene la exigencia al ejecutado para que cumpla con su obligación dentro de un plazo de tres días, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada. En tal sentido, si el mandato contuviera exigencia no patrimonial, el Juez debe adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto.

El artículo 716 del referido Código Procesal prescribe que si el título de ejecución condena al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada, se procederá con arreglo al subcapítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada. Si ya hubiese bien cautelado, judicial o extrajudicialmente, se procederá con arreglo al Capítulo V del Título IV, relativo al proceso cautelar.

El artículo 717 agrega que si el título de ejecución condena al pago de cantidad ilíquida, el vencedor debe acompañar la liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el Título, o en su defecto los que la ley disponga. La liquidación contenida en el mandato de ejecución puede ser observada dentro del tercer día, luego de lo cual el Juez resolverá aprobándola o no, en decisión debidamente fundamentada.

Según lo acotado por el artículo 718, puede formularse contradicción al mandato de ejecución dentro de tres días de notificado, solo si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación; debiéndose anexar al escrito de contradicción, el documento que acredite el cumplimiento o extinción alegados. Caso contrario, esta se declarará inadmisible.

Añade el referido numeral que de la contradicción se confiere traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá mandando seguir adelante la ejecución o declarando fundada la contradicción; en tal caso, la resolución que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo.

Finalmente, el artículo 719 dispone que las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, reconocidas por los tribunales nacionales, se ejecutarán siguiendo el procedimiento establecido en el Capítulo de ejecución de resoluciones judiciales, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la Ley General de Arbitraje.

k) Existiendo un pacto comisorio expreso, puede ser suficiente el simple retardo para que el acreedor de la prestación incumplida ejerza su derecho a resolver el contrato. Tampoco cabe, en

principio, exigir la previa constitución en mora, en el supuesto de cláusula resolutoria implícita, legal o tácita.

En este punto resulta necesario señalar que la resolución por incumplimiento difiere sustancialmente de la constitución en mora, ya que si se quiere resolver un contrato por incumplimiento, no necesariamente tiene que haber preexistido la situación de mora.

Es verdad que ante el incumplimiento de una obligación resulta frecuente que el acreedor constituya en mora al deudor, exigiéndole que proceda a dar cumplimiento a la prestación.

Si una vez constituido en mora el deudor procede a ejecutar la obligación, es evidente que habrá culminado el estado de mora, debido al pago de la deuda, y es obvio, también, que si el acreedor permite al deudor que le pague, esa situación obedecerá básicamente a que el cumplimiento de la deuda todavía le resulta útil.

Sin embargo, si luego de constituido en mora el deudor, este no cumpliera con ejecutar su obligación, el acreedor podría seguir manteniendo el estado de mora, si la prestación aún le fuese útil, o resolver el contrato, en tanto la obligación hubiese devenido en inútil.

No obstante lo dicho, no siempre la resolución del contrato se planteará luego de una situación moratoria, ya que el deudor podría no haber sido constituido en mora luego de su incumplimiento, si el acreedor no hubiera considerado útil el cumplimiento de la obligación luego del momento en que esta debió ser ejecutada.

En otras palabras, en este caso no se estaría configurando uno de los elementos indispensables para la existencia de la mora,

cual es que la prestación incumplida todavía resulte útil para el acreedor.

En ese sentido, resulta perfectamente posible que acto seguido del incumplimiento, el acreedor de la obligación proceda a resolver el contrato por incumplimiento del deudor, sin necesidad de constituirlo previamente en mora.

Una situación de esta naturaleza es evidente, en la medida que resultaría peligroso e ineficaz para el acreedor constituir en mora al deudor, pues le estaría otorgando la posibilidad de cumplir con una obligación cuya utilidad ya le era ajena.

l) Toda vez que se subordina la resolución de un contrato a la demora en el cumplimiento de una obligación, el mero retraso, sin necesidad de constituir en mora, tiene el poder suficiente para desencadenar la extinción del vínculo obligacional.

Dentro del marco del Derecho Peruano, nos encontraríamos ante la denominada cláusula resolutoria expresa, contenida en el artículo 1430 del Código Civil.

El precepto citado establece que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumpla determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La norma agrega que la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

m) Con relación a las normas supletorias que rigen en materia de cláusula penal, el simple retardo en el cumplimiento —sin necesidad del elemento subjetivo— basta para que el acreedor pueda ejercer la opción por la pena.

Esta apreciación de Alterini y López Cabana no resulta aplicable en el Derecho Peruano, ya que el simple retardo en la eje-

cución de una obligación no da lugar a que se puedan aplicar las disposiciones o los efectos propios de la cláusula penal.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la cláusula penal no es otra cosa que un pacto anticipado de eventual indemnización futura, ya sea de carácter compensatorio o moratorio, que tiene dentro de sus requisitos, tal como será analizado en su oportunidad, la culpa del deudor.

Es claro que en el Derecho Peruano no pueden producirse las consecuencias de la cláusula penal en los mismos casos en que no pueden derivarse consecuencias indemnizatorias, vale decir, cuando el incumplimiento de la obligación por el deudor se hubiese producido por causa no imputable.

El supuesto de excepción se presentaría si las partes hubiesen convenido que la penalidad debe pagarse incluso cuando el incumplimiento obedeciera a causas no imputables al deudor, como cuando hubiera incumplido por caso fortuito, fuerza mayor o no obstante haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Pero hacemos hincapié en que este solo será un supuesto excepcional, y de ninguna manera constituye la regla.

Finalmente, es oportuno reseñar la opinión de Alterini y López Cabana acerca del significado jurídico del mero retardo. Al respecto, consideran que el simple retardo tiene significativa relevancia en el área del Derecho Privado, en razón de los múltiples e importantes efectos que este desencadena en el ordenamiento jurídico. Esta apreciación los lleva a afirmar que el tecnicismo de la mora está, de alguna manera, en vías de extinción, ya que la virtualidad de la simple demora resulta, por ejemplo, de la extensión creciente de los conceptos de mora automática y mora legal. En estos casos el simple retraso, el retardo material, tiene por sí solo consecuencias de morosidad. Por

otro lado —precisan los autores citados—, la importancia de la significación jurídica del mero retardo se encuentra reforzada con el reconocimiento de la crisis de la culpa.

Sin embargo, la posición mayoritaria de la doctrina estima que el retardo, como elemento esencial de la situación de mora del deudor, requiere, necesariamente, de la concurrencia del elemento subjetivo (culpa o dolo). De esta manera, la mora constituiría un retraso culpable que no impide el cumplimiento tardío.

Si bien es cierto que el Derecho ha dado mayor cabida en los últimos años a los supuestos de mora automática, no deja de ser verdad que la mora automática exige, más allá del requerimiento, la presencia de los demás requisitos para la constitución en mora.

En ese sentido, el simple retardo, como retraso en sí, no constituye necesariamente en mora.

De otro lado, convenimos con los profesores citados en que el simple retardo tiene una serie de efectos jurídicos que a menudo no exigen la existencia del fenómeno moratorio.

Ello es absolutamente cierto, pero no constituye novedad, ya que siempre ha sido así, en la medida que, no por ser conceptos distintos la mora y la demora, ello signifique que solo la mora es capaz de generar efectos jurídicos.

Resulta evidente que la demora o retraso en el cumplimiento también origina determinados efectos para el Derecho, algunos de los cuales tendrán relación con el fenómeno moratorio, pero muchos otros no, sino con otras determinadas áreas del Derecho, como es el caso de la resolución contractual, solo por citar un ejemplo relevante.

Finalmente, consideramos que el parecer de Alterini y López Cabana, en el sentido que la demora ha ganado terreno por sobre la

mora, al haberse abierto campo la responsabilidad de carácter objetivo, por sobre aquella que presupone la existencia de culpa, parte de un criterio equivocado, por cuanto la responsabilidad objetiva fundamentalmente tiene que ver con la asignación de consecuencias indemnizatorias en perjuicio del deudor incumpliente, como es el caso de los daños y perjuicios y de los intereses legales.

Pero la existencia de daños y perjuicios no se vincula necesariamente con la mora, ya que ellos podrían presentarse con base en la responsabilidad de carácter objetivo, sin relación con el fenómeno moratorio.

Si una indemnización de daños y perjuicios no se paga oportunamente (lo que de por sí implicará la existencia de culpa), recién podríamos hablar de la existencia de intereses legales moratorios sobre el monto de la indemnización debida.

Lo expuesto nos conduce a afirmar la plena vigencia del criterio de que no existe mora sin culpa.

7.2. La imputabilidad como elemento subjetivo de la situación de mora del deudor

La situación jurídica de mora debe ser inexcusable, es decir, producto del dolo o de la culpa del obligado. De esta manera, la mora se configura como un retardo imputable al deudor en el cumplimiento de la obligación.

En este sentido, Rosendo Badani[39] considera que el retraso debe ser imputable al deudor, porque la ejecución de la prestación puede tener dificultades que el deudor no pueda vencer y que justifiquen su retardo. Así, por ejemplo, si una persona se hubiera obligado a transportar un cargamento de café de Chanchamayo y a entregarlo en Lima, en determinado plazo, y se produjera un derrumbe en la Carretera Central, la demora no le sería imputable al deudor, ya que la figura jurídica de la mora solo existe en aquel retraso del deudor que no cuente a su favor con la existencia de una legítima excusa. Además, no es imputable al deudor el retraso cuando el acreedor no hace aquello a que está obligado para facilitarle al deudor el cumplimiento de la obligación, o cuando se negare, sin justa causa, a recibir el pago.

[39] Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, pp. 121 y 122.

Agrega el citado profesor peruano que es necesario colocarnos en el supuesto de que el acreedor no tenga gran interés en el cumplimiento de la obligación, o quiera ser benevolente con el deudor, y no exigirle la ejecución de su prestación. En este sentido, mientras el deudor cuente con la tolerancia del acreedor, puede decirse que está excusado su retraso.

En síntesis, Rosendo Badani piensa que ya sea por un hecho o por circunstancias independientes a la voluntad de las partes o por la actitud del acreedor, puede ocurrir que el retraso del deudor esté excusado, por lo que en ninguno de estos casos pueda serle imputable la demora. De ello se desprendería la imposibilidad de configurarse la situación jurídica de la mora del deudor.

Coincidimos plenamente con lo expresado por el profesor Badani, ya que, como dijimos, no hay mora sin culpa.

La mora deriva necesariamente de una situación en la cual preexista el incumplimiento imputable al deudor, vale decir, un incumplimiento que obedezca a dolo, culpa inexcusable o culpa leve del deudor.

Si dicho incumplimiento fue atribuible a causas no imputables (caso fortuito, fuerza mayor o incumplimiento a pesar de haber em-

pleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias), podrá haber retraso, pero no mora.

En esta línea de pensamiento se halla Héctor Lafaille,[40] quien afirma que la mora envuelve una idea de culpa. En este sentido, el deudor se retrasa por una causa que le es imputable. Además —agrega dicho autor— es importante destacar que la culpa del deudor que no cumple con su obligación es presumida por el Derecho. En tal virtud, el acreedor no necesita probar la existencia de la culpa; es el deudor quien tiene que acreditar un descargo a su favor por medio del caso fortuito o la fuerza mayor.

José Cano[41] comparte la posición ideológica de los autores citados. Considera que si bien la mora está constituida básicamente por el fenómeno objetivo del retraso o retardo en la ejecución de la prestación obligatoria, resulta evidente que tal presupuesto no basta para establecer una situación de mora. Esto responde a la incuestionable tensión dialéctica entre lo subjetivo-individual (autonomía de la voluntad; liberal-individualismo) y lo objetivo y social (seguridad jurídica; formalización de la realidad; *numerus clausus*; tipología) que reposa en el concepto de negocio jurídico.

A entender de José Cano, la culpabilidad que existe en la mora y que es necesario que se dé en esta, es una culpabilidad cualificada, lo que supone la exigencia de un requisito objetivo que permita o imponga dicha calificación. Se trata de la interpelación. En este sentido, no basta que esta se haga; es necesario, además, que llegue a conocimiento del deudor y que este se oponga a satisfacer la prestación a tiempo. Entonces, señala el citado autor, se añade a la posible culpabilidad determinante del retraso un matiz que supone la potenciación del tal elemento. Esto repone la resistencia al cumplimiento debido del deudor y exige la deliberada intención de no cumplir.

[40] Lafaille, Héctor. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Tipografía A.G. Rezzónico, 1926, vol. I, tomo VI, p. 65.

[41] Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, pp. 27-30.

En torno de lo expresado —anota Cano— se ha dicho que el concepto jurídico de la mora, diferente al común de simple retraso, presupone, como elemento esencial, que el incumplimiento sea debido a culpa, y de ahí que en las obligaciones *cercabili,* es decir, aquellas en las que el acreedor debe buscar al deudor en su domicilio para que este le pague, sea necesario que antes le avise de su intención de cobrar y, de esta forma, lo constituya en mora.

Debemos expresar que el Código Civil Peruano establece en su artículo 1238 que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Esto significa que el deudor, en principio, no debe ir a pagar al domicilio de su acreedor. Es el acreedor quien debe apersonarse al domicilio del deudor para cobrarle.

La norma, en consecuencia, plantea un problema muy actual en lo que respecta a la constitución en mora, pues si se tratase de mora por intimación o requerimiento, ella no existiría si el acreedor no reclamara el pago en el domicilio del deudor.

Se percibe con claridad, por tanto, que el incumplimiento de una obligación debe obedecer a un acto culposo del deudor, para que luego se pueda encontrar en situación moratoria.

Pero, ¿cómo se podría asumir aquella situación en la cual el deudor incumpla sin culpa, por el simple hecho de que el acreedor no concurra a cobrar?

Aquí se podría aceptar que existiría un cierto grado de culpa, no en el deudor, sino en el propio acreedor, al haber impedido con su conducta que el deudor pueda pagar.

Esta afirmación obedece a que en la hipótesis prevista el deudor que intenta cumplir su obligación efectuaría un acto absolutamente voluntario y optativo, ya que no se encontraría obligado a pagar en el domicilio de su acreedor, ni a consignar lo debido.

Resulta evidente que estos conceptos no serían aplicables cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor. En este caso, si el deudor no concurriese a pagar a dicho domicilio en el momento debido, tal situación daría lugar a que el acreedor pudiera exigir el pago. Y ese requerimiento constituiría en mora al deudor incumpliente.

Si en este supuesto se hubiera pactado mora automática, la sola ausencia de pago en el tiempo convenido determinaría la existencia de mora.

Según José Cano, en la actualidad se viene aduciendo, sistemáticamente, la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad derivada de culpa, con la finalidad de impedir que el deudor no responda de la mora debida a negligencia propia.

Sin embargo, se excluye de responsabilidad por mora al deudor cuyo retraso en el cumplimiento se origina en fuerza mayor o caso fortuito. Situación muy diferente es la de aquel deudor moroso que responde aun del caso fortuito si este se produce después que hubiese estado constituido en mora, salvo que pruebe que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo. La existencia o no de culpa se aprecia al momento de la constitución en mora, ni antes ni después.

En el Derecho Peruano, según establece el artículo 1328 del Código Civil, es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

Ello significa que, dentro del régimen legal peruano, cabe renunciar o limitar la responsabilidad por inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, cuando ella obedezca a culpa leve del deudor. Resulta evidente que en estos casos solo sería posible que se generaran los efectos moratorios, si el incumplimiento obedeciera a dolo o culpa inexcusable.

Cano señala que la jurisprudencia española ha insistido en otro aspecto diferente de los estudiados, pero también incluido dentro del tema de culpabilidad.

Reiterativamente Cano afirma la necesidad de la mala fe en el deudor, para que a este se le entienda culpable de la mora que produce; lo que, *contrario sensu,* significaría la imposibilidad de entender moroso al deudor que no satisface la prestación por creerla no debida o por estimarla excesiva y debida solo en parte.

Discrepamos de tan ilustrado parecer, pues en el Derecho Peruano para que haya mora no es necesaria la existencia de dolo; basta la culpa, ya sea inexcusable o leve.

Por otro lado, existe una posición doctrinal contraria a la expuesta, que considera que la culpa (elemento subjetivo de la mora) no es realmente un elemento esencial en la configuración de la situación jurídica de mora.

Se trata de quienes proponen la existencia de la denominada «mora objetiva».

En esta línea de pensamiento se halla Guillermo A. Borda,[42] quien opina que la culpa no es un elemento constitutivo de la mora y que esta es un concepto puramente objetivo, distinto del problema de la responsabilidad derivada de la mora, en el cual resulta relevante la idea de imputabilidad. Es solo con relación a este problema que interesa indagar si existe culpa o dolo. Refiere que no cree que nada de lo sostenido por él sea contradictorio con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 509 del Código Civil Argentino;[43] por el contrario, opina que esa disposición se adecúa perfectamente a su tesis.

Según Borda, en este artículo se distingue entre la mora y las responsabilidades derivadas de ella, y opina que no habrá responsabilidad si el deudor prueba que la mora no le es imputable. El citado autor concluye expresando que puede haber una mora no imputable que no genera responsabilidad.

En este sentido, Borda resta total importancia al factor subjetivo de imputabilidad (culpa), como elemento constitutivo de la configuración de la mora del deudor. De esta manera, Borda entiende a la mora como un simple retraso, desconociendo una distinción que la doctrina moderna no discute.

Wayar,[44] por su parte, considera que entre ambas figuras existe una diferencia esencial, ya que mientras el simple retardo es una situación fáctica, caracterizada como un transcurso intrascendente por sí solo para el Derecho, la mora es una situación jurídica, fundamentada en un juicio de reproche a la conducta del deudor que retrasa indebidamente el cumplimiento.

[42] Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 330-333.

[43] El último párrafo del artículo 509 del Código Civil Argentino prescribe lo siguiente: «Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable».

[44] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 331.

Wayar continúa afirmando que la concepción que tiene Borda sobre la mora refleja que desconoce que dicho concepto involucra tanto el retardo como la responsabilidad derivada de este. En tal sentido, la mora es una situación jurídica compleja que se integra con un supuesto de hecho (el retardo), al cual la ley otorga una determinada consecuencia (la responsabilidad del deudor). Anota, además, que para el Código Argentino la situación de mora supone un retardo imputable y no un mero retardo, como sostiene la tesis descrita.

El autor citado entiende que el error del argumento de Borda radica en la afirmación de que puede existir una mora no imputable. Esta aseveración es incorrecta, ya que, muy por el contrario, si no hay imputabilidad nunca podrá configurarse una verdadera situación de mora; no al menos la mora a la que se refiere el artículo 509 del Código Civil Argentino.

Por otro lado, Ernesto Wayar considera que la tesis de Borda introduce en el lenguaje jurídico una confusa terminología, ya que emplea el vocablo mora para designar el simple retardo (sin responsabilidad), por lo que parecería que para Borda no existe más remedio que distinguir dos especies de mora, una imputable (con responsabilidad) y otra no imputable (sin responsabilidad). De esta manera, lo que la mayoría conoce como simple retardo, sería en realidad —según el citado profesor— mora no imputable, y lo que todos llamamos mora, se llamaría mora imputable. Wayar concluye expresando que tal fraseología resulta por demás inconveniente.

En la línea de pensamiento de Guillermo A. Borda se hallan Cazeaux y Trigo Represas,[45] quienes consideran que de acuerdo con lo expresado por la última parte del artículo 509 del Código Civil Argentino, se puede afirmar que la culpa o el dolo del deudor no integrarían el concepto de mora y solo se relacionan con la responsabilidad. En este sentido, basta que se haya producido el retardo, y la interpelación en los casos en que esta es necesaria, para que el obligado esté objetivamente en mora. Sin embargo, con respecto de la responsabilidad surgida de ese retardo, el deudor puede eximirse de la misma probando que no le es imputable. Por consiguiente, si el deudor demuestra que el retardo incurrido obedece a un caso fortuito o fuerza mayor, queda eximido de las responsabilidades derivadas de la mora.

A la posición de Cazeaux y Trigo Represas, por ser de contenido muy similar a la tesis de Borda, le son aplicables las mismas críticas y objeciones formuladas por Wayar.

Además, es pertinente anotar la observación del propio Wayar,[46] cuando expresa que él interpreta la afirmación de Cazeaux de que el retardo es suficiente (y la interpelación, en su caso) para que el obligado esté objetivamente en mora, en el sentido de que se está invirtiendo la carga de la prueba —no a la innecesariedad de la culpa—. De esta manera, la culpa del deudor en el retardo se presumiría, y quedaría a cargo de este demostrar lo contrario.

Por nuestra parte, inferimos de las palabras de Wayar, interpretando la opinión de Cazeaux, que ellas deben ser entendidas con el significado de que si bien la culpa del deudor se presume en el incumplimiento de la obligación (artículo 1329 del Código Civil Peruano

[45] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 115.
[46] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 334 y 335.

de 1984), ello no significa que para que haya mora se pueda prescindir de la culpa.

Wayar añade que la presunción de culpabilidad nos llevaría a concebir la situación de mora como un fenómeno puramente objetivo, en el que predomina el retardo o incumplimiento material. Sin embargo —en contra de este punto de vista—, la culpa se configura en un elemento fundamental para dar nacimiento a la situación de mora, de modo que si el deudor llegara a demostrar que su conducta es irreprochable, habría eliminado la situación de mora y, por ende, toda responsabilidad.

Otro de los autores que ha defendido el concepto de mora objetiva es Puig Brutau.[47]

Dicho profesor inicia su investigación analizando y comparando —en relación con el incumplimiento— los dos grandes sistemas de Derecho del mundo occidental: la Tradición Romana y el *Common Law.* El autor citado afirma que ambos sistemas pretenden estar radicalmente separados al momento de juzgar la conducta del deudor que no cumple lo debido; pero, sin embargo, esta antinomia es solo aparente. Puig Brutau considera que referirse a uno u otro sistema como fundados en el principio de la culpa para el sistema romano y en la responsabilidad objetiva para el *Common Law,* indica cierta confusión de ideas.

El autor citado opina que el postulado de la responsabilidad objetiva o sin culpa no puede invocarse con igual sentido en relación con quienes ya son deudores en virtud de una obligación constituida, que entre quienes no están todavía enlazados por una obligación, al sobrevenir el acto generador de responsabilidad. Dicho de otra forma,

[47] Puig Brutau, José. *Op. cit.*, pp. 417-420.

la responsabilidad objetiva de la persona que ya está obligada, solo puede significar algo tan obvio como que la obligación obliga y el cumplimiento de la prestación no está excusado por ningún hecho o circunstancia que haya sobrevenido.

Todo lo contrario sucede tratándose de la responsabilidad objetiva en la esfera tradicionalmente llamada extracontractual: los criterios de política jurídica —decisivos en Derecho, porque son los únicos que justifican la existencia del Derecho como institución humana— son en este caso completamente diferentes. En el ámbito extracontractual no se trata de averiguar algo que en principio es tan evidente, sino de saber si debe nacer una obligación entre quienes no están enlazados por ninguna relación propiamente obligatoria.

En síntesis, para el citado autor la responsabilidad del deudor en la esfera contractual se funda, no en la culpabilidad de su comportamiento, sino en el hecho objetivo del incumplimiento. Lo contrario implicaría exigir que el deudor ya comprometido sea además culpable del retardo, lo que según Puig Brutau sería como afirmar que la obligación ya efectivamente constituida necesita todavía del complemento de otra causa de obligar, como sería la culpa, en caso de incumplimiento.

En lo que se refiere a la concepción de la situación de mora, Puig Brutau señala que hay cierto contrasentido entre afirmar que la situación de mora requiere culpa del deudor y la aseveración que la carga de la prueba de la ausencia de culpa recae, precisamente, en el deudor.

Frente a esta posición, Wayar[48] piensa que no porque la ley invierta la carga de la prueba, se está instaurando un régimen de responsabilidad objetiva. En este sentido, la culpabilidad es siempre necesaria, ya sea el acreedor quien deba probar su concurrencia, ya sea que el deudor deba demostrar su inexistencia. La responsabilidad por mora sería objetiva si la ley, en mérito al solo incumplimiento —sin que importe si el deudor puede o no probar su inculpabilidad— lo hiciera responsable de las consecuencias del retardo. Además, el Código Español se limita a invertir la carga de la prueba sin suprimir la culpabilidad.

[48] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 338.

Sobre la negación de la mora objetiva resulta ilustrativo el parecer de Jorge Eugenio Castañeda.[49] Él criticaba, con razón, el artículo 1256 del Código Civil de 1936, que permitía al deudor exonerarse de responsabilidad probando que había incurrido en mora sin culpa alguna de su parte. Sin embargo, este, en realidad, no era un caso de mora. Se trataba de un retardo en el cumplimiento de la obligación no imputable al deudor que, por tanto, producía efectos jurídicos muy distintos a los de la mora.

El Código Civil de 1984 corrige ese error conceptual en su artículo 1336, al disponer que el deudor se libera de responsabilidad cuando prueba que ha incurrido en retraso sin culpa. El Código vigente no alude a la mora sin culpa, sino al retraso sin culpa, porque esta situación jurídica no constituye en mora al deudor.

Castañeda añade que para que el deudor quede constituido en mora es necesario que se trate de un retraso en el cumplimiento de la obligación que le sea imputable. Pero también es necesario que la obligación, no obstante el retraso, sea de posible cumplimiento. Debe tratarse, en suma, de un retardo, no de una inejecución total. El deudor debe tener la posibilidad, aunque tardíamente, de cumplir la obligación.

[49] Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo II, p. 192.

7.3. La constitución en mora: elemento formal de la situación de mora del deudor

Antes de iniciar propiamente el desarrollo del tema en cuestión, resulta pertinente mencionar la distinción que efectúa Wayar[50] en torno a los términos «constitución en mora» e «interpelación».

Al respecto, el autor citado señala que la doctrina suele utilizar como sinónimos las expresiones constitución en mora e interpelación, o bien, les asigna significados equivalentes. Esta supuesta sinonimia puede inducir al intérprete en error y persuadirlo de que la única vía para constituir en mora al deudor es la interpelación por el acreedor.

Lo cierto —añade Wayar— es que entre constitución en mora e interpelación existe una clara relación de género a especie. En este sentido, mientras con la primera se alude a las diferentes formas por las que el deudor puede quedar incurso en mora, con la segunda se designa una de aquellas formas en particular: la que se concreta mediante la actuación del acreedor (*interpellatio*).

Por consiguiente, si se interroga: ¿el único medio constitutivo de la mora del deudor, es la interpelación?, se obtiene una respuesta negativa; la ley tiene previstas diferentes formas para alcanzar este objetivo. La *interpellatio* es solo una de ellas.

Wayar agrega que dicha terminología surge del lenguaje del Código Civil Argentino, ya que en numerosas disposiciones de ese cuerpo normativo se condiciona la sanción a la previa constitución en mora del obligado, expresión a la que el legislador otorga un sentido general y amplio, es decir, no se refiere a una forma determinada sino a cualquier modo constitutivo del estado de mora.

---

[50] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 357-359.

La doctrina también utiliza indistintamente los términos interpelación, intimación, requerimiento, etc. Frente a esta realidad, José Ignacio Cano[51] propone la distinción entre las palabras interpelación e intimación. Con la primera se designaría la declaración de voluntad formulada por el acreedor. En cambio, la intimación se concretaría cuando el deudor tome efectivo conocimiento de aquella declaración por la que se exige el cumplimiento. En este sentido —precisa el citado autor—, mientras la interpelación es imprescindible, ya que el acreedor debe siempre manifestar su voluntad de exigir el pago, la intimación puede faltar (por ejemplo, deudor ausente, interferencias que impidan que el requerimiento llegue a conocimiento del *solvens*, etc.).

De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española,[52] «interpelación» es «acción y efecto de interpelar», en tanto que «interpelar», en su segunda acepción, significa «requerir, compeler o simplemente preguntar a uno para que dé explicaciones sobre un hecho cualquiera».

De otro lado, la palabra «intimación»[53] es «acción y efecto de intimar», en tanto que «intimar» significa «declarar, notificar, hacer saber una cosa, especialmente con autoridad o fuerza para ser obedecido».

En adición a lo expuesto, «requerimiento»[54] es definido como «acción y efecto de requerir. Acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar una cosa. Aviso, manifestación o pregunta que se hace, generalmente bajo fe notarial, a alguna persona exigiendo o interesando de ella que exprese y declare su actitud o su res-

---

[51] Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, pp. 57 y 58.

[52] Real Academia de la Lengua Española. *Op. cit.*, tomo II, p. 782, segunda columna.

[53] Real Academia de la Lengua Española. *Op. cit.*, tomo II, p. 783, tercera columna.

[54] Real Academia de la Lengua Española. *Op. cit.*, tomo II, p. 1176, tercera columna.

puesta»; en tanto que la palabra «requerir» significa «intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública. Necesitar o hacer necesaria alguna cosa».

De las definiciones expuestas podríamos llegar a la conclusión de que las acepciones que se utilizan con frecuencia en materia moratoria, no necesariamente corresponden, en estricto, a aquellas de nuestra Lengua Española.

Ello, por cuanto «interpelar» no es exactamente un acto que se efectúe para que una persona dé explicaciones sobre un hecho cualquiera. La interpelación no tiene por finalidad, en materia moratoria, obtener explicaciones por parte del deudor, así como tampoco requerir o compeler explicaciones, sino requerirlo o compelerlo con la finalidad de que cumpla con sus obligaciones.

En cambio, el significado de «intimar» en materia moratoria, sí se acerca más al sentido idiomático del término, en la medida que constituye una declaración o notificación al deudor, haciéndole saber que se le está requiriendo el pago, precisamente con la autoridad y la fuerza que tiene todo acreedor, en su condición de tal, para ser obedecido.

Finalmente, la expresión «requerimiento», dentro de las acepciones anotadas, es el acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar alguna cosa. En tal sentido, el requerimiento en materia moratoria tendría, en cuanto a este significado, fundamentalmente similitud con la constitución en mora de carácter judicial.

No obstante ello, el segundo significado anotado de la palabra «requerimiento», se acerca a la constitución en mora extrajudicial, ya que sería el aviso o manifestación que se hace a alguna persona (el deudor), exigiendo que exprese y declare su actitud o su respuesta. Se entiende que dicha actitud o respuesta requerida no es otra que el pago.

Ahora bien, no obstante que la Real Academia menciona que el requerimiento por lo general se formula bajo fe notarial, lo hace simplemente de modo indicativo, ya que no es necesario que él se efectúe mediante carta notarial, a pesar de constituir ese medio de comunicación la vía más certera en cuanto a su ulterior carácter probatorio.

En adición a lo expuesto, es evidente que el significado de la palabra «requerir» se acerca al tema moratorio, ya sea por intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública (la autoridad pública estaría dada por las facultades que el Derecho confiere a todo acreedor para hacer valer sus derechos, con respecto al deudor).

Pero requerir también se acerca al significado de necesitar o hacer necesaria alguna cosa. Resulta evidente que cuando el acreedor requiere o efectúa un requerimiento con respecto a su deudor, le está manifestando que necesita que se le pague.

De lo expuesto podría deducirse que si bien es cierto que las tres expresiones «interpelación», «intimación» y «requerimiento», se utilizan en la práctica de manera indistinta para indicar lo mismo, las dos últimas, vale decir, «intimación» y «requerimiento», son aquellas cuyos significados se acercan de modo más notorio al tema de la mora.

8. Naturaleza jurídica de la interpelación

Respecto a la naturaleza jurídica de la interpelación, existen en doctrina dos posiciones bien marcadas. Una primera concibe a la interpelación como un acto jurídico unilateral, y la otra, como un hecho jurídico.

Aquella hace hincapié en que la acción del acreedor debe ser un verdadero acto jurídico unilateral y recepticio, es decir, un acto voluntario y lícito, que tenga por finalidad inmediata la modificación de la relación jurídica existente entre las partes, tanto en lo que a

los derechos del acreedor se refiere como respecto a los deberes del deudor.[55]

La finalidad que se persigue con la interpelación es obtener el acto jurídico denominado pago y la constitución en mora con todas sus consecuencias. En este sentido, el fin jurídico inmediato que se busca a través de la interpelación es la constitución en mora del deudor, y el fin mediato es el cumplimiento de la prestación.

Por otro lado, es evidente que si la interpelación es un acto jurídico, le son aplicables todos los preceptos generales necesarios para la validez del mismo, por ejemplo, las normas sobre capacidad para contratar.

Además, la interpelación constituiría un acto jurídico unilateral, ya que para su perfeccionamiento sería suficiente la voluntad del acreedor, sin que sea necesario que se integre con la voluntad del deudor. Pero debe ser recepticia, vale decir, dirigida a otra parte específicamente determinada, tal como lo establecen los artículos 1373 y 1374 del Código Civil, preceptos antes analizados.

La segunda posición doctrinaria sostiene que la interpelación es un hecho jurídico. Los autores que la adoptan[56] se basan en que la finalidad que se persigue a través de la formulación del reclamo, no es la obtención de una consecuencia jurídica, sino el resultado material, es decir, la realización del pago. Los efectos jurídicos que deriven de este, se producen solamente porque así lo dispone la ley, no por la interpelación en sí.

[55] Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, pp. 142 y 143.

[56] Entre ellos Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 137).

En la misma línea de pensamiento se encuentra Larenz[57] —citado por Wayar—, quien considera que el requerimiento es, por naturaleza, una declaración del acreedor dirigida al deudor, expresiva de que reclama el cumplimiento inmediato de la prestación. Por lo tanto, es una intimación a la prestación, que no necesita contener indicación alguna de las consecuencias de la mora. De esta forma, se tiene que el requerimiento no es un negocio jurídico, pero sí una declaración (exhortación o proposición) del acreedor, similar al negocio jurídico, que tiene un contenido referido a la obligación del deudor y a la que le son aplicables por analogía los preceptos sobre capacidad negocial y representación, así como emisión e interpretación de las declaraciones de voluntad, pero no aquellos relativos a la impugnación.

Es preciso hacer la salvedad de que cuando los autores extranjeros utilizan la expresión «negocio jurídico», se están refiriendo a lo que nosotros conocemos como «acto jurídico».

Una opinión que no se ubica del todo en ninguna de las tesis expuestas, sino que distingue ciertos matices, es la de Wayar,[58] quien considera que no es posible aceptar ninguna de ellas, tal cual han sido propuestas. Es decir, que si bien la interpelación es un hecho jurídico, contiene ciertos ingredientes que la particularizan, de tal modo que se hace necesario ubicarla con mayor precisión dentro de las diversas especies de hechos. Por otro lado, tampoco llega a ser un verdadero acto jurídico, ya que no reúne los presupuestos exigidos por el artículo 944 del Código Civil Argentino.[59] Dicho de otro

[57] Larenz, Karl. *Derecho de las Obligaciones,* p. 341. Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 364 y 365.

[58] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 365-370.

[59] El artículo 944 del Código Civil Argentino prescribe lo siguiente: «Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos».

modo, Wayar precisa que afirmar que es un hecho jurídico resulta demasiado impreciso y sostener que es un acto jurídico es incorrecto.

Agrega Wayar que debe aceptarse que la intimación, más que un hecho, constituye un acto voluntario lícito. Ahora bien, estos últimos se bifurcan en dos especies:

a) Actos o negocios jurídicos, que sí tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crearlas o modificarlas; y

b) Simples actos lícitos, cuando falta aquella inmediata finalidad. En este sentido, si lo que se busca con la interpelación es un resultado material y no un efecto jurídico inmediato, sería un simple acto lícito.

Sin embargo, Wayar opina que la interpelación es un acto semejante a un negocio jurídico o, como es denominado por otros autores, un acto jurídico *stricto sensu*. Estos actos son los que se realizan por un agente con la conciencia y aun con la voluntad de producir un resultado de Derecho, pero cuyo efecto depende exclusivamente de la ley: por ejemplo, la interpelación constitutiva de mora.

A continuación, Wayar formula una precisión que cabe resaltar: Sostiene que el contenido del acto jurídico dependerá del concepto que se tenga del mismo. Si por acto jurídico se entiende solo un acto voluntario y lícito por el cual las partes regulan sus relaciones jurídicas (*lato sensu*), debe admitirse que también los efectos quedan sometidos a la regulación que las partes quieran darle conforme a la autonomía de la voluntad, pudiendo incluso apartarse de la ley. Y, siendo así, la interpelación constitutiva de la mora no es un negocio jurídico, desde que su efecto no depende ni se regula por el querer del interpelante, sino exclusivamente por la ley, con prescindencia de la voluntad individual.

En el sentido descrito por Wayar, Brebbia afirma que «Cuando el acreedor requiere el cumplimiento de la obligación al deudor, no pretende regular sus relaciones con él sino simplemente persigue la finalidad de obtener la prestación que se le debe. Ahora bien, la ley adjudica a ese propósito, evidenciado mediante el requerimiento, un efecto que se produce aunque no haya sido querido realmente por el acreedor: la constitución en mora».[60]

Wayar concluye expresando que cuando la ley subordina el estado de mora a la previa interpelación, solo está exigiendo que el acreedor reclame el pago; es decir, es suficiente que el acreedor manifieste su voluntad de obtener el cumplimiento para que el deudor quede, en virtud exclusiva de la ley y no de aquella declaración, incurso en mora y, por ende, sancionado a soportar sus consecuencias. En este orden de ideas, no es necesario que el acreedor quiera que se produzcan los efectos de la mora, sino que es suficiente que reclame el pago.

Por lo tanto —a decir de Wayar—, la interpelación, por su naturaleza, constituye un acto jurídico *stricto sensu* o, lo que es lo mismo, un acto semejante a los negocios jurídicos.

De lo expuesto advertimos que no es fácil tomar partido en torno a la naturaleza jurídica de la interpelación.

Es cierto que podría ser calificada como un hecho jurídico, en la medida que no tenga por finalidad constituir en mora al deudor o, en su caso, al acreedor. Es posible, en efecto, que un acreedor requiera a su deudor con el único propósito de exigir que le pague lo adeudado, sin desear constituirlo en mora, caso en el cual dicha interpelación solo sería calificada como un hecho que genera efectos jurídicos.

---

[60] Brebbia, Roberto. *Hechos y actos jurídicos* (Comentarios a los artículos 869 a 943 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia). Buenos Aires: Astrea, 1979, p. 70.

Sin embargo, podríamos estar en presencia de un verdadero acto jurídico, en la medida que el agente, obrando con conciencia y voluntad, interpele a su contraparte a fin de constituirlo en mora o de interrumpir el decurso del plazo prescriptorio que venía corriendo contra dicho agente. Pero el problema de la naturaleza jurídica de la interpelación es fundamentalmente práctico, ya que en este terreno resultaría —diríamos que en todos los casos— imposible conocer a ciencia cierta cuáles han sido las motivaciones del agente que interpeló a su contraparte.

Por ello, nos inclinamos a considerar que la interpelación es un acto jurídico, ya que la situación incierta que hemos puesto de manifiesto nos parece insuperable.

Adicionalmente, esta posición se ve reforzada por el hecho de que si el acreedor no reclama el pago al deudor en el tiempo que corresponde, se entiende que tal acreedor está prorrogando tácitamente el plazo del pago.

9. Reglas aplicables a la interpelación, según su naturaleza

De acuerdo con la concepción de la naturaleza jurídica de la interpelación por la que se opte, se aplicarán diferentes reglas en materia de capacidad, representación, nulidad, forma, prueba, etc.

9.1. Capacidad

Quienes sostienen que la interpelación es un hecho jurídico, afirman que aquella será eficaz para constituir al deudor en mora aunque el acreedor sea incapaz. Solo se exige que el sujeto del cual provenga la interpelación se halle, al momento de emitirla, dotado de discernimiento.

Por otro lado, los defensores de la tesis que concibe a la interpelación como un acto jurídico sostienen que el acreedor debe ser una persona capaz de contratar. Asimismo, algunos de los autores que ca-

lifican a la interpelación como un acto semejante al negocio jurídico, se inclinan por exigir capacidad en el acreedor.[61]

Ernesto Wayar expresa que, por regla general, es menester que el acreedor sea capaz de contratar, para que la interpelación que pudiera formular sea considerada válida y eficaz. Recuerda que en su país, por excepción, los menores adultos (artículo 55 del Código Civil Argentino), pueden, prescindiendo de sus representantes, formalizar reclamos con eficacia interpelativa.

Por su parte Peirano Facio[62] indica que la doctrina en general está de acuerdo en que, teniendo el instituto de la mora un carácter meramente conservativo de los derechos del acreedor, no es necesario que este sea plenamente capaz para solicitarla, bastando al efecto que tenga las atribuciones necesarias para que su voluntad sea reconocida por el Derecho.

En lo que respecta al Derecho Peruano, resulta necesario recordar lo prescrito por el artículo 1358, en el sentido que «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

Es evidente que un incapaz que no reúna las condiciones exigidas por el artículo 1358, no podría interpelar válidamente.

En efecto, solo los incapaces no privados de discernimiento, y para los actos previstos por el 1358, podrán intimar válidamente. Si se tratara de incapaces no privados de discernimiento, pero de actos ajenos a los previstos en ese numeral, su intimación no surtiría efectos jurídicos, al igual que la intimación verificada por un incapaz pri-

---

[61] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 370-373.
[62] Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 33 y 34.

vado de discernimiento, no obstante tratarse de actos relacionados con las necesidades de su vida diaria.

Fuera de los casos excepcionales del artículo 1358, para interpelar se requiere tener plena capacidad de ejercicio.

Respecto a la capacidad del deudor para ser intimado, Peirano Facio[63] sostiene que en los casos en que el deudor sea incapaz, la intimación que se le formule personalmente a este, será absolutamente ineficaz, salvo que la incapacidad de que se trate no hubiera impedido al menor pagar válidamente la obligación respecto de la cual se produce la intimación en mora.

9.2. La eficacia de la interpelación no depende de la voluntad del agente

Una consecuencia trascendente que se deriva de la naturaleza jurídica de la interpelación, entendida como un acto jurídico *stricto sensu,* es que su eficacia no depende de la voluntad del agente, de tal manera que los efectos que la ley le asigna se producen aun contra o sin la voluntad del acreedor.

De esta forma, el acreedor que interpela a su deudor lo constituye en mora y lo obliga a soportar todas sus consecuencias, a pesar de que lo único que buscaba, al formalizar el reclamo, era obtener el pago y no agravar la situación del deudor. En este sentido, Wayar expresa que tal cuestión no es puramente teórica, sino que resulta útil, por ejemplo, en un caso como el de la solidaridad activa, cuando uno de los acreedores, sin intención de constituir en mora al deudor, formula un reclamo de pago y, posteriormente, pretende defenderlo argumentando que su voluntad no estuvo dirigida a provocar la mora.

[63] PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, pp. 35 y 36.

Este acreedor podrá renunciar a los derechos que surjan por la situación de mora del deudor, pero la interpelación será plenamente válida y eficaz, y ella beneficiará a los demás coacreedores.

En el Derecho Peruano resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 1194 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> 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.

Esta norma es de aplicación a las obligaciones divisibles y solidarias, indivisibles y solidarias, e indivisibles y mancomunadas, conforme a lo dispuesto por el artículo 1181 del Código Civil.

Debemos señalar que discrepamos, en parte, de las expresiones vertidas por Wayar, en la medida que en el propio acto de constitución en mora se podría atemperar sus consecuencias como, por ejemplo, si el acreedor requiriese el pago, pero a su vez otorgara una prórroga al deudor o si renunciase por anticipado a los intereses moratorios que se devengarían en el caso concreto.

El acreedor, en ese sentido, goza de la más amplia libertad y no existe norma legal que le prohíba actuar de esta forma.

10. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA INTERPELACIÓN

La interpelación, según Gustavo Palacio Pimentel,[64] constituye un requisito o condición formal necesario para la constitución en mora,

[64] PALACIO PIMENTEL, Gustavo. *Op. cit.*, tomo I, pp. 495 y 496.

que viene a ser una exigencia o intimación hecha por el acreedor al deudor, en forma judicial o extrajudicial, presumiéndose que mientras el acreedor no interpela al deudor, la demora no perjudica al primero.

Añade el profesor citado que la interpelación debe ser precisa en su objeto y no debe ser prematura. La interpelación judicial es la que consiste en la interposición de una demanda por el acreedor contra el deudor, y notificada a este. Si se produce la nulidad de la notificación, la interpelación valdrá siempre como extrajudicial. En cambio, la interpelación extrajudicial es la realizada por correspondencia telegráfica, epistolar o por teléfono, siempre que se acredite su recepción por el deudor. Pero debe tenerse presente que en caso se haya interpelado extrajudicialmente, cuando luego se interponga la demanda, esta última ya no tendría carácter interpelatorio, sino meramente compulsivo.

De otro lado, Palacio Pimentel refiere que el reconocimiento de un documento en diligencia preparatoria (hoy «prueba anticipada» conforme al Código Procesal Civil de 1993) no constituye interpelación, ya que en ella no consta la voluntad expresa del acreedor dirigida al deudor para que realice el pago. Convenimos en este extremo con lo opinado por el referido autor.

Por su parte, Jorge Bustamante Alsina[65] señala cómo según algunos romanistas la interpelación por el acreedor solo era necesaria para producir la mora del deudor cuando la obligación no tenía término de vencimiento; en cambio, cuando la obligación tenía plazo determinado, el solo vencimiento de este constituía en mora al deudor, produciendo los mismos efectos de la interpelación (los glosadores

[65] Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría de la responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 99.

expresaban este efecto en la regla *dies interpellat pro homine).* Es decir, que en la generalidad de los casos, habida cuenta de que la gran mayoría de las obligaciones estipulaban plazo de vencimiento, la mora operaba por la sola fuerza de las cosas *(ex re)* y solo excepcionalmente era necesario el requerimiento del deudor.

Sin embargo, sobre esta cuestión, agrega Bustamante, no existe acuerdo entre los romanistas. De un texto de Marciano en el Digesto se induce que en Roma no había mora *ex re* sino que ella era *ex personae;* es decir, que el deudor no estaba en mora sino después de la interpelación por el acreedor. De esta manera, la mora se producía excepcionalmente sin interpelación *(ex re),* cuando el deudor se ausentaba sin dejar representante, por negligencia o mala fe, si se trataba de una obligación de restituir proveniente de un robo, si se hubiese convenido o estipulado.

A juicio de Jorge Eugenio Castañeda,[66] la interpelación es la condición formal de la mora, que exige que el deudor sea compelido al cumplimiento de la prestación y solo después de esta exigencia se considerará que el deudor está incurso en mora. Es decir, el acreedor deberá pedir al deudor que le pague. Agrega el citado autor, que se presume que en tanto el acreedor no interpele al deudor, aquel está autorizando tácitamente a este para que postergue el cumplimiento de su obligación y que, en realidad, no le causa perjuicio alguno la demora.

Por su parte, Peirano Facio[67] considera que la interpelación puede entenderse, de modo general, como un acto por el cual el acreedor notifica al deudor que debe cumplir con su obligación.

[66] Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit., Revista Ius et Praxis.* Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Diciembre 1986, n.° 8, pp. 156-163.

[67] Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, p. 31.

Añade el citado profesor[68] que la interpelación concebida desde su contenido —de un modo más específico— debe tener el sentido de una inequívoca invitación que se dirige al deudor instándole a que cumpla su obligación.

Lo expresado —según Peirano Facio— supone, necesariamente, una última oportunidad que se concede al deudor con la finalidad de que pueda ejecutar la prestación que debe; ya que no es posible imaginarse cómo puede invitarse a alguien a cumplir con su obligación, si no se le va a dar una oportunidad para que realice el cumplimiento que se le solicita. Esta apreciación se encuentra respaldada por simples consideraciones de equidad y por la propia naturaleza del instituto de la mora.

Por nuestra parte, discrepamos con Peirano, ya que la intimación no implica necesariamente conceder una última oportunidad para que el deudor pague. Lo afirmado obedece a que luego de la intimación podría suceder que el deudor todavía no pague, y que, a pesar de ello, su acreedor lo siga instando para que cumpla. Esto significa que luego de la intimación y ausencia de pago, el acreedor estaría en aptitud de desencadenar acciones judiciales contra el deudor, pero también podría ocurrir lo contrario, vale decir, la continuación de la espera extrajudicial de pago mediante sucesivas intimaciones.

De otro lado, sí convenimos con Peirano en el sentido de que la intimación implica necesariamente la existencia de la posibilidad de cumplir.

Peirano también aclara que la intimación dirigida al deudor surte efectos de inmediato, de tal forma que si este deseara escaparse a las consecuencias de la mora, no tendría otra alternativa que cumplir con la obligación en el mismo acto en que es intimado.

---

[68] Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 36-38.

Ahora bien, esta afirmación —según el citado autor— requiere ser distinguida de acuerdo con la forma de ejecución de las obligaciones. Refiere que la solución propuesta se comprende fácilmente en los casos en que el acreedor invita a su deudor al cumplimiento de una prestación que puede ser ejecutada instantáneamente, como sería la que consiste en el pago de una suma de dinero. Sin embargo —agrega Peirano— existen algunas modalidades específicas en las que el cumplimiento de la obligación exige, como presupuesto necesario, el transcurso de cierto lapso, como por ejemplo que la prestación consista en la ejecución de alguna obra o que tuviere, en general, un carácter no instantáneo. En este caso, es evidente que el transcurso de ese lapso debe considerarse implícito en la intimación y, por lo tanto, el deudor escapará a los efectos de la mora si comienza de inmediato la ejecución de su prestación, aun cuando esta no llegue a finalizarse por entero, sino con el transcurso del tiempo que en razón de la propia naturaleza de las cosas requiere ella para ser cumplida.

Al respecto, discrepamos de la opinión expresada por Peirano, ya que la interpelación —concebida como un requerimiento de pago formulado por el acreedor al deudor— desencadena la mora de este de manera inmediata. En tal sentido, se presenta la concurrencia de todos los elementos fundamentales de la mora del deudor: el retardo (elemento objetivo), la culpa (elemento subjetivo) y la intimación (elemento formal), verificada mediante la interpelación; por lo que no existiría razón para que no surjan las consecuencias propias de la situación de mora.

Por ello, el deudor se encontraría en mora desde el momento mismo de la interpelación. Esto es innegable. Sin embargo, los efectos del estado moratorio se prolongarían durante todo el plazo que demore el deudor en cumplir con su obligación. Una vez que efectúe el pago cesará la mora y simultáneamente se extinguirá la obligación.

Además, nuestra opinión se ve respaldada por lo previsto por el artículo 1333 del Código Civil Peruano, precepto que establece que «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación». Es decir, que inmediatamente después de que el acreedor interpele a su deudor, este se hallará en mora, sin posibilidad de que el deudor ejecute su prestación eximiéndose de los efectos que conlleva la situación de mora.

A lo expuesto podemos añadir que entendemos por «interpelación», en sentido jurídico, al acto por el cual el acreedor reclama por primera vez al deudor el pago insoluto de la obligación o el primer requerimiento que efectúa el deudor a su acreedor, para que realice los actos de colaboración necesarios o para que acepte el pago, siempre y cuando, en ambos casos, la prestación siga siendo posible y útil.

11. Características de la interpelación

A continuación nos ocuparemos de las características de la interpelación.

11.1. Es una declaración unilateral de voluntad

Según Wayar[69] la interpelación es un acto de voluntad. En este sentido, la voluntad del acreedor no debe quedar en el plano interno de su conciencia, sino que debe exteriorizarse, ser cognoscible por el deudor, destinatario directo de aquella manifestación. Y en cuanto a la forma de manifestarse esa voluntad del acreedor, cabe afirmar que ella debe materializarse a través de una declaración.

Precisa Wayar que lo afirmado —aunque parece extremadamente obvio— se comprende, ya que manifestación y declaración de voluntad no son sinónimos: «Toda declaración enseña Brebbia, es una manifestación de voluntad, pero, a la inversa, hay manifestaciones que no son declaraciones (comportamientos de hecho que se observan sin el propósito de declarar la voluntad, aunque la traduzcan)».

[69] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 374 y 375.

La declaración se caracteriza por ser un hecho de lenguaje *(lato sensu)*, es decir, comprensivo de las representaciones simbólicas (gestos, ademanes, etc.), que sustituyen a la palabra escrita o hablada, pero que sigue siendo lenguaje si las partes así lo convinieran.

A decir del citado profesor, hay declaración de voluntad, en suma, cuando la manifestación consiste en un hecho de lenguaje mediante el cual el sujeto que la formula tiende a hacer conocer a otro sujeto su voluntad respecto de una determinada cuestión. Y esto puede efectuarse en cualquier forma.

Agrega Wayar que la doctrina distingue entre voluntad del contenido y voluntad de la manifestación. Recuerda que López de Zavalía explica que en el proceso voluntario interno se advierten dos etapas o momentos: en la primera, el sujeto quiere algo; en la segunda, quiere expresar ese algo. A la voluntad, considerada en cuanto quiere algo, se le llama voluntad del contenido, y en cuanto quiere expresar ese algo, voluntad de la manifestación. Añade que en particular nos interesa el último concepto: la voluntad de la manifestación está dirigida a comunicar a otros lo que quiere (voluntad del contenido) el sujeto que declara. Pueden existir desajustes entre lo que el sujeto quiere y lo que declara que quiere.

Para que la interpelación surta efectos —dice Wayar—, solo es necesario que el acreedor manifieste su voluntad de exigir el pago, aunque ello no se ajuste del todo al contenido de su voluntad. Puede buscar un fin distinto (como atemorizar al deudor, hacerle saber que cesa la tolerabilidad del retraso, etc.); pero la ley, sin tomar en cuenta este querer del sujeto y atendiendo solo a lo manifestado (reclamo de pago), desató los efectos de la mora.

En suma —concluye Wayar—, lo que se exige es una declaración de voluntad del acreedor, dirigida a la obtención de la prestación, manifestada en términos inequívocos y concluyentes.

Además, Wayar alude a que la interpelación se perfecciona con la sola declaración del acreedor, vale decir, es unilateral, sin que sea necesario el concurso de la voluntad del deudor ni este pueda impedir los efectos de la mora, salvo que cumpla la prestación en las condiciones exigidas.

En el mismo sentido, Jorge Joaquín Llambías[70] señala que la interpelación es un acto unilateral, porque emana de la sola voluntad del acreedor, no requiriéndose la intervención de otra voluntad para completarlo.[71]

[70] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, pp. 135 y 136.

[71] En lo que respecta al Derecho Peruano, no debemos olvidar lo dispuesto por el artículo 168 del Libro de Acto Jurídico del Código Civil, precepto que prevé que: «El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe».
Esta norma debe ser concordada con lo establecido por la segunda parte del artículo 1361, regla que dispone que «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla».
Es evidente que la interpelación es una declaración unilateral de voluntad que no se encuentra dirigida a la celebración de ningún contrato, sino más bien —en muchos casos— a obtener la ejecución de las obligaciones nacidas de dichos contratos.
Sin embargo, lo previsto por los artículos 168 y 1361, no da exclusiva preeminencia a la declaración, sino más bien esta debe ajustarse a lo querido por el declarante.
Pero, en la mayoría de los casos, resultaría imposible deshacer el contenido de una voluntad declarada, pues difícilmente podrá probarse que no concuerda con la voluntad del declarante.
No obstante, son de aplicación al tema las teorías del error y del disentimiento, sobre las cuales no nos corresponde pronunciarnos en este estudio.

11.2. Es una declaración de voluntad recepticia

Estima Llambías[72] que la interpelación es una declaración de voluntad recepticia porque está dirigida al deudor. En este sentido solo produce efecto a partir del momento que llega o puede llegar a conocimiento del deudor.

Por su parte, Ernesto Wayar,[73] manteniéndose en la línea de Llambías, sostiene que la interpelación es una declaración recepticia, ya que esta comienza a producir sus efectos desde que la declaración que la contiene es recibida por el deudor. El fundamento de dicha exigencia —señala Wayar— es obvio: solo a partir de que el deudor toma conocimiento del reclamo del acreedor o está en condiciones de hacerlo, puede decirse que la declaración de este cobra sentido.

Así, el conocimiento del reclamo por parte del deudor asume carácter esencial, pues en las declaraciones recepticias, afirma Betti, «La comunicación o notificación es elemento constitutivo del acto mismo que no es operante, ni siquiera concebido sin ella».

11.3. Es un acto jurídico

Sobre este tema ya tomamos posición al analizar la naturaleza jurídica de la interpelación, en donde hemos señalado que se trata de un acto jurídico *stricto sensu*. En tal virtud, remitimos al lector a lo ahí expresado.

11.4. Es un derecho potestativo del acreedor

Paul Oertmann[74] sostiene que los derechos potestativos son aquellas facultades del sujeto que contienen algún poder para la generación de

[72] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 135.

[73] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 376 y 377.

[74] Oertmann, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Traducción de la Tercera Edición Alemana, L. Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933, pp. 363 y 364.

efectos jurídicos y otorgan a su titular la posibilidad de producir, mediante la propia actividad y por declaración unilateral, un efecto de derecho. Estos derechos obtienen satisfacción gracias al titular mismo y no suponen desarrollo alguno de poder dirigido sobre voluntades ajenas, es decir, acción.

En este sentido, Ernesto Wayar[75] entiende que la interpelación constituye el ejercicio de un derecho potestativo: En primer término, porque es una facultad que tiene el acreedor y que en consecuencia puede dejar de utilizar. No es obligatorio que el acreedor interpele. En segundo término, porque si bien depende de su exclusiva voluntad, está destinada a modificar una situación ajena, motivo por el cual sería un derecho potestativo modificativo.

Es criterio universal, y desde luego compartido por el Derecho Peruano, el carácter meramente potestativo de la interpelación.

Se exceptúan de esta regla general algunas situaciones singulares. A modo de ejemplo mencionamos tan solo una de ellas: el ejercicio de la acción subrogatoria u oblicua por un acreedor del acreedor, siempre que concurran, desde luego, las condiciones para que ella pueda promoverse, institución que oportunamente analizamos al comentar el artículo 1213, inciso 4, del Código Civil Peruano.

Resulta evidente que nadie obliga al acreedor a interpelar al deudor. Es más, teóricamente podríamos encontrarnos ante un acreedor que nunca reclame al deudor que este le pague, e incluso que deje —consciente o inconscientemente— que prescriba la acción para la cobranza de la deuda. Es claro, entonces, el carácter meramente potestativo de la interpelación.

[75] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 378.

11.5. Supone una exigencia categórica de cumplimiento

A decir de Cazeaux y Trigo Represas,[76] la reclamación del pago debe ser categórica. Por tal razón no se considera suficiente la simple comunicación del acreedor al deudor, haciéndole saber el vencimiento de la obligación.

Discrepamos, sin embargo, de esta aseveración, ya que es evidente que una manera sutil y educada de cobrar es recordando al deudor que su deuda ya venció, lo que a nuestro juicio lo constituye en mora.

Por su parte, Wayar[77] destaca que la doctrina entiende que la interpelación implica una manifestación de voluntad expresa, positiva, concluyente, inequívoca y coercitiva, por la cual el acreedor reclama de su deudor el cumplimiento inmediato de la prestación.

No compartimos dicho parecer, pues pensamos que el requerimiento no necesariamente debe ser categórico. Las expresiones sutiles, que inequívocamente impliquen voluntad de cobro, también tienen carácter interpelatorio y, por ende, también constituyen en mora.

Se dice —según Wayar— que la interpelación debe ser expresa y positiva, con la finalidad de descartar la forma tácita de exteriorización de la voluntad; asimismo, esta exigencia debe ser terminante y precisa. Para ello es necesario que la voluntad se manifieste por medios concretos y directos, y no que resulte inducida por hechos o circunstancias que permitan presumir, indirecta o tácitamente, su existencia.

Se sostiene —agrega Wayar— que la interpelación debe ser concluyente e inequívoca para significar que ella no es un ruego ni una

[76] CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, pp. 119 y 120.
[77] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 379 y 380.

invitación, sino una exigencia terminante y categórica de pago; el reclamo debe ser indubitado, es decir, no deben quedar dudas en el deudor de que se le está reclamando el cumplimiento.

No compartimos esta manera tan radical de apreciar a la interpelación.

Pensamos que incluso a través del ruego se podría estar requiriendo el cumplimiento. A nuestro modo de ver, no resulta indispensable el tono enfático de una declaración para que esta tenga naturaleza interpelatoria. Y el ruego constituye tal vez el mejor ejemplo. Si un acreedor pide por favor a su deudor que le pague, o incluso si lo hiciese como un ruego o una súplica, ello podría obedecer a diversas circunstancias, como el empleo de modales, una situación de precariedad económica o, incluso, un estado de necesidad. Pero, si hay algo claro es que se está requiriendo el pago, pues el acreedor necesita que el deudor cumpla la prestación y está transmitiendo al deudor su inequívoca voluntad en ese sentido.

Se afirma —recuerda Wayar— que la interpelación debe ser coercitiva y no declarativa; con ello se refiere a que el reclamo debe llevar implícita una advertencia al deudor de que si no cumple ante el requerimiento, puede ser compelido a hacerlo por la fuerza (siempre que esto fuese posible).

Tampoco concordamos con esta tesis, pues no creemos que la interpelación sea o deba ser algo así como un ultimátum. La interpelación, simple y llanamente, es una declaración de requerimiento de pago. Las amenazas sobran, tanto en el plano práctico —si el acreedor no desea recurrir a ellas— como en el plano legal, pues el acreedor siempre contará con las acciones que le franquee la ley.

Interpelar no es sinónimo de hablar más fuerte que la contraparte; tampoco es sinónimo de ultimátum o amenaza. Simplemente, implica cobrar lo debido.

Además de lo expresado, Wayar refiere que, en caso de duda acerca de la presencia de las condiciones o requisitos de la interpelación, debe estarse a favor del deudor *(favor debitoris)*, considerando que no existe interpelación. Desconocemos el origen de tal presunción. Creemos que el análisis para apreciar si hay o no interpelación, debe tener un carácter meramente objetivo, de modo tal que si se encuentran presentes todos los requisitos, habría interpelación; en ausencia de alguno, no la habría.

11.6. Debe ser formulada por el acreedor

Jorge Peirano sostiene que en relación al tema de quién[78] debe formular la intimación, no pueden presentarse dudas de ninguna especie, ya que solo el acreedor puede ser sujeto activo de la interpelación de la mora del deudor. Este principio se sustenta justamente en la esencia del concepto de mora: siendo la mora el estado en que cae el deudor cuando cesa la tolerancia que el acreedor le otorgara en espera de que ejecute su prestación, es obvio que solo al acreedor corresponde decidir en qué momento desea interrumpir esa tolerancia. Lo expuesto hasta aquí por Peirano es, en opinión nuestra, exacto, con las reservas que hemos formulado en la parte final del punto 11.4. que antecede.

Con relación a lo expresado, señala dicho autor que es oportuno recordar que según lo estableció el Derecho Romano, no bastaba para constituir en mora al deudor que este fuera intimado por su acreedor, sino que se necesitaba que se tratara de una persona a la que el deudor no podía desconocer la calidad de acreedor. De esta manera, los autores señalan que si, por ejemplo, la intimación es formulada por un heredero, y el deudor, por su parte, piensa que su acreedor es aún

---

[78] Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

el causante que no ha fallecido, no puede, entonces, considerarse que el deudor ha incurrido en mora.

Sin embargo, esto último es solo parcialmente cierto, en la medida que si nos encontrásemos ante el caso del heredero aparente, es decir de aquella persona que ha sido declarada heredera de un causante, pero que luego de formular una intimación al deudor se le anula la condición o calidad de heredero, por haber aparecido, por ejemplo, alguien que haga saber su mejor derecho de tal, vía la acción petitoria de herencia, esa intimación sí sería válida, pues habría sido hecha por quien tenía —jurídicamente hablando— la condición de heredero al momento en que hizo el requerimiento de pago.

11.7. No es formal

Ernesto Wayar[79] afirma que la declaración interpelativa no está sujeta a forma ni solemnidad alguna, por lo que bastaría señalar que puede ser hecha por escrito o verbalmente, incluso por teléfono; y en cualquier caso tiene plena eficacia, siempre que su existencia sea fehacientemente demostrada por el acreedor.

Respecto de este tema —el mismo que ampliaremos más adelante— podemos añadir que para interpelar pueden emplearse, inclusive, todos los medios electrónicos más avanzados que imperan en las comunicaciones de nuestros días.

Sin embargo, precisa aclararse que lo expresado en torno a la ausencia de formalidad legal, rige para la interpelación extrajudicial, mas no para la interpelación judicial.

[79] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 378.

12. Condiciones que debe reunir la interpelación

Wayar[80] considera que el requerimiento, para tener plena eficacia moratoria, debe reunir una serie de condiciones que pueden ser clasificadas en intrínsecas a la interpelación misma o extrínsecas a ella.

Las condiciones intrínsecas serian las siguientes: a) el carácter categórico, inequívoco y coercitivo de la declaración del acreedor; b) el reclamo debe ser apropiado a las circunstancias de tiempo, lugar y modo de cumplimiento de la obligación y referirse específicamente al objeto debido; c) se debe exigir un cumplimiento de factible o de posible realización.

Por otro lado, las condiciones extrínsecas serían dos: a) al tiempo de interpelar, el acreedor debe prestar toda cooperación que sea menester para facilitar la ejecución; b) el acreedor no debe encontrarse en situación de mora.

En adelante el desarrollo de dichas condiciones.

12.1. Condiciones intrínsecas

12.1.1. El requerimiento debe contener una exigencia categórica, inequívoca y coercitiva de pago

Respecto de este punto remitimos al lector al análisis que hiciéramos en torno al tema de los caracteres de la interpelación.

12.1.2. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto al objeto y contener referencias concretas

Wayar sostiene que la declaración del acreedor, además de ser categórica, inequívoca y coercitiva, debe precisar el *quid* y el *quantum* de la

[80] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 400-410.

prestación que reclama, e indicar con claridad el lugar, el tiempo y el modo en que el cumplimiento de aquella debe verificarse.

Si alguna de estas menciones falta o es defectuosa, precisa Wayar, el deudor no puede ser sancionado con las consecuencias de la mora; ni siquiera puede afirmarse que un eventual retardo sea producto de su negligencia o culpabilidad sino, por el contrario, de la conducta del propio acreedor.

La doctrina coincide en sostener que una interpelación defectuosa no provoca la mora del deudor. Sin embargo, pensamos que en muchos casos la manera en que se deba pagar resultará tan clara y evidente, que no habrá necesidad de formular referencias adicionales al objeto de la prestación.

12.1.3. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto a la referencia de la prestación debida

Wayar entiende que la referencia a la prestación cuyo cumplimiento se exige debe ser precisa.

Asimismo, Cazeaux y Trigo Represas[81] sostienen que el requerimiento debe adecuarse estrictamente a la prestación que es objeto de la obligación. Si el acreedor exige algo distinto de lo que le es debido, su reclamo no surte efecto interpelativo. En este sentido, se ha dicho que es ineficaz para constituir en mora al deudor la carta que no intima el cumplimiento de la obligación, sino el pago de las prestaciones que eran consecuencia de la resolución del contrato que se tenía por ocurrida.

En la misma línea argumentativa, Wayar sostiene que si se pretende algo completamente distinto de aquello a que se tiene derecho, el

[81] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 120.

requerimiento carece de eficacia moratoria, opinión que es compartida por la mayoría de la doctrina consultada.[82] Un ejemplo de esta situación sería que el deudor deba ejecutar la prestación de dar un inmueble determinado a su acreedor y este interpele a aquel exigiéndole que ejecute una prestación de hacer, consistente en pintar un cuadro. Pero Wayar se pregunta, ¿qué sucedería en el caso en que se exija el cumplimiento de una prestación que difiere en parte de la prometida? Por ejemplo, cosas de calidad inferior o superior a la debida, o un monto mayor o menor.

Al respecto, Borda[83] sostiene que la solución depende de las circunstancias particulares de cada caso concreto. Sin embargo, asevera que debe admitirse la validez de la interpelación, al menos, en dos supuestos genéricos: 1) Si es de suponer razonablemente que aun de haber sido correcta la interpelación, el deudor no hubiera pagado; 2) Si, conforme a la buena fe, debe tenerse por suficiente, en el caso dado, una interpelación incorrecta.

La regla general, en nuestro concepto, es que precisa respetarse rigurosamente el requisito de exigencia de la prestación adeudada, debiendo revestir los elementos de identidad e integridad que son comunes a todo el Derecho de Obligaciones.

En cuanto a exigir una prestación distinta de la debida, resulta obvio que esa situación no configuraría estado moratorio. El problema surgiría si se exige el cumplimiento de algo parecido, como sería el caso en que se requiera el pago con un bien de la mejor calidad cuando solo se puede reclamar uno de calidad media, por citar un ejemplo.

[82] Enneccerus-Lehman. *Derecho Civil*, vol. I, tomo II, Obligaciones, p. 259; Von Thur, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Traducido por Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, tomo II, p. 113; Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 261; Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, Obligaciones, tomo I, p. 78, entre otros.

[83] Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, *Obligaciones*, p. 78.

Estimamos que ahí no habría intimación, en la medida que el requerimiento nunca debería ser seguido de la afirmativa o asentimiento del deudor, pues este simplemente no estaría obligado a pagar aquello que se le está exigiendo.

Lo propio ocurriría si se requiere el cumplimiento de una prestación parecida y hasta equivalente. Por ejemplo, si el deudor debe US $1000 y su acreedor le exige el pago de S/. 3500 (en la eventualidad de que el tipo de cambio fuese de 3,50 nuevos soles por dólar).

Si bien es cierto que el acreedor estaría exigiendo una cantidad de igual valor, es claro que la prestación cuyo pago se requiere sería claramente divergente con la prestación reclamada, pues solo coincidirían los valores de las mismas. Además, no debe olvidarse que el carácter facultativo solo está presente en las obligaciones de dar moneda extranjera en favor del deudor, mas no del acreedor. Si bien el deudor puede optar entre pagar en moneda extranjera o en moneda nacional, el acreedor, en el ejemplo propuesto, no podría exigir que se le pague en moneda nacional, pues no se trataría de la prestación principal, sino de la accesoria (argumento del artículo 1237 del Código Civil Peruano de 1984).

Wayar afirma que existe consenso en admitir la validez y eficacia de la interpelación, en el supuesto de que el acreedor reclame una cantidad menor (o cosas de inferior calidad). En este sentido, argumenta Von Thur, en concepto compartido por Borda, que la solución se justifica porque el acreedor está autorizado para exigir, si lo creyere conveniente, un pago parcial. Al respecto, Wayar comparte la tesis, pero no sus fundamentos.

Nosotros, como lo hemos manifestado, no compartimos ni la tesis ni sus fundamentos.

Ernesto Wayar sostiene que debe aceptarse la validez de la interpelación por la que se reclama el pago de solo una parte de la deuda,

porque ello favorece la dinámica de las obligaciones, al agilizar o, en cierta forma, facilitar la disolución del vínculo.

Además —agrega Wayar—, desde el punto de vista del deudor, su situación es menos grave que si se le hubiere reclamado la integridad del crédito. Pero, añade, que no se afirme que el acreedor está facultado para exigir pagos parciales, como tampoco el deudor puede pretender no estar en mora por la sola y única circunstancia de que se le reclamó una cantidad menor, argumentando que no está obligado a efectuar entregas parciales. Esto constituiría, a criterio de Wayar, un ejercicio abusivo de su derecho; pero, precisa, el deudor puede en cambio tener legítimo interés en cumplir íntegramente la prestación y, en tal caso, si el acreedor no aceptara el ofrecimiento, no solo no habría mora del deudor, sino que el acreedor sería el moroso.

Por nuestra parte, entendemos que si el acreedor reclamase al deudor un pago parcial, ello constituiría un acto intimatorio en la medida en que quedara claro que el acreedor lo que está reclamando es que el deudor le pague una parte de aquello que le debe y no simplemente una cifra o cantidad que, por ser menor, es distinta de la debida.

En caso de que el acreedor reclamara una cantidad mayor (o cosas de superior calidad), Enneccerus-Lehmann[84] y Borda[85] opinan que la interpelación es válida respecto de la cantidad adeudada, mientras que otros autores le niegan tal eficacia.

Wayar[86] se adhiere a la primera posición, pues considera que el deudor no puede ampararse en esa circunstancia para evitar los efectos de la mora.

---

[84] Enneccerus, Ludwig y Heinrich Lehmann. *Op. cit., Obligaciones*, p. 259.
[85] Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, p. 78.
[86] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 403.

Nosotros consideramos válida la segunda posición. Estimamos que si el requerimiento de pago que efectúa el acreedor al deudor, fuese por una cantidad mayor que la debida, la negativa del deudor se impone y no debería exigírsele efectuar precisiones al respecto.

12.1.4. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto a las referencias al tiempo, lugar y modo en que la prestación debe cumplirse

Wayar[87] sostiene que el factor tiempo es importante enfocarlo desde dos puntos de vista: en primer lugar, el requerimiento debe ser oportuno, es decir, concretado una vez que la obligación se hizo exigible; en segundo lugar, no debe ser sorpresivo, sino que debe conceder al interpelado un plazo razonable de ejecución.

La doctrina mayoritaria considera que la intimación debe efectuarse después que la obligación se ha hecho exigible. Es ahí donde se aprecia el aspecto de la oportunidad del requerimiento. En ese sentido, este será oportuno cuando el acreedor lo formule luego que la relación de obligación haya entrado en una fase de su desarrollo temporal en que el comportamiento debido es exigible. Es decir, la interpelación debe ser hecha después de vencida la obligación. Además, la exigibilidad es importante porque constituye un presupuesto de la situación de mora, ya que condiciona la eficacia de la interpelación.

Una postura contraria a la expresada es sostenida por Félix Hernández Gil,[88] quien propugna la validez del requerimiento anticipado realizado por el acreedor antes del vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición suspensiva, es decir, antes de la exigibilidad del crédito. En este sentido, según Hernández, el requerimiento no

[87] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 404 y 405.

[88] Hernández Gil, Félix. «La intimación del acreedor en mora *ex persona*». En *Anuario de Derecho Civil*, 1962-2, tomo XV, p. 353.

pierde su eficacia porque se haga en fecha anterior al vencimiento, si este consta con certeza, porque se trataría de una advertencia de que el acreedor no tolerará el retardo y de que el deudor deberá cumplir en cuanto llegue el término. Con esto —precisa el citado autor—, quedaría satisfecha la función de requerimiento, que no es otra que la de hacer saber al deudor que ha cesado la tolerabilidad del retardo.

Al respecto, Wayar considera que esta tesis es inadmisible por dos razones principales: a) porque el principio de buena fe no tolera que el acreedor agrave la situación de su deudor; b) porque ello importaría derogar —por un acto unilateral del acreedor y en su exclusivo beneficio— la regla de la interpelación.

Asimismo, José Cano[89] discrepa de la posición de Félix Hernández, al considerar que este autor olvida la sustancial función del principio de diligencia del acreedor para obtener cuanto se le debe, lo que le obligará a recordar al deudor el hecho de que lo es, el vencimiento del plazo, la naturaleza, identidad y cuantía de la deuda. Agrega Cano que tal función de recuerdo e identificación de la obligación de que se trata y de la prestación que se debe, no parece compatible con la idea de una interpelación anticipada.

En esta misma línea de pensamiento, Llambías[90] expresa que si se aceptara la interpelación anticipada se permitiría que el acreedor, unilateralmente, dejara de lado la exigencia interpelatoria (por ejemplo, en las obligaciones de plazo tácito), ya que podría formular la intimación inmediatamente después de contraída la obligación y estando pendiente el plazo (incluso ello sería posible en las obligaciones de plazo incierto). Concluye Llambías diciendo que «esa sola posibilidad resulta francamente absurda».

[89] Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, p. 69.

[90] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 147.

Por nuestra parte, coincidimos con la doctrina mayoritaria que refiere la necesidad de que la obligación sea exigible para que la interpelación tenga plena eficacia. Lo contrario constituiría negar a la exigibilidad el carácter de presupuesto de la mora, además de atentar —como bien dice Wayar— contra el principio de buena fe, en el sentido de no agravar más la situación del deudor. Y, por último, se transgrediría el principio de diligencia del acreedor, de interpelar a su deudor cuando la obligación a que tiene derecho sea exigible. Todo esto, tendría como resultado desnaturalizar profundamente la institución de la mora.

Por otra parte, la intimación que se anticipe al incumplimiento no es sinónimo de que existirá ausencia de tolerancia ante un eventual futuro incumplimiento.

Bien podría ocurrir que luego de que el acreedor formule al deudor la advertencia de que pague oportunamente, una vez producido el incumplimiento dicho acreedor termine siendo tolerante respecto al deudor, concediéndole un plazo de gracia y constituyéndolo en mora solo tiempo después del expresado incumplimiento.

En relación con la referencia del lugar en el que, según el requerimiento, deberá efectuarse el pago, precisa tenerse en cuenta lo prescrito por el artículo 1238 del Código Civil, relativo al lugar de pago. Este precepto dispone que «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso. Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor».

Dicha norma es de aplicación al tema que nos ocupa. En este sentido, en el acto interpelatorio se debe señalar el lugar de pago de acuerdo a esas reglas, salvo que de acuerdo a lo convenido en el contrato, a lo previsto por la ley, o a las circunstancias del caso, ello deviniese en redundante.

Sin embargo, es necesario analizar lo que sucedería si en la interpelación se consignara un lugar de pago distinto al acordado por las partes, o al señalado por la ley o, en defecto de todo ello, de aquel que surja de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Al respecto, coincidimos con la opinión de Wayar,[91] en el sentido que debe considerarse válida la intimación, aunque el deudor no esté obligado a trasladarse al lugar que se le exige, siendo suficiente que permanezca en el lugar convenido o, en su defecto —de acuerdo con la legislación peruana—, en su domicilio, en tiempo oportuno para efectuar el pago. Asimismo, precisa el citado autor, si el acreedor no concurre al lugar designado a recibir el pago, no habrá mora del deudor, sino, en todo caso, mora del acreedor. En suma, concluye refiriendo que se inclina por la validez del acto interpelatorio, por cuanto la voluntad del acreedor es clara y terminante: exige el cumplimiento y es ello lo que cuenta; pero si se pretende por ese acto modificar el lugar de cumplimiento, el acreedor corre el riesgo de quedar él en mora, si el deudor ofrece el pago en el lugar que corresponde.

Se entiende que la intimación debe dirigirse al domicilio del deudor. Ello, como consecuencia del carácter recepticio de la interpelación. Al respecto, la doctrina considera que esta regla no es rigurosa, pues lo que realmente interesa es que la intimación del acreedor llegue a conocimiento del interpelado, aunque no haya sido dirigida a su domicilio, entendiéndose como tal, en sentido lato, la simple morada.

---

[91] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 405.

Por tal razón, siempre que el acreedor demuestre que el requerimiento llegó a conocimiento del deudor, el acto tendrá plena eficacia, a pesar de haber sido dirigido a un lugar distinto del domicilio del *solvens;* todo lo cual se estimará según las reglas de la buena fe.

Si bien carece de importancia el lugar donde se encuentre el acreedor al momento de emitir la intimación, es indispensable que al tiempo en que la prestación deba cumplirse, dicho acreedor se encuentre presente en el lugar designado para ello.

Respecto al modo de ejecución de la prestación objeto de la obligación, si existiera discrepancia evidente entre este y el modo de cumplimiento contenido en la interpelación, la doctrina mayoritaria afirma que el deudor podrá rechazarla sin incurrir en mora. A manera de ejemplo, se dice que esto ocurriría si el deudor solamente se hubiera comprometido a reparar un objeto y se requiriese su fabricación.

Sin embargo, en el supuesto de que la diferencia no sea sustancial, Wayar[92] considera que el deudor no podrá ampararse en esa pequeña deslealtad para detener los efectos del requerimiento, ya que este comportamiento podría constituir un ejercicio abusivo del derecho. Por tal razón, el juez, para decidir en un caso concreto, deberá tener en cuenta particularmente la buena fe de las partes, tal como lo establece el artículo 1362 del Código Civil Peruano.

12.1.5. Exigencia de cumplimiento factible

Es fundamental que el acto interpelatorio contenga un plazo razonable para que el deudor pueda ejecutar su prestación a favor del acreedor. En este sentido, Cazeaux y Trigo Represas[93] estiman que la intimación debe hacerse de manera que proporcione al deudor la oportunidad de cumplir la prestación. Wayar[94] también considera que el acreedor debe requerir un cumplimento de posible realización. Los tratadistas citados han precisado, por consiguiente, el alcance de este concepto, de modo tal que el deudor no puede quedar constituido en mora si lo que se le exige no resulta de factible ejecución en condiciones normales.

Según Wayar, de esta manera el reclamo no debe ser sorpresivo, que implique lo que él llama «una verdadera emboscada para el deudor», ni debe colocarlo en situación de ansiedad por la concesión de un plazo mínimo, etc. El tiempo prudencial que debe concederse al deudor depende, lógicamente, de la naturaleza de la obligación. Cazeaux y Trigo Represas, por su parte, coinciden en esta perspectiva y se refieren a la concesión al deudor de un plazo prudencial para la ejecución de la obligación.

En opinión nuestra, el hecho de que el acreedor no haya procedido a exigir el pago durante un lapso considerable y luego lo reclame de improviso, no constituiría una situación similar a una «emboscada».

Resulta evidente que el acreedor podrá exigir el cumplimiento en el momento que considere más conveniente a sus intereses.

Y el cumplimiento que requiera, incluso podría ser inmediato. Entendemos que el deudor no podría aquí alegar la existencia de un abuso del derecho, en la medida que ya debió cumplir con pagar y no lo hizo. Simplemente acabó la prórroga tácita y punto.

---

[92] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit*, p. 407.

[93] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 120.

[94] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 407 y 408.

12.2. Condiciones extrínsecas

12.2.1. Al formular el requerimiento, el acreedor debe ofrecer la debida cooperación

Cazeaux y Trigo Represas[95] sostienen que en los casos en que para el cumplimiento de lo debido fuera necesaria la cooperación del acreedor, la intimación debe contener el ofrecimiento de esa colaboración indispensable. Así ocurre, por ejemplo, cuando la prestación está sometida a una elección, opción, indicación o designación en que debe intervenir el acreedor, o cuando se ha convenido que el acreedor debe retirar las cosas objeto de la obligación u otras situaciones similares.

De nada valdría en estas hipótesis —precisan los citados autores—, una intimación que no estuviera complementada con el comportamiento correspondiente del acreedor.

Por su parte, Wayar[96] considera que la cooperación del acreedor requerida para que el deudor pueda ejecutar la prestación debida, no constituye —como señala Llambías— una condición extrínseca de idoneidad de la interpelación, sino en realidad forma parte de los presupuestos de la situación de mora.

Dicho profesor anota que la debida cooperación del acreedor debe prestarse en cualquier caso (con independencia de la interpelación), por lo que si ella faltara, todo eventual incumplimiento o retardo por parte del deudor no sería imputable a él.

Wayar agrega que algunos autores estiman que cuando se la menciona como una condición de la interpelación, se quiere destacar que el requerimiento debe ir acompañado del ofrecimiento de cooperación, el cual solo será eficaz si el acreedor ejecuta —al tiempo de formular la intimación— lo exigible por su parte (por ejemplo encontrarse en el lugar de cumplimiento, hacer las indicaciones precisas, mostrarse dispuesto a hacerlas, etc.).

[95] CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, p. 120.
[96] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 408.

Además, es importante tener en cuenta que ante la ausencia de cooperación necesaria del acreedor para la ejecución de la prestación del deudor, no solo la interpelación formulada por aquel devendrá en ineficaz, sino que también se producirá la mora del acreedor. Al respecto, José Caballero Lozano[97] expresa que uno de los requisitos de esta clase de mora, entendido como un modo de protección al deudor, se genera cuando el acreedor no lleva a cabo la actividad indispensable para que aquel pueda cumplir puntualmente la obligación y liberarse de la deuda.

En este sentido, se entiende que la cooperación que debe proporcionarse al deudor para que la interpelación sea válida, será aquella actividad estrictamente necesaria para que este pueda ejecutar idóneamente la prestación debida.

Por tal razón, consideramos que no sería justificación aceptable que el deudor argumentara que la interpelación es ineficaz porque no cubrió todas sus expectativas de colaboración respecto a la actuación del acreedor, si este realizó la acción pertinente de acuerdo a la naturaleza de la obligación.

Nosotros entendemos que cuando el acreedor intime, o exija el pago al deudor, debe encontrarse dispuesto a satisfacer los requerimientos o actos que a su vez resulten de cumplimiento necesario para que el deudor pueda cumplir con la prestación debida, la misma que es materia del respectivo requerimiento.

[97] CABALLERO LOZANO, José. *La Mora del Acreedor*. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1992, pp. 97 - 99.

También entendemos que la disposición del acreedor para realizar dichos actos de colaboración debe ser plena, vale decir, que este debe encontrarse totalmente dispuesto y en aptitud de ejecutarlos de inmediato y conforme a lo establecido en el título constitutivo de la obligación. En caso contrario evidentemente no se habría configurado la mora del deudor, pero como señalan los autores consultados, habría mora del acreedor.

12.2.2. Al formular el requerimiento, el acreedor, a su vez, no debe encontrarse en situación de incumplimiento

Respecto a la ausencia de cumplimiento del acreedor, la doctrina es unánime en afirmar que quien no cumple sus propias obligaciones no está en condiciones de exigir el cumplimiento de las de la otra parte, siempre que entre estas obligaciones exista una relación de reciprocidad o conexidad.

En este orden de ideas, el artículo 1335[98] del Código Civil Peruano prescribe que «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá».

[98] **- Fuentes nacionales del artículo 1335**
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; ni en el Código Civil de 1852.
El Proyecto de Código Civil de 1890, regula el tema en su artículo 1483: «En las obligaciones recíprocas no incurre en mora uno de los obligados, si el otro no cumple la obligación que le respecta»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hace en el numeral 222: «En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro». Por su parte, el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, aborda la materia en su artículo 212: «En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación o se allana a cumplir debidamente la obligación que le incumbe»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, lo hace en el artículo 1246: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, o se allana a cumplir la que le concierne»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1255: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora, sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, o se allana a cumplir la que le concierne».
Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trata el tema en su artículo 105: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora, sino desde que alguno de ellos cumple su obligación o se allana a cumplirla»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hace en el numeral 190: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, o acepta cumplir la que le concierne»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1353: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que cumplirá»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1302: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá».
- Fuentes y concordancias extranjeras
Concuerdan con el artículo 1335 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Portorriqueño de 1930 (artículo 1053, 3§ párrafo), el Código Civil Español (artículo 1100, último párrafo), el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1432) y el Código Civil Panameño (artículo 985, tercer párrafo).
Adicionalmente, debemos mencionar que el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 520) establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir la prestación, si el otro no la cumple o no se allana a cumplirla en la forma y el tiempo debido. Se entiende que las partes han desistido del contrato cuando no han dado ningún cumplimiento, ni han exigido cumplimiento alguno dentro de los seis meses siguientes a la exigibilidad. En estos casos no habrá lugar a indemnización.

Wayar precisa que esta situación solo puede presentarse cuando las obligaciones de las partes son recíprocas, conexas o correspectivas, entendiendo por tales las nacidas de la misma causa, que son interdependientes entre sí y que se explican mutuamente (a modo de ejem-

plo, en la compraventa, la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio, etc.).

En contraste, no funciona lo descrito cuando las obligaciones son independientes, o nacidas de causas diferentes. En síntesis, la doctrina considera que si el acreedor —a su vez deudor de una obligación correspectiva— se encuentra en situación de incumplimiento, no puede interpelar válidamente a su deudor.

Wayar advierte, por último, que lo expresado por la doctrina no implica la exigencia de que el acreedor se encuentre en mora, ya que será suficiente que este haya incumplido *(lato sensu)* la obligación a su cargo para invalidar el requerimiento.

No se entiende, por ello, que el Derecho desea perjudicar a la parte que exige, pero que no ha cumplido con la prestación que le corresponda, al no permitirle constituir en mora a la contraria estando ella misma en incumplimiento.

Lo que el Derecho quiere, simplemente, es establecer un requisito para que el acreedor pueda reclamar al deudor lo debido. ¿Qué menos se puede pedir a quien exige un pago, que el haber cumplido con pagar la contraprestación que le correspondía ejecutar previamente o de manera simultánea con su deudor, o en su caso otorgar garantías de que la cumplirá?

Cabe recordar, además, que el propio Código Civil Peruano establece en materia contractual los muy útiles mecanismos de la excepción de incumplimiento (artículo 1426) y de la excepción de caducidad de término (artículo 1427).[99]

[99] Artículo 1426.- «En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento».

13. Los sujetos de la interpelación

Resulta importante determinar con claridad, en todos los casos, quiénes son los sujetos de la interpelación, es decir, quién debe formular la interpelación (sujeto activo) y quién debe recibirla (sujeto pasivo).

13.1. Sujeto activo de la interpelación. El acreedor

13.1.1. Interpelación efectuada por representante o mandatario

Según Giorgi,[100] en principio se debe afirmar que el representante o mandatario legal o voluntario del acreedor está en condición de interpelar válidamente en nombre de este. Asimismo, descarta la necesidad de que el mandatario deba gozar de poder especial para hallarse provisto de la facultad de hacer la intimación en nombre del acreedor, señalando que es suficiente que tenga mandato para tratar aquellos negocios a que se refiere el pago.

En esta línea argumentativa se encuentra Wayar,[101] quien considera que el mandatario no necesita de poderes especiales para interpelar válidamente en nombre del acreedor. Wayar fundamenta su posición expresando que si el mandatario está obligado a tomar todas las medidas conservatorias que las circunstancias exijan, en resguardo de los derechos de su mandante, no cabe duda que está obligado y autorizado a formular las interpelaciones que sean necesarias, lo cual se halla implícito en los poderes del representante. Quien puede lo más puede lo menos.

Artículo 1427.- «Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento».

[100] Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo II, p. 91.

[101] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 382.

Agrega que tampoco es preciso que el deudor conozca la existencia del mandato, ya que una vez operada la intimación este queda obligado a verificar dicha situación anterior como un deber impuesto por la buena fe negocial.

Por su parte, Jorge Peirano[102] considera que la validez de la intimación emanada del representante legal o convencional del acreedor, no ofrece duda alguna, tomando en cuenta que jurídicamente los actos del representante son como actos cumplidos por el propio representado.

A criterio nuestro, al constituir la interpelación un beneficio para el acreedor, en el sentido de que este podrá verse favorecido con las consecuencias que desencadenará la situación de mora del deudor, solo será necesario que el representante o mandatario cuente con poder general y no con poder especial (argumento de los artículos 155 y 156 del Código Civil Peruano). Esto, en virtud de que la intimación que realice el representante o mandatario no implicaría un acto de disposición del patrimonio de su representado o mandante; al contrario, persigue que el deudor ejecute su prestación, con lo que recién se produciría eventualmente un incremento y no una disminución en el patrimonio del acreedor (representado o mandante).

13.1.2. Interpelación efectuada por el gestor de negocios

Peirano[103] estima que la determinación de la validez de la intimación emanada del gestor de negocios del acreedor es menos clara que cuando la interpelación fuese formulada por el representante o mandatario, ya que en este supuesto no existiría duda alguna acerca de su validez.

No obstante, dicho autor acepta, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, que la interpelación realizada por el gestor de negocios del

[102] PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, pp. 32 y 33.
[103] PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 33.

acreedor es válida, ya que este debe considerarse como representante del acreedor, puesto que ejecuta los actos que él hubiera realizado.

Por su parte, Giorgi[104] sostiene que no es fácil decidir si el gestor de negocios tiene autoridad para hacer la intimación. No es exacto decir que no la tiene nunca o que la tiene siempre. Así, la respuesta dependerá de las circunstancias del caso.

En este sentido, es necesario que la persona que hace la intimación no solo tenga derecho a exigir el pago, sino que además haya dado a conocer al deudor este derecho, o por lo menos es necesario que el deudor lo haya sabido por cualquier medio. Además —agrega Giorgi—, este derecho no faltará nunca al gestor de negocios respecto de los créditos por él mismo creados con su gestión a favor del que administra.

Una posición distinta es sostenida por Dermburg, quien es seguido por Von Thur y Busso —citados por Wayar—,[105] quienes afirman que el gestor de negocios desprovisto de mandato no puede interpelar válidamente al deudor ni aun en el supuesto de haber sido él mismo quien constituyó el crédito a favor del acreedor, mientras este último no hubiere ratificado la gestión.

Por nuestra parte, debemos recordar que como se infiere del segundo párrafo del artículo 1952 del Código Civil Peruano, la gestión de negocios también puede presentarse si tiene por objeto evitar algún perjuicio inminente a los negocios de quien se beneficie con la gestión.

Por ello, consideramos que la interpelación solo sería válida dentro del marco de una gestión de negocios, si se hubiese realizado para

[104] GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, p. 91.
[105] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 383.

evitar un perjuicio al acreedor en torno al carácter exigible del crédito, por ejemplo evitar una prescripción. En caso contrario, vale decir, si el tercero no tuviese razón alguna para intervenir en los asuntos del acreedor, deberá considerarse que dicha interpelación es inválida.

13.1.3. Interpelación efectuada por la persona designada para recibir el pago

Sobre este tema, Von Thur y Busso —citados por Wayar—,[106] niegan que la persona designada para recibir el pago *(adiectus solutionis causa)* pueda válidamente interpelar en nombre el acreedor.

Por su parte, Giorgi[107] mantiene una posición contraria, ya que a su criterio el tercero autorizado a recibir el pago está facultado para formalizar la intimación, siempre que tal facultad no sea ignorada por el deudor.

Wayar[108] expresa que entre las dos tesis enunciadas, él se adhiere a la postura de Giorgi.

Nosotros compartimos esta posición. Creemos que quien está autorizado para cobrar una deuda sí puede interpelar, pues para poder cumplir con el encargo de cobrar debe precisamente hacer todo lo posible para que se efectúe el pago. Por tanto, hasta resultaría natural que constituya en mora al deudor. Tan natural como que llame por teléfono al deudor o se dirija a su domicilio.

[106] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo II, p. 383.
[107] GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, tomo II, p. 91.
[108] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 383.

13.1.4. En la obligación de intervenir en el otorgamiento de una escritura pública, ¿la citación hecha por el notario a una de las partes, equivale a una interpelación válida?

Sobre este tema —planteado por la doctrina argentina—, lo relevante es determinar si el notario tiene legitimación activa para constituir en mora a la parte que, habiendo sido eficazmente citada, no asiste a su despacho.

Llambías[109] considera que la citación del notario no implica una interpelación válida a la parte que no acude a la cita. La razón se halla en que el notario, sea quien fuere el que lo hubiese designado (una de las partes o ambas), no tiene carácter de mandatario; es solo un funcionario a quien la ley faculta para otorgar escrituras públicas. En este sentido, el notario estaría legitimado activamente para formular interpelaciones válidas, solo si las partes acuerdan expresamente que la citación notarial equivaldrá a una intimación. Únicamente así el notario se hallaría legitimado para interpelar.

Posición contraria es sostenida por Borda,[110] quien estima que la citación del notario interviniente basta para constituir en mora a la parte que no comparece a la celebración del acto.

En este sentido, asigna a la citación del notario el carácter de interpelación válida. Esta afirmación la sustenta en la existencia de un mandato tácito que otorgan las partes al notario, en virtud de que este ha recibido de aquellas el encargo de elaborar la escritura.

A decir de Borda, este encargo implica que el notario proceda por orden de las partes y siguiendo sus instrucciones; y de esta forma se le concede un mandato tácito, por lo que dicho funcionario se hallaría facultado para citar a las partes a la celebración del acto.

[109] LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, pp. 138 y ss.
[110] BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 359.

De esta manera, entiende que «entre personas de buena fe, no es habitual la interpelación directa, basta con la citación del escribano (notario) para que comprador y vendedor concurran a celebrar el acto. Sólo los contratantes maliciosos echan mano del argumento leguleyo de que la citación del escribano no importa requerimiento».

Wayar[111] admite tener simpatía por la tesis de Borda, pero a su vez, entiende que esta carece de sustento legal suficiente como para sostenerla. Por tal razón, Wayar considera que no cabe otra alternativa que aceptar la solución propuesta por Llambías. Esto implicaría que si las partes no le confieren, de manera expresa o tácita, mandato al notario, que le faculte a interpelar, entonces este no podría hacerlo válidamente.

El notario, por tanto, no podría interpelar eficazmente, porque ello no forma parte de la función que los contratantes le encargan. Se contrata al notario para la confección de la escritura y en esta tarea prima el aspecto de funcionario y fedatario que aquel reviste; no se le contrata para que gestione o procure el cumplimiento de la prestación, en cuyo caso sí estaría en condiciones de interpelar.

Compartimos plenamente —amparándonos en idénticos fundamentos— la posición de Llambías y Wayar. Ella es sensata, correcta y adecuada a la naturaleza de la función notarial.

13.2. Sujeto pasivo de la interpelación. El deudor

13.2.1. La intimación al deudor, ¿cuándo debe considerársela «recibida»?

Wayar[112] anota que la intimación cobra eficacia a partir del momento en que entra en la esfera propia del destinatario, de manera que

[111] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 385-387.
[112] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 387 y 388.

solo dependa de él (según el modo en que tenga organizada su casa o sus negocios), el que conozca o no la declaración que se le dirige.

En este sentido, Llambías[113] propone la adopción del siguiente principio general: es eficaz la interpelación cuando se hace llegar al domicilio del deudor, de modo que sea inverosímil que este no haya tomado conocimiento de ella.

Al respecto, Wayar expresa que la interpelación será válida, a pesar de que no llegue a conocimiento efectivo del deudor, si este se hallare, aun momentáneamente, en imposibilidad de conocerla, sea por ausencia, enfermedad, embriaguez, porque sea analfabeto o por cualquier otra causa que no dependa del acreedor. Agrega Wayar que en estos casos la interpelación será válida, pero el deudor conserva el derecho de liberarse de responsabilidad, probando que el retardo no le es imputable.

Por nuestra parte, consideramos que para determinar el momento en que debe entenderse conocido por el deudor el acto interpelatorio, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por el artículo 1374 del Código Civil Peruano, que precisa, en su primer párrafo, lo siguiente: «La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla».

[113] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 138.
[114] Para mayor información sobre el tema, remitimos al lector a la obra de Manuel de la Puente y Lavalle, titulada *El contrato en general*. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte, tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, pp. 275-285.

Debe precisarse, sin embargo, que este precepto solo rige para las declaraciones de carácter contractual. Esta afirmación, de acuerdo con el tema que nos atañe, se traduciría en aquella declaración relacionada con el cumplimiento de la obligación —más exactamente con la ejecución de la prestación— que formule el acreedor al deudor dentro de un marco contractual.[114] Lo que nos permite admitir que la señalada declaración es un requerimiento de pago, es decir, una interpelación que efectúa el acreedor al deudor con la finalidad de que este ejecute su prestación.

Por ello podemos afirmar que de acuerdo con el primer párrafo del artículo 1374 del Código Civil, la interpelación se reputará conocida en el momento en que esta declaración llegue a la dirección del deudor —entendiendo esta última como su domicilio—. En tal sentido, la norma citada establece una presunción *iuris tantum* de conocimiento. Esta presunción radica en el entendido que una vez que la declaración llega a la dirección del deudor, la misma ya se encuentra dentro de la esfera de dominio de este, con lo cual puede ser fácilmente conocida por el deudor.

No obstante lo expresado, esta presunción se puede desbaratar mediante pruebas que demuestren que el desconocimiento del deudor se debe a la imposibilidad de conocer la interpelación. Además, el deudor deberá probar que no existió en él culpa que determinara este desconocimiento.

Cabe recordar, además, que la Ley N.° 27291, publicada con fecha 24 de junio de 2000, adicionó un segundo párrafo al artículo 1374, antes transcrito, referido a la contratación electrónica, del texto siguiente: «Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo», sobre el cual ya hemos emitido reiterada opinión en sentido negativo.

Por otro lado, Ernesto Wayar comenta que una de las consecuencias del carácter recepticio de la interpelación es la posibilidad que tiene el sujeto activo (acreedor) de revocarla, siempre que el acto no se haya perfeccionado, sea por no haber llegado a conocimiento del deudor o por no haber ingresado en su esfera de acción. Realizado el perfeccionamiento, solo podrá renunciar a los derechos derivados de la situación de mora, pero no revocar la declaración intimatoria.

Agrega Wayar que esta distinción puede tener relevancia práctica en las relaciones obligacionales con pluralidad de acreedores, ya que la revocación impide que los coacreedores se vean favorecidos; en cambio, la renuncia no los perjudica.

Finalmente, el citado autor sostiene que si la intimación resulta frustrada por el comportamiento del destinatario, ya sea porque este se niegue a recibirla o imposibilite su recepción, esta actitud no impide que se originen los efectos del acto interpelatorio sino, por el contrario, ella traduce una conducta cargada de mala fe, la cual puede producir efectos nocivos para el deudor.

Respecto a la revocación de la declaración interpelatoria en el Perú, conforme a lo establecido por el artículo 1374 del Código Civil, esta se podrá revocar antes de haber sido conocida o haber llegado a la dirección del deudor, de tal modo que no se haya consumado la interpelación como tal, con el consecuente despliegue de sus efectos.

Luego de analizar el tema del momento en que la declaración interpelatoria es conocida por el deudor, podemos concluir que la mayoría de legislaciones y autores concuerdan en que dicho momento se produce cuando la comunicación se halle en la esfera de dominio del deudor.

Esto puede verse reflejado a través de diversas expresiones que implican lo mismo, como por ejemplo que la comunicación llegue

a la dirección del destinatario, o que sea entregada en su domicilio, o en su lugar de residencia habitual, o en su oficina, u otros términos similares.

13.2.2. La interpelación hecha al mandatario del deudor

Peirano[115] sostiene, en relación con el sujeto pasivo de la interpelación, que no cabe duda que se trata del deudor.

Agrega Peirano que el fundamento lógico de este principio radica en que siendo la expresión de voluntad del acreedor de interpelar a su deudor una declaración de carácter recepticio, ella no tendría validez alguna si no llegara a conocimiento real o presunto del deudor. De esto se deduce que la intimación hecha a persona distinta del deudor, a pesar de que refleje incuestionablemente el deseo del acreedor de interrumpir el lapso de tolerancia que le había otorgado al deudor para que cumpla con su prestación, no puede tener validez alguna.

Sin embargo, esta afirmación, de carácter tan genérico, el propio Peirano la mantiene luego con beneficio de inventario.

En efecto, el profesor citado precisa que a pesar de que resulta claro que el sujeto pasivo de la interpelación es el deudor, existen casos en que se presentan ciertas dificultades en torno de esa premisa. En primer lugar, es evidente que la intimación podrá ser hecha al deudor o a su representante legal o convencional; pero en este aspecto, se produce una interrogante: ¿a qué representante?, ¿a todo representante, o solo a alguno en especial? Estima que la única respuesta lógica es que la intimación de mora solamente es válida cuando se formula dirigida a aquel representante que puede efectuar un pago válido de la obligación de que se trata. De esto se desprende que será

[115] Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 34 - 36.

obviamente válida la intimación hecha al mandatario con poder general, pero no lo será aquella que, por ejemplo, se dirigiera contra un mandatario con facultades especiales para enajenar determinado bien, si la deuda de que trata no tuviera vinculación alguna con dicha enajenación.

Al estar de acuerdo con estas apreciaciones, solo nos resta agregar que si hubiese más de un representante del deudor (todos ellos con facultades suficientes), será eficaz la intimación efectuada a cualquiera de ellos.

Cabe aquí preguntarnos, por otra parte, qué alcances debe tener el poder que ostente el representante del deudor.

Nuestro ordenamiento jurídico, específicamente los artículos 155 y 156 del Código Civil, establecen que el poder general comprende solo los actos de administración, y no de disposición, como sería el caso en que se otorgase la facultad de pagar una deuda del representado, pues se estaría disponiendo del patrimonio de este. En consecuencia, para que el mandatario efectúe un pago válido, sería necesario que gozara de poder especial —el que deberá constar en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad—, poder que le permitiría disponer de la propiedad del mandante con la finalidad de efectuar ese pago específico. Por lo tanto, el mandatario del deudor tendría que gozar de poder especial para que el acreedor lograra una interpelación válida.

Ernesto Wayar,[116] partiendo de la posición de Giorgi, ha elaborado una tesis interesante y coherente que difiere, en cierto sentido, de la postura adoptada por Peirano.

[116] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 389.

Wayar expresa que respecto a la discusión de si es o no necesario que el mandatario se encuentre autorizado especialmente para efectuar el pago para que el acto interpelatorio sea eficaz, está de acuerdo con lo sostenido por Giorgi, en el sentido que la solución a este problema quede librada al prudente arbitrio del Juez, que declarará válida la intimación, siempre que tenga la certeza que esta llegó a conocimiento del deudor, a pesar de que su mandatario no esté autorizado para realizar el pago.

También precisa que el carácter recepticio de la intimación queda satisfecho si el deudor la conoce, aunque sea a través de terceras personas que tengan con él alguna relación, y obviamente, con mayor razón, será válida si es un mandatario suyo el encargado de comunicar el reclamo. En este último supuesto, Wayar se refiere a aquel mandatario del deudor que no está autorizado a realizar el pago. En estos casos, tanto al tercero como al mandatario se les consideran como intervinientes, por lo que será necesario que para que el acto interpelatorio se perfeccione, ingrese en la esfera de conocimiento del deudor.

Sin embargo, agrega Wayar, situación distinta se presenta si el mandatario está autorizado a realizar el pago, ya que en el momento en que aquel reciba la interpelación, esta comenzará a surtir sus efectos, a pesar de que el deudor la ignore.

Consideramos que la posición de Ernesto Wayar es completa y razonable, por lo que nos adherimos a la misma.

13.2.3. El requerimiento al Estado y demás personas jurídicas de carácter público

Respecto a este tema precisamos que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición que regule específicamente el requerimiento al Estado y demás personas de carácter público, como un supuesto autónomo de la forma general de constituir en mora. En otras palabras, cuando el Estado o demás personas mencionadas sean sujetos pasivos de obligaciones, deberán regirse, en lo que se refiere al tema de la interpelación, por las normas del derecho común que la regulan.

14. La eficacia de la interpelación bajo plazo o condición

Enneccerus, Kipp y Wolff[117] enseñan que es eficaz el requerimiento a plazo. Para tal efecto, citan como ejemplo a la reclamación para que se realice el pago de lo ya debido dentro de cuatro semanas, caso en el cual la mora comenzaría a surtir sus efectos al cumplirse dicho plazo.

En esta misma línea de pensamiento se halla Wayar,[118] quien considera que es válida y eficaz la interpelación hecha a plazo, teniéndose que computar sus efectos a partir del vencimiento de este. Asimismo, afirma el citado autor que los fundamentos para admitir su eficacia son claros, ya que si entre las condiciones de idoneidad se cuenta con la concesión de un plazo prudencial para que el deudor pueda cumplir, es obvio que en esta hipótesis el intimado se verá verdaderamente favorecido.

Estamos plenamente de acuerdo con el parecer de la doctrina consultada, pues consideramos insostenible la posición que niegue validez a la interpelación sujeta a plazo suspensivo.

Por otro lado, respecto a la eficacia de la interpelación bajo condición, Enneccerus, Kipp y Wolff consideran que no se la puede considerar inválida, como se suele hacer con frecuencia, pero señalan que este requerimiento condicional solo surtirá efectos cuando la condición se haya cumplido y la otra parte lo sepa.

---

[117] Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, p. 263.

[118] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 410.

En este sentido, Wayar estima que la interpelación hecha bajo condición suspensiva debe reputarse, en principio, plenamente eficaz; pero sus efectos se computarán desde el momento en que el deudor tome conocimiento de que la condición se ha cumplido. Esto significa que, como toda declaración condicional, sus efectos quedan en suspenso hasta que la condición se cumpla; y una vez que ello ocurra —en virtud de su carácter recepticio—, el deudor debe conocer que operó el cumplimiento de la condición con la finalidad de que la interpelación cobre eficacia.

Posición contraria es sostenida por Karl Larenz,[119] quien niega validez a la interpelación condicional, y solo admite la eficacia del requerimiento a plazo.

Criterio intermedio a los expuestos es sustentado por Von Thur,[120] quien señala que las intimaciones condicionales solo serán válidas cuando no lleven aparejadas una inseguridad excesiva del plazo de prestación para el deudor, de tal manera que solo se producirá la mora cuando el deudor tenga noticias seguras de haberse realizado la condición. En síntesis, según él, si la intimación condicional deja en excesiva inseguridad al deudor, no debe reconocérsele eficacia moratoria.

Por nuestra parte, consideramos que si la interpelación se encontrase sometida a condición suspensiva, en tanto esta se haya formulado luego de resultar exigible la obligación, será válida y surtirá sus efectos una vez producida o verificada la condición, conforme a lo dispuesto por la segunda parte del primer párrafo del artículo 178 del Código Civil Peruano.

[119] Larenz, Karl. *Op. cit.*, p. 341.
[120] Von Thur, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 113.

En opinión nuestra, resulta evidente que la validez de la intimación condicionada va de la mano con la validez de la intimación sujeta a plazo suspensivo.

Por lo demás, no percibimos argumento jurídico que obstaculice la validez de la intimación a plazo o condicionada.

Desde luego que el plazo y condición a los que hemos aludido, planteados unilateralmente por el acreedor, no obligan al deudor. Se trata simplemente de prórrogas a las que el deudor puede o no acogerse, teniendo en consideración que el pago no solo constituye una obligación del deudor, sino un derecho de este para efectuarlo.

15. Funciones que cumple la interpelación

Respecto de las funciones que cumple la interpelación, la doctrina y las normas legales adoptan diferentes perspectivas.

Así, es relevante recordar lo expresado por Wayar[121] en torno a este tema, en el sentido que, en realidad, no es posible encontrar una única respuesta a la cuestión de determinar con claridad y certeza las funciones de la interpelación, ya que ello depende de los alcances que cada ordenamiento jurídico, según el sistema que tenga consagrado al respecto, otorgue a dicha institución jurídica.

Analizaremos las diversas posiciones existentes y formularemos nuestra opinión al respecto.

15.1. Ausencia de tolerancia

Un sector de la doctrina considera que la función de la interpelación radica en comunicar al deudor que el plazo de tolerancia de su retra-

[121] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 410.

so, conferido por el acreedor, ha terminado o que nunca se le concedió dicho plazo.

José Cano[122] sostiene que la función de la interpelación consiste en advertir al deudor que ha cesado la tolerancia respecto del retraso, otorgada por el acreedor, o que tal liberalidad nunca ha sido concedida.

En esta línea de pensamiento se hallan Planiol y Ripert,[123] quienes consideran que mientras el acreedor se mantiene en silencio, puede estimarse que el retraso ocasionado no le produce perjuicio alguno y que autoriza tácitamente al deudor para la espera, de tal modo que se configura una presunción de tolerancia que resulta de la inactividad del acreedor, por lo que la interpelación cumplirá la función de destruir esa presunción.

En este sentido, Deprez[124] afirma que por intermedio de la intimación se hace saber al deudor que el acreedor no consiente ni tolera el retraso en el cumplimiento; es decir, es una manifestación de voluntad por la que el acreedor pretende hacer cesar un estado de cosas consecutivo al incumplimiento del deudor.

Por su parte, Héctor Lafaille recuerda que el fundamento del sistema del Código Civil Argentino respecto de la interpelación se halla en esta perspectiva doctrinaria, ya que se sostiene que como los efectos jurídicos de la mora son graves, y como la inacción del acreedor podría hacer creer al deudor en un término de gracia o en una falta de interés o de perjuicio por parte del titular del crédito, se justificaría la exigencia de la interpelación destinada a dar a entender

[122] Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, p. 57.
[123] Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo VII, p. 76.
[124] Deprez, J. Citado por Cardenal Fernández, Jesús. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones.* Madrid: Montecorvo, 1979, p. 205.

al deudor la necesidad de que cumpla su prestación en un momento determinado.

Wayar[125] considera que según esa tendencia la interpelación cumpliría la función de deshacer la presunción de tolerancia. Agrega que, en efecto, de acuerdo con una difundida enseñanza de los romanistas, si después que la obligación se ha hecho *praesens* (exigible), el acreedor no reclama el pago, debe presumirse que concede tácitamente una prórroga a su deudor o que lo autoriza a dilatar el cumplimiento. Si no exige el pago, añade, es porque el retardo no le causa perjuicio alguno, y como nadie está obligado a hacer un sacrificio sin que sea requerido, tampoco debe considerarse que el deudor incurre en mora. Y, según dicha tesis, la presunción de que el acreedor tolera el retardo subsiste hasta una declaración de voluntad en contrario; la intimación, por tanto, hace desaparecer la presunción de tolerancia.

Sin embargo, Wayar anota que no cree que la interpelación cumpla la función de hacer conocer al deudor que el acreedor ya no tolera el retraso, pues considera que la presunción que le sirve de base es falsa: ¿Por qué se ha de presumir que el retardo no le causa perjuicio alguno al acreedor y no lo contrario?, se pregunta el citado autor; ¿no es más lógico pensar que si se estableció un término (o plazo) de cumplimiento, es porque el acreedor quiere que la prestación se le entregue dentro de ese plazo y no después? La presunción, afirma Wayar, pudo ser cierta durante la vigencia del Derecho Romano, pero no en la sociedad de nuestros días.

15.2. Transformar el mero retardo en mora

Existe otro sector de la doctrina que entiende que la función de la interpelación consiste en transformar el mero retardo en mora.

[125] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 411-415.

En este sentido, Emiliani Román[126] considera que la mora del deudor contractual no es solo un retardo, sino un retardo requerido. Es a partir de la interpelación que nace para el deudor la obligación de pagar al acreedor los perjuicios causados por su incumplimiento. Antes de la mora, esto es, antes del requerimiento, el deudor no está obligado sino estrictamente al cumplimiento de la obligación original, sin ninguna indemnización, aunque se haya retardado.

En esta línea de pensamiento se halla Jorge Joaquín Llambías,[127] quien estima que la interpelación del acreedor no es un formulismo intrascendente ni un simple ritual, sino un acto capital que configura un paso esencial en el desarrollo de la relación jurídica que vincula al acreedor con el deudor. De tal manera que en ausencia de interpelación, el incumplimiento del deudor no es jurídicamente imputable, y aunque el acreedor experimente por ese incumplimiento algún daño, ello no le da derecho a la respectiva indemnización, porque no ha quedado todavía comprometida la responsabilidad del deudor.

Es importante anotar que los autores que defienden esta tesis, se apoyan en la diferencia que existe entre el significado e implicancias del simple retardo y de la mora como situación jurídica relevante, de tal modo que el retraso, solamente una vez producida la interpelación, configurará la situación de mora, que generará como consecuencia el comienzo de la responsabilidad del deudor.

Esta tendencia es claramente criticada por la doctrina que propugna la configuración de la mora sin necesidad de requerimiento, es decir, la mora *ex re,* en la que el simple transcurso del tiempo interpela por el hombre. En tal sentido, los autores que adoptan esta tesis nos

[126] Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 273 y 274.
[127] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones,* tomo I, pp. 125 - 141.

hablan de un retardo relevante porque, aun antes de la interpelación, el deudor ya se encuentra obligado a resarcir los daños causados por dicho retardo. De esta manera, el retraso culpable bastaría para responsabilizar al deudor.

Darrida —citado por Wayar— afirma que la exigencia de la constitución en mora es un atentado al principio de la reparación integral, pues permite que los daños y perjuicios solamente sean calculados sobre el daño posterior a la constitución en mora.

15.3. Urgir al deudor para que cumpla con la prestación

Otro sector de la doctrina, encabezado por Jean Carbonnier,[128] sostiene que el requerimiento tiene la finalidad de urgir al deudor para que cumpla la prestación y situar a este en falta, de tal manera que se vea privado de todo pretexto o excusa fundado en la negligencia o tolerancia del acreedor.

15.4. Transformar la culpa del deudor incumpliente, en una culpa cualificada

José Cano[129] expresa que la culpabilidad que existe en la mora y que es imprescindible que se dé en esta, es una culpabilidad cualificada, lo que supone la exigencia de la interpelación, entendida como un requisito objetivo que permite o impone dicha calificación.

De tal modo que la resistencia al cumplimiento debido por el deudor, una vez requerido este por el acreedor, constituye una deliberada intención de no cumplir, configurándose una presunción *iuris tantum* de culpabilidad de aquel.

[128] Carbonnier, Jean. *Derecho Civil.* Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971, vol. II, tomo II, p. 604.
[129] Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, p. 28.

Al respecto, Wayar[130] opina que es insostenible argumentar que la interpelación sirve para demostrar la culpabilidad del deudor.

Compartimos el criterio de Wayar. En efecto, su afirmación no solo es absolutamente lógica, sino se adecúa al ordenamiento jurídico peruano, ya que de acuerdo al artículo 1329 del Código Civil «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor». Por tal motivo, el solo incumplimiento material del deudor traerá aparejada una presunción *iuris tantum* de culpabilidad leve.

15.5. Probar el retardo

Existe un sector de la doctrina que considera que la interpelación cumple la función de constatar o probar el retardo.

En este sentido, Francesco Messineo[131] entiende que la interpelación tiene la función de comprobar solemnemente el incumplimiento del deudor.

Del mismo modo, Louis Josserand[132] estima que la mora no es un retardo cualquiera, sino un retardo oficialmente comprobado e imputable al deudor. Por tal razón, sostiene que la función de la intimación es verificar el retardo del deudor, así como permitir acreditar que el acreedor reclama el cumplimiento de la obligación.

En esta línea de pensamiento se halla Christian Larroumet,[133] quien refiere que la utilidad de la interpelación consiste en hacer constar la inejecución de la obligación. De esta manera, la constitución en mora «probaría de manera simple y eficaz la inejecución de la obligación, la cual tiene más interés para el acreedor, ya que éste debe probar el incumplimiento».

[130] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 415 y 416.
[131] Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, p. 337.
[132] Josserand, Louis. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, p. 496.
[133] Larroumet, Christian. *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Temis, 1993, vol. II. pp. 97 - 99.

Ubicado dentro de esta doctrina, Michele Giorgianni[134] cree que la interpelación es necesaria únicamente en aquellos casos en que el acreedor debe participar en el cumplimiento (por ejemplo, las obligaciones pagaderas en el domicilio del deudor, etc.) y tiene la función de demostrar que se presentó a exigir el pago.

En aquellas deudas denominadas *querables,* vale decir, en las que la iniciativa de cumplimiento no depende en exclusiva del deudor —precisa Giorgianni—, la constitución en mora tiene la función de constatar el vencimiento infructuoso mediante la prueba de que el acreedor ha pedido el cumplimiento. En cambio, cuando la iniciativa del cumplimiento depende exclusivamente del deudor (deuda *portable*), justamente la ley no exige la constitución en mora, es decir, no exige la prueba de una actividad del acreedor. Aquí corresponderá al deudor ser la parte diligente y ofrecer el pago.

Al respecto, Wayar[135] no acepta que la función de la interpelación constituya un medio de prueba, ya que semejante afirmación no se compadecería con el principio de libertad en la elección de las formas. Además, la intimación es un hecho que, a su vez, puede ser demostrado por cualquier medio, incluso por presunciones; no es una prueba en sí misma, sino un hecho que debe probarse.

15.6. Acto de cooperación del acreedor

Por último, un sector de la doctrina entiende que la función de la interpelación se traduce en un acto de cooperación del acreedor en el

[134] Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 412 y 413.
[135] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 416.

cumplimiento de la obligación del deudor. De dicha manera, este toma conocimiento de que aquel estará dispuesto a recibir la prestación o, en su caso, a realizar los actos necesarios de colaboración para la ejecución de la prestación.

Wayar,[136] por su parte, sostiene que el deber de cooperar no constituye una verdadera obligación a cargo del acreedor, sino solo un deber de conducta que la buena fe negocial le impone y cuya inobservancia evita la mora del deudor.

Asimismo, conviene recordar que en torno a la cooperación del acreedor, ya hemos expresado nuestro parecer cuando tratamos acerca de las condiciones de la interpelación.

15.7. Nuestra opinión

Luego de haber reseñado las principales posiciones que asume la doctrina respecto a las funciones de la interpelación, corresponde emitir opinión sobre el tema.

Para tal efecto, resulta imprescindible referirnos de manera puntual a cada una de las posibles funciones planteadas.

En lo que respecta a la manifestación de ausencia de tolerancia, estamos de acuerdo con ese parecer, en la medida que tal como lo venimos sosteniendo a lo largo de estas páginas, consideramos que dentro del sistema general de mora por intimación que recoge el Código Peruano de 1984, y conforme a los criterios que asume la doctrina que respalda esta posición, es claro que el acreedor tiene derecho a exigir el pago de lo debido inmediatamente después de vencido el plazo pactado para el cumplimiento de la obligación, o de inmediato, si no resultara del título constitutivo de la misma el establecimiento

[136] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 414.

de un plazo específico, en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 1240 del Código Civil.

Por ello, puede afirmarse que cuando el acreedor requiere el pago al deudor, esa exigencia, que en materia moratoria no es otra cosa que el acto de interpelación, constituye una manifestación de ausencia del estado previo de tolerancia o conformidad que implicaba el no requerir el cumplimiento de la obligación.

No obstante, es preciso hacer hincapié en que esa ausencia de tolerancia tampoco debe ser vista necesariamente como una manifestación de intolerancia, ya que simplemente se está exigiendo el pago de lo debido, sin quebrantarse una fluida relación entre acreedor y deudor.

La intimación solamente puede ser vista como una ausencia de tolerancia en cuanto a la espera previa, pero no en cuanto a la espera en términos absolutos, pues el acreedor que intima al deudor para que pague, precisamente esperará que dicho deudor cumpla en los días sucesivos con ejecutar la prestación debida. Esto significa que la intimación o requerimiento conlleva una segunda etapa, en la que aparece una nueva tolerancia, a través de la cual, precisamente, el acreedor esperará que dentro del plazo ya vencido el deudor cumpla con ejecutar el pago.

Y para evitar cualquier duda sobre la existencia de esta segunda tolerancia, baste con pensar que el acreedor bien podría no haber optado por el camino de constituir en mora al deudor, sino simplemente por expresarle su ausencia de interés en el cumplimiento futuro de la prestación debida, a la par que su voluntad de resolver el contrato.

En lo que respecta al criterio de que la interpelación tiene la función de transformar el mero retardo en mora, creemos que resulta evidente la validez de dicha afirmación, pues como ha sido expresado al iniciar nuestro análisis de la mora, no todo retardo en la ejecución

de una prestación implica hallarse en situación de mora, ya que resultará fundamental el que se configure la interpelación, en caso de no poder aplicarse ninguno de los cuatro supuestos de mora automática previstos por el artículo 1333 del Código Civil, ni encontrarnos dentro de los casos que, como regla general de mora automática, establece el Código de Comercio.

También convenimos con la posición que sostiene que una de las funciones de la interpelación es la de urgir al deudor para que cumpla con la prestación debida.

Entendemos que el requerimiento de pago, en términos generales, implica la manifestación de voluntad del acreedor para que el deudor cumpla inmediatamente con la prestación debida.

Es verdad que no en todos los casos en los que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación necesitará que se le pague con urgencia. Bien podría ocurrir, en efecto, que el acreedor reclame el pago, pero que el mismo no le urja dada su situación económica o financiera.

Sin embargo, estas hipótesis escapan al ámbito de lo que debemos entender por interpelación, ya que solo configuran situaciones personales del acreedor, que a efectos de la constitución en mora carecen de relevancia jurídica.

También hemos anotado otra posición doctrinaria según la cual una de las funciones de la interpelación es que a través de ella se transforma la culpa del deudor incumpliente en una culpa cualificada.

En realidad, el hecho generador del incumplimiento puede haber obedecido a causa no imputable al deudor o a causa imputable, como sería en este último caso si ella se origina por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Como expresamos al desarrollar esta posición, la propia ley peruana presume que el incumplimiento de una obligación obedece a culpa leve del deudor. Pero se trata de una presunción relativa que el deudor puede destruir, si demuestra que incumplió a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, o si prueba que su incumplimiento obedeció a un caso fortuito o de fuerza mayor.

También es evidente, y lo hemos dicho en su oportunidad, que el acreedor perjudicado por el incumplimiento podría agravar la responsabilidad del deudor, si demuestra que la ausencia de pago obedeció a dolo o culpa inexcusable.

Sin embargo, no es exacto que a través de la interpelación se agrave la causa por la cual el deudor ha dejado de cumplir con la obligación, si esa causa le es imputable, pues si el deudor ha incumplido por dolo, luego de la interpelación se mantendrá el dolo como causa de incumplimiento; si el deudor hubiera incumplido por culpa inexcusable, se mantendrá la culpa inexcusable como causa del incumplimiento; y si el deudor hubiera incumplido por culpa leve, se mantendrá la culpa leve como causa del incumplimiento.

Por ello la interpelación no origina imputabilidad ni otorga una calidad especial a la culpa o al dolo ni produce transformación alguna de estas circunstancias imputables.

La interpelación, cuando corresponda, solo será necesaria para que se generen determinados efectos propios de la situación moratoria, los mismos que no determinarán una transformación cualitativa de la causa imputable.

Luego, hemos señalado que la doctrina estima que la interpelación tiene dentro de sus funciones la de probar el retardo.

Dicha afirmación resulta discutible, en la medida en que el retardo o ausencia de cumplimiento oportuno en el pago podría demostrarse por cualquier medio probatorio, siguiendo el principio de que

quien alegue un hecho debe probarlo; y si el deudor alegase ausencia de retardo, será a él a quien corresponda acreditarlo.

Por otra parte, la interpelación no garantiza, por sí misma, que exista retraso en el cumplimiento.

Por ejemplo, podríamos encontrarnos ante una interpelación efectuada antes del vencimiento del plazo establecido para el cumplimiento de la obligación. Resultaría obvio, en este caso, que a pesar de haber interpelación no habría mora.

Lo propio ocurriría si un acreedor interpelase a su deudor exigiéndole el pago, no obstante que este ya hubiera ejecutado la prestación debida de manera idónea.

De lo expresado podemos afirmar, entonces, que no es función propia de la interpelación probar el retardo en el cumplimiento. Si ella lo acredita, obedecerá a circunstancias colaterales, pero no a su naturaleza.

Finalmente, respecto a la interpelación como acto de cooperación del acreedor, remitimos al lector, como ya lo expresamos, a lo expuesto cuando analizamos las condiciones de la interpelación.

Se observa, en suma, que la interpelación cumple funciones polivalentes, que son las que hemos acogido.

16. FORMA Y PRUEBA DE LA INTERPELACIÓN

16.1. Formas de manifestar la voluntad interpelatoria. Consideraciones generales

José Cano[137] refiere que la forma, en su sistema positivo, es un simple instrumento de constatación, exigido por el principio de seguridad jurídica. Por tal razón, en lo atinente a la forma de la interpelación, debe afirmarse que esta se rige por el principio de libertad de forma, siempre que reúna las condiciones mínimas que permitan la identificación de los sujetos (interpelante e interpelado), del objeto (clase, cuantía e individualización de la deuda) y de la intención (cesación de la tolerancia). Además, para mayor seguridad, deberá dirigirse la interpelación al lugar que se pacta como de cumplimiento de la obligación y, en su defecto, al domicilio del deudor.

Agrega el autor citado, que dicha libertad de forma de la interpelación permite que esta pueda efectuarse judicial o extrajudicialmente, en su caso, a través de constancia notarial, por escrito o de cualquier otra manera, siempre que conste haberla hecho.

En esta línea de pensamiento se halla Ernesto Wayar,[138] quien sostiene que la interpelación se puede manifestar bajo cualquier forma, es decir, por escrito, verbalmente (incluso por teléfono) o por signos inequívocos con referencia a determinados objetos. Por tal razón, Wayar afirma que en este tema domina, sin restricciones, el principio de libertad en la elección de las formas.

De esta manera —según el citado profesor— no importa tanto la forma en que la voluntad se manifieste, como el contenido de aquella voluntad. En su opinión, cualquier forma que el acreedor utilice para exteriorizar su voluntad, tendrá eficacia interpelatoria, siempre que ella comporte una exigencia categórica y coercitiva de cumplimiento.

Además, el acreedor dispone de medios judiciales y extrajudiciales para desencadenar la mora del deudor.

[137] CANO, José Ignacio. *Op. cit.*, pp. 61-66.

[138] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 392 y 393.

Siguiendo esta tesis argumentativa se encuentra Mariano Gagliardo,[139] quien afirma que la interpelación no está sujeta a formalidad alguna, pudiendo ser hecha en forma verbal o por escrito; exigiéndose solo una manifestación expresa, positiva, categórica, concluyente e inequívoca, coercitiva y no declarativa del acreedor, tendiente a la obtención del cumplimiento de la prestación debida.

De acuerdo con las opiniones expuestas, se puede concluir que la posición mayoritaria, casi unánime, de la doctrina, considera que la interpelación se debe regir por el principio de libertad de forma, siempre que ella contenga una exigencia indubitable de cumplimiento.

Sin embargo, encontramos una tesis contraria a la postura de la doctrina predominante, sostenida por Christian Larroumet,[140] quien refiere que en la legislación de su país —Francia— se concibe a la interpelación como un acto solemne que supone la intervención de un notificador, razón por la cual el artículo 1139 del Código Civil Francés dispone que la intimación, como regla general, se somete a las exigencias de una forma solemne e inclusive judicial, descartándose el principio de libertad de forma que rige en otros ordenamientos jurídicos.

Agrega el citado autor que la ley, en ciertos casos, se muestra menos exigente, ergo que se contenta con una carta recomendada. En realidad, se trata de disposiciones especiales que introducen excepciones a la regla general prevista por el artículo 1139 del mencionado Código Civil.

[139] Gagliardo, Mariano. *La Mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978, pp. 24-26.

[140] Larroumet, Christian. *Op. cit.*, pp. 97-99.

Es pertinente destacar que, no obstante la existencia del principio general, Larroumet reconoce que la jurisprudencia de su país ha interpretado el artículo citado como si fuera una norma dispositiva. Por lo tanto, sin exonerar al acreedor de constituir al deudor en mora, algunas decisiones han admitido que los contratantes pueden hacer flexibles las formas de la constitución en mora, previendo una carta recomendada o inclusive una carta misiva u ordinaria.

En este sentido, se argumenta que si es posible exceptuar la necesidad de la constitución en mora, entonces *a fortiori* debe ser posible exceptuar las formas que preceptúa el artículo 1139 del Código Napoléon. De esta manera, como las formalidades de la norma mencionada no son imperativas, a decir de la jurisprudencia, es preciso admitir también los usos contrarios.

Larroumet señala por tanto que en su opinión la jurisprudencia interpreta que el artículo 1139 del Código Francés consagra formas *ad probationem* y no *ad solemnitaten*. De allí resulta que cuando la prueba de la interpelación no es dudosa y se puede dar por escrito en forma distinta de las formalidades del artículo 1139, estas no son necesarias.

Consideramos, de acuerdo con lo expresado por Larroumet, que en el ordenamiento jurídico francés no existe consenso en lo referente a la determinación de formas específicas que debe cumplir la interpelación, observándose una falta de concordancia entre lo establecido por la ley (artículo 1139 del Código Civil) y el criterio de la jurisprudencia.

Respecto al ordenamiento jurídico peruano, en él impera el principio de la libertad de forma en la interpelación. Ello se desprende de la lectura del artículo 1333 del Código Civil y del análisis de las normas sobre mora, pues para constituir en mora al deudor, el acreedor

deberá exigirle, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación, no requiriendo una forma específica.

Conviene anotar, sin embargo, algunas precisiones con referencia al artículo 1334[141] del Código Civil Peruano.

La norma citada prescribe que «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 [...]». Este precepto ha sido concebido equivocadamente, pues en toda clase de obligaciones —incluidas, obviamente, las de dar sumas de dinero— los efectos propios de la interpelación, es decir, la constitución en mora, se producen desde el momento en que se realiza tal acto. No debería ser necesaria, por tanto, la interposición de una demanda exigiendo el pago, para que recién al tiempo de citación con

[141] 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».
- Fuentes nacionales del artículo 1334
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; en el Código Civil de 1936; en la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973; en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980; ni en el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981.
Su único antecedente nacional está constituido por el artículo 1301 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984: «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 1939».

la demanda se generen, respecto al deudor, las consecuencias de la interpelación.

La única explicación del precepto, desde luego insatisfactoria, es que se trataría de una suma ilíquida; pero esto no debería determinar la exigencia de interponer una demanda, pues dicha suma continuaría siendo ilíquida hasta que fuera liquidada judicialmente.

En tal sentido, no existe ninguna razón para que no se considere que hay mora desde la fecha del requerimiento de pago al deudor, incluso si dicho requerimiento fuese efectuado de manera extrajudicial.

Dentro de tal orden de ideas, es claro que los intereses moratorios se deberán empezar a computar desde la fecha de dicho requerimiento. Sin embargo, ellos se aplicarán sobre la suma que resulte liquidada en el proceso judicial.

La norma carece de fuentes y concordancias extranjeras.

Corresponde ahora ocuparnos de los medios a través de los cuales el acreedor puede constituir en mora al deudor.

16.2. La constitución en mora por requerimiento judicial

Respecto de la interpelación judicial, José Cano[142] considera que han surgido dudas y se han planteado problemas; unas veces debido a la reiterada tendencia de la doctrina jurisprudencial a no distinguir entre requerimiento e intimación; otras, causados por la especial configuración de las obligaciones aún no vencidas, no exigibles o ilíquidas.

Añade el citado autor que en relación con las obligaciones vencidas, líquidas y exigibles, se presentan dos tesis opuestas: la que en-

[142] CANO, José Ignacio. *Op. cit.*, pp. 64-66.

tiende que la interpelación judicial, suficiente para poner en mora al deudor, se produce desde la fecha de la presentación de la demanda por el acreedor insatisfecho; y la que considera que tal fecha debe ser aquella en la que se contesta a esta.

Según Cano, en lo referente a las obligaciones que de alguna manera o por alguna causa todavía no son exigibles, el requerimiento —se haga o no judicialmente— no puede tener efectividad hasta que se conozca exactamente el monto de lo adeudado y sea clara su exigibilidad. Mientras tanto habrá de esperarse y estarse a lo establecido por la sentencia firme.

Por su parte, Ernesto Wayar[143] considera que, en rasgos generales, «El requerimiento judicial con eficacia moratoria se verifica mediante la notificación al deudor de cualquier pretensión deducida por el acreedor ante un órgano judicial, por la cual exija inequívocamente el cumplimiento de la prestación».

La pretensión del acreedor —afirma el autor citado— podrá ser canalizada por vía de demanda (o reconvención) ordinaria, sumaria o ejecutiva o durante el curso de un proceso ya iniciado, es decir, que cualquier acto en un procedimiento judicial que comprenda la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento, debidamente notificado al deudor, vale como requerimiento judicial y es apto para provocar la mora del deudor. Según Wayar, de esta manera lo destaca toda la doctrina y lo acepta pacíficamente la jurisprudencia.[144]

[143] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 393-397.

[144] En este sentido, encontramos que Jorge Joaquín Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones,* tomo I, pp. 138 y 139) coincide con la definición de interpelación judicial expuesta por Ernesto Wayar, ya que aquel considera que el requerimiento judicial es el reclamo de pago que se hace por intermedio de la justicia, sea una demanda ordinaria o ejecutiva, o cualquier acto de procedimiento que implique la voluntad actual de exigir el cumplimiento de la obligación.

Wayar agrega que si bien es cierto que a los efectos de la constitución en mora no existe requerimiento mejor, más seguro e inequívoco que el de los procedimientos judiciales, es menester que el acreedor, al formular esa petición, manifieste su voluntad directa y categórica de exigir el cumplimiento.

Por su parte, Rosendo Badani[145] sostiene que la exigencia judicial contenida en la demanda que el acreedor interpone ante el juez para el cumplimiento de la obligación, es la más perentoria declaración que puede hacer el acreedor de querer ser pagado y, por consiguiente, desde el momento en que se le cita con la demanda queda el deudor constituido en mora. Pero —se cuestiona el citado autor— ¿qué sucederá si la demanda es nula o se interpone ante juez incompetente? ¿Servirá siempre este acto para constituir en mora al deudor?

Como lo esencial en este caso es llevar a conocimiento del deudor la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento sin más dilación, aunque la demanda quedase como no interpuesta para los efectos del juicio, siempre serviría como intimación, quedando el deudor constituido en mora, a menos que se omitieran elementos necesarios para la intimación, como sería, por ejemplo, la determinación de la cosa debida.

Respecto de este tema, Giorgio Giorgi, Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, y Jorge Eugenio Castañeda[146]

El requerimiento judicial —según Llambías— se perfecciona por la notificación. No basta, pues, la sola presentación de un escrito ante los tribunales, pues aquí lo que importa no es tanto manifestar la diligencia del acreedor, cuanto despertar la atención del deudor. Por lo mismo que la interpelación es una declaración de voluntad recepticia no queda perfeccionada hasta que no se la lleve a conocimiento del deudor mediante una notificación.

Lo expuesto, a juicio nuestro, es plenamente aplicable al Derecho Peruano.

[145] Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, p. 124.

[146] Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, vol. II, p. 101; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel

recuerdan que la notificación con la demanda, aunque adolezca de nulidad, produce el efecto de constituir en mora al deudor, salvo que conste que el demandado no se instruyó de la notificación. La razón fundamental que respalda esta afirmación es que la notificación judicial llevará a conocimiento del deudor la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación, reuniendo, en todo caso, los caracteres de una interpelación extrajudicial capaz de constituir en mora.

En esta línea de pensamiento se halla Jorge Joaquín Llambías,[147] quien sostiene que realizada la notificación al deudor, la interpelación es eficaz aunque la demanda sea nula por vicios de forma, o haya sido entablada ante juez incompetente, o sea luego desistida para entablar nuevo juicio, lo cual se explica porque en todas esas hipótesis está patente la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento.[148]

Héctor Lafaille concuerda con la posición anotada, al estimar que aquella demanda presentada ante un juez incompetente o aquella otra que fuere nula por vicios de forma, en tanto contenga la manifestación de voluntad del acreedor de exigir la ejecución de su prestación al deudor y ser notificada a este, tendrá los efectos de una interpelación, a pesar de no tener el carácter de una demanda en el sentido técnico de la palabra.

SOMARRIVA UNDURRAGA. *Op. cit.*, 1941, p. 349; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo II, p. 212.

147 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, pp. 138 y 139.

148 Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 396) coincide con la apreciación de Llambías, pues opina que el requerimiento judicial tiene plena eficacia desde la notificación al demandado, aunque se hubiera interpuesto ante juez incompetente, o resultara posteriormente nula por vicios de forma, o sea desistida por el actor con el propósito de entablar nuevo juicio.

16.2.1. ¿La notificación de la resolución que ordena trabar embargo preventivo y otras medidas cautelares constituyen al deudor en mora?

Llambías[149] sostiene que la notificación del auto que resuelve trabar medidas precautorias con carácter preventivo no tiene, por sí sola, capacidad para producir la mora del deudor. Para esto será necesario que se verifique con posterioridad la demanda principal, ya que quien pide —en un primer momento— un embargo, está implícitamente exigiendo el pago, pero es obvio que el acreedor carece de voluntad actual, es decir, solo busca asegurar o garantizar su crédito, pero no está exigiendo el pago. En cambio, cuando este interponga la demanda principal —en un segundo momento— recién estará exigiendo directamente la realización del pago, con lo que habrá constituido en mora al deudor.

Wayar[150] refiere que la carencia de voluntad actual se pone en evidencia cuando el embargo se solicita para garantizar créditos aún no exigibles —por encontrarse pendiente de cumplimiento una condición suspensiva o un plazo, etc.—, lo que es posible de acuerdo con los mecanismos procesales.

Agrega el citado autor que la cuestión es distinta cuando el embargo va precedido de una intimación de pago y citación de remate, como sucede en los juicios ejecutivos. Esto supone el ejercicio de una acción ejecutiva que es, por esencia, una exigencia de pago. De esta manera, se comprende que la mora se produce no en razón de la petición de embargo, sino del ejercicio de la acción ejecutiva.

149 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 140.

150 WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 394 y 395.

16.2.2. ¿Desde cuándo se computan los efectos del requerimiento judicial?

Wayar[151] refiere que la doctrina es de opinión unánime respecto a que los efectos del procedimiento judicial se producen a partir de la notificación al demandado o desde el «diligenciamiento de la intimación del pago (mandamiento), en los juicios ejecutivos», como consecuencia del carácter recepticio que debe tener la declaración de voluntad del acreedor. Esto equivale a decir que no basta la sola presentación de la demanda o del escrito pertinente ante el juez, si aquella no llega a conocimiento del deudor.

Convenimos plenamente con este parecer y sus fundamentos.

16.2.3. La perención de instancia no perjudica ni anula el efecto moratorio de la notificación de la demanda

Como es sabido, luego de notificada la demanda puede producirse la perención de la instancia por inactividad del actor.

En torno de esta idea, los autores discrepan, en el sentido de que algunos consideran que esto desvanecería el efecto interpelatorio de la notificación de la demanda;[152] en tanto otros[153] estiman que la perención solo produce efectos procesales, sin alterar los derechos de fondo; por tanto, la mora producida por la comunicación de la voluntad del acreedor no quedaría invalidada por el posterior decaimiento del medio —la instancia judicial— empleado para transmitir esa comunicación al deudor; aun careciendo de valor como requerimiento judicial, siempre serviría como requerimiento extrajudicial.

---

[151] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 395 y 396.

[152] Entre estos autores se hallan Salvat y Galli (Galli en SALVAT, Raymundo M. y Enrique GALLI. *Tratado de Derecho Civil Argentino, De las Obligaciones en General.* Buenos Aires: Tea, 1952, tomo I, p. 106).

[153] Como LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones,* tomo I, p. 141.

Nos inclinamos por la segunda de las posiciones anotadas, al considerarse que si bien el abandono de instancia podría constituir una manifestación de voluntad, por omisión, en virtud de la cual se estaría poniendo de manifiesto una falta de interés en continuar con el proceso judicial, o incluso representar la sobreviniente ausencia de voluntad de cobro de la deuda, tal eventualidad no enervaría, ni mucho menos desaparecería, los efectos de la notificación con la demanda, acto inicial en el que se encontraba plenamente vigente la voluntad de cobro de la deuda y que, como tal, produjo la constitución en mora del deudor.

La perención o abandono de instancia no determina, en nuestra opinión, que cese la situación de mora del deudor.

16.3. Formas extrajudiciales de constitución en mora

Como se ha expresado oportunamente, en la interpelación rige el principio de libertad de forma, por lo que aquella puede verificarse sin la intervención de la autoridad judicial.

Héctor Lafaille[154] considera que cuando la interpelación se produce extrajudicialmente, nos encontramos con mayor elasticidad en las formas, ya que puede utilizarse un notario, la correspondencia —por cualquiera de los medios conocidos—, o incluso, hasta hacerlo de una manera verbal.

En teoría —dice Lafaille— todos estos recursos serían eficaces; pero si el hecho fuese negado en juicio, las dificultades sobre la prueba se tornarían a veces insuperables. Por ello, estima que debe recomendarse un sistema que permita demostrar en su caso, la existencia

---

[154] LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, vol. I, tomo VI, p. 161.

del hecho, tanto como la fecha en que él se produjo, detalle indispensable para fijar el punto de partida de los efectos.

Según el citado autor, esto se logra con la actuación notarial, ya con un telegrama, que aparte de conservar copia de la exigencia del acreedor, deja también constancia de que fue recibido por el destinatario.

Por su parte, Llambías[155] entiende por requerimiento extrajudicial a la exigencia de cumplimiento de la obligación que se efectúa sin intervención de la autoridad judicial. Indica, asimismo, que puede realizarse bajo cualquier forma, sea por telegrama, por teléfono, verbalmente o por carta. En la elección del modo de transmisión de la exigencia de pago al deudor, no hay limitación alguna. Solo juega una posible dificultad de prueba que hace aconsejable recurrir a medios que dejen rastros que permitan después comprobar en juicio el hecho, en caso de ser negado por el deudor, como sería la intervención especial de un notario.

Wayar[156] comparte las posiciones expresadas, en el sentido de que el requerimiento también puede verificarse sin intervención de la autoridad judicial, pues rige al respecto el principio de libertad en la elección de las formas.

Recuerda que en el pasado se sostuvo que la intimación extrajudicial, para ser eficaz, tenía que ser formulada por escrito. Así lo enseñaba Giorgi y una calificada escuela francesa. Hoy esta postura está definitivamente sepultada.

Refiere que nadie duda que el acreedor está facultado para reclamar el cumplimiento, utilizando la forma escrita o hablada. Señala

[155] LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, pp. 139 y 140.
[156] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 397 y 398.

que una rotunda demostración de lo afirmado resulta de la doctrina jurisprudencial. Reiteradamente se ha resuelto que es válida la interpelación efectuada verbalmente, por teléfono, por carta y, con mayor razón, por telegrama o por acta notarial.

Mariano Gagliardo,[157] a su turno, expresa que la intimación extrajudicial no requiere fórmulas solemnes o sacramentales no impuestas por la ley.

Agrega —coincidiendo con los autores citados— que puede recurrirse a cualquier medio, aun a la intimación verbal o telefónica, no obstante lo cual, por el hecho de no ser estas fehacientes, pueden motivar una seria y severa dificultad probatoria. Por lo que en su concepto la única vía que brinda absoluta certeza es el acta notarial, donde se constata el requerimiento de pago, o bien la carta notarial con aviso de entrega, que constituyen instrumentos públicos que hacen plena fe de los hechos cumplidos o pasados.

Añade dicho autor que la carta simple, certificada o con aviso de retorno, con la sola intervención del acreedor, prueba la recepción mas no su contenido.

Finalmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra tanto la forma judicial como extrajudicial de requerimiento. Así, recordamos que el primer párrafo del artículo 1333 del Código Civil expresa lo siguiente: «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación», entendiéndose que lo que la ley persigue es que el deudor conozca de manera indubitable la interpelación de pago realizada por el acreedor, para lo cual es aconsejable que la extrajudicial se efectúe de tal modo que pueda demostrarse fácilmente su realización.

[157] GAGLIARDO, Mariano. *Op. cit.*, pp. 26 y 27.

Pero hoy en día abundan los medios a través de los cuales se puede interpelar. Como es sabido, la contratación contemporánea se produce a través del empleo de los más diversos medios de comunicación.

Ello no significa que se haya dejado de contratar directa o personalmente, sino que a los medios o vías tradicionales se han agregado otros a los cuales las personas confían sus relaciones personales y comerciales.

Es evidente que los medios a los que recurren las partes para contratar son, en muchos casos, los mismos a los que acuden para constituir en mora a su contraparte.

En tal sentido, vamos a efectuar un repaso sobre los medios relativamente novedosos que desde el siglo pasado constituyen vías usuales de contratación y de constitución en mora.

Como se sabe, es frecuente contratar por teléfono. El teléfono, a pesar de su antigüedad, resulta uno de los más eficaces medios de comunicación, pues a diferencia de otros, permite a las personas comunicarse inmediatamente y escuchar en forma recíproca sus voces, sin más dilación que lo que demora la velocidad de transmisión de la señal.

En este sentido, así como las personas contratan por teléfono, también es usual constituir por este medio en mora.

Cabe la posibilidad, desde luego, que pueda efectuarse una comunicación telefónica dejando un mensaje en la contestadora automática de llamadas, lo que equivale a decir que es posible constituir en mora dejando la intimación grabada en el receptor del deudor.

A partir de la década de 1980, se produjo en el Perú un crecimiento muy importante en lo concerniente a comunicaciones escritas por medio de equipos reproductores de imágenes a distancia, llamados fax.

Se puede decir que hasta antes de la aparición del Internet, la contratación por fax y subsecuente constitución en mora a través de este medio, se convirtió en una vía de uso frecuente.

Incluso, luego de la aparición del Internet, la utilización del fax/modem permitió dar un gran salto informático vía Internet, ya que él, además de transmitir datos, hace posible enviar y recibir transmisiones de fax, directamente desde una computadora, ahorrando tiempo, papel y molestias.

De esta forma, en lugar de imprimir primero un documento y enviarlo luego por fax, se puede remitir una copia electrónica directamente.

Sin duda, este medio se convirtió en uno de carácter muy eficaz para los requerimientos intimatorios. Incluso, el fax/modem empezó a permitir la constitución en mora de carácter masivo, ya que un mismo acreedor puede, a través de este medio de comunicación, enviar un documento intimatorio a una multiplicidad de deudores, tan fácilmente como lo podría hacer con respecto a uno solo, y estos deudores recibirán una copia incluso más clara que la original, aunque solo cuenten con un fax convencional.

La utilidad del fax como medio de comunicación e intimación moratoria, se basa fundamentalmente en la posibilidad de transmitir, a través de la línea telefónica, reproducciones literales de cualquier documento escrito, en cualquier superficie de papel o similares. En este sentido, la fidelidad del contenido del documento intimatorio, resultará protegida por el medio empleado.

Por otra parte, tenemos la posibilidad de constituir en mora a través del *beeper* o sistema busca-personas.

Antes de la difusión y perfeccionamiento sofisticado de la telefonía celular, el sistema busca-personas constituyó un medio sumamente eficaz para las comunicaciones.

Como sabemos, el mismo consiste en un sistema a través del cual el interesado en contar con el servicio, se abona a una empresa que lo brinde, y con la utilización de un pequeño aparato receptor *(beeper),* se le enviarán todos los mensajes que reciba en su respectivo número de abonado de la central.

Resulta evidente que, dentro de los mensajes que las personas pueden dejar en una central de sistema busca-personas, están eventuales constituciones en mora, motivo por el cual esta comunicación resulta relevante para el tema que nos ocupa.

De otro lado, tenemos en materia contractual y de comunicaciones informáticas, a las relaciones jurídicas entabladas con la intermediación de computadores programados algorítmicamente para realizar determinados actos.

Como sabemos, la algoritmia es la ciencia del cálculo aritmético y algebraico. Es la teoría de los números.

Algorítmico es lo perteneciente o lo relativo al algoritmo. En tanto que algoritmo es el conjunto ordenado y finito de operaciones que permiten hallar la solución de un problema.

Este es el caso de las máquinas de expendio automático de bienes o servicios.

Dentro de las máquinas de servicio automático tenemos a los teléfonos públicos, sean estos accionados por tarjeta o por monedas. En estos casos, la computadora es capaz, incluso, de leer cuánto queda disponible para el uso de la respectiva tarjeta o contar las monedas y dar vueltos.

Aquí también se ubican las tragamonedas de los casinos o casas de juego, a través de las cuales se celebran los denominados contratos de juego o apuesta.

Tanto las máquinas de expendio de bienes como aquellas de servicios, actúan de acuerdo a lo programado y no se encuentran conectadas, necesariamente, a alguna red.

De otro lado, es sabido que en la actualidad se pueden entablar relaciones jurídicas a través de computadores que funcionen como dos terminales conectados entre sí, caso en el cual la comunicación se realizará por una línea de teléfono, o por una red de comunicaciones telemática, frente a la cual se encuentran una o más personas.

En materia de conexión entre computadores existen varias alternativas.

Una de ellas puede ser a través de una línea de punto a punto. En este sentido, la comunicación variará según la forma de su recepción, pudiéndose presentar dos supuestos. El primero es que la comunicación sea recibida por un operador, en tanto el segundo es que un operador se comunique con un banco de datos, vale decir, que su declaración de voluntad no sea recibida por otro operador, sino que se encuentre con información estructurada algorítmicamente, de tal forma que él mismo pueda encontrar lo que necesita.

En el primero de esos supuestos, esto es cuando la comunicación es recibida por un operador, estamos en presencia de dos terminales con un operador en cada uno de ellos.

Para poder realizar una comunicación de este tipo es necesaria la utilización de sendos módems. El módem es un dispositivo que adapta una terminal o computador a una línea telefónica, convirtiendo las pulsaciones digitales del computador en audiofrecuencias y luego vuelve a convertir estas en pulsaciones en el lado receptor.

Cada computadora debe tener un módem (dentro o adjunto y conectado), y cada módem tiene que estar conectado a la línea telefónica.

En este caso cabe, incluso, algunos supuestos diversos, como que ambas partes hablen por teléfono, hipótesis según la cual las partes pueden convenir en que cada una marque una opción en su respectiva computadora para que conversen entre sí.

Al inicio de la operación, lo normal es que una hable y la otra escuche, es decir, que cuando empiezan a conversar las computadoras con el auxilio de los módem, una debe ser la que llama y otra la que contesta; pero luego las dos hablan a la vez.

Debe mencionarse que existe un procedimiento estándar inicial para que la línea esté conectada. Nos referimos a un protocolo de comunicaciones, destinado a que las computadoras den acceso al usuario para que pueda hacer lo que desee.

Es evidente que dentro de esta comunicación computarizada, una de las partes podría enviar a la otra un mensaje de intimación o constitución en mora.

Otro de los casos en que la comunicación es recibida por un operador, es aquel en el cual las dos computadoras se encuentren permanentemente prendidas y esperando cualquier señal.

En alguno de los dos puntos alguien desea algo y activa el programa para que la computadora llame y esta lo hace sola.

Debemos mencionar, a manera ilustrativa, que en nuestro sistema telefónico se pasa por una línea pública conmutada (es decir, que se pueden usar para la comunicación diferentes caminos en distintos momentos, haciendo uso de los pares de líneas disponibles), la misma que se utiliza en el instante en que se necesite.

Pero también se puede alquilar o comprar un circuito dedicado o especial. Este circuito será exclusivo. Nadie más lo podrá utilizar, y siempre estará listo para su uso. Se podría decir, a manera ilustrativa, que en la central telefónica se «unen dos cables», a efectos de hacer viable esta comunicación.

Las comunicaciones punto a punto son aquellas que se realizan entre dos lugares conectados por línea telefónica, pudiéndose dar a través de línea conmutada o a través de circuito dedicado o especial.

La comunicación multipunto es aquella que incluye varios puntos a la vez. Una computadora puede ser el centro y permitir que los usuarios se comuniquen con ella para enviarse mensajes entre sí. Como es obvio, esta situación no es necesaria para la comunicación entre las partes, ya que la misma podría producirse directamente. En la práctica podría haber multipunto con un módem que actúe como vínculo; pero lo normal es que este procedimiento se utilice para que varias computadoras se comuniquen entre sí, como ocurre en las redes de los Bancos.

En el segundo supuesto citado, o sea cuando un operador se comunica con un banco de datos, es decir, que su declaración de voluntad no es recibida por otro operador, sino que se encuentra estructurada algorítmicamente de tal forma que él mismo puede encontrar lo que necesita, también podemos pensar en supuestos de constitución en mora, y este será uno de aquellos casos en los cuales una persona constituya en mora a otra, pero no comunicándose directamente con esta, sino haciendo llegar la intimación a través del mecanismo estructurado algorítmicamente por el eventual deudor incumpliente.

Pero, más allá de lo anotado, resulta claro que no será posible constituir en mora si dentro de las funciones de la programación al-

gorítmica no se encuentra una en donde resulte factible procesar la información del requerimiento de pago.

Otra alternativa de conexión entre computadores es aquella que se produce a través de la red *InterLan.* Este servicio está destinado a satisfacer las necesidades de transmisión de datos del sector empresarial.

Se trata de un servicio de transmisión de datos basado en el protocolo *Frame Relay,* que permite la conexión de redes de área local (LAN) de una empresa, utilizando circuitos virtuales permanentes (CVP) que emulan a circuitos digitales dedicados, los cuales permiten interconectar las diversas sedes de las empresas entre sí, con un considerable ahorro en equipos terminales de usuario y en el empleo de recursos de red.

El *InterLan* tiene una gran capacidad de tráfico, y puede cursar grandes volúmenes de información (textos, gráficos, sonido y video), debido a la eficiente utilización de su ancho de banda.

Dentro de esta vía de comunicación moderna, también resulta factible constituir en mora a la contraparte.

En adición a lo expresado, tenemos a las comunicaciones entabladas por correo electrónico.

Como sabemos, el Internet conecta a computadores en todo el planeta, siendo un medio de acceso al mundo, constituyéndose en el conducto para acceder a un fondo mundial con los recursos y conocimientos de millones de personas. Genéricamente hablando, se trata de un conjunto de redes unidas.

Para acceder a Internet, el interesado debe conectarse a un proveedor de Internet, empresa que se establece como puente entre los usuarios finales y la red Internet; a no ser que la persona tenga acceso a través de alguna organización gubernamental, científica o universitaria, que suelen ser gratuitas y que, de hecho, fueron uno de los pilares de la creación de Internet.

El correo electrónico o *e-mail* implica que cada uno de los cientos de millones de usuarios de Internet está identificado con una dirección de correo electrónico. Para enviar el correo, basta con escribir el texto mediante el programa adecuado, e indicar la dirección del destinatario. Resulta evidente que el correo electrónico y su empleo a través del Internet, representa en nuestros días uno de los modos más eficaces de comunicación a distancia y una forma que puede utilizarse para constituir en mora.

16.4. Prueba de la interpelación

Wayar,[158] al ocuparse de la prueba de la interpelación, señala que si bien el acreedor puede acudir a cualquier forma para manifestar su voluntad, cuando utiliza la forma no escrita corre el riesgo de no poder demostrarlo, sobre todo, porque no solo debe probar la existencia de la declaración, sino también su contenido y características. De ahí su singular relevancia e importancia.

A entender de Wayar, en primer lugar, en lo concerniente a la carga de la prueba, nadie duda que esta recae sobre el propio acreedor, por aplicación de los principios generales. Sin embargo, agrega, se hace necesario distinguir dos supuestos: la prueba de la interpelación y la prueba de la inculpabilidad del deudor. Tratándose de deudas pagaderas en el domicilio del *solvens (portables),* se dice que el acreedor debe probar (cuando ello sea necesario) que formuló la pertinente intimación.

Ello, según Wayar, es rigurosamente exacto. En cambio, en las obligaciones a plazo, en las que la interpelación puede ser innecesaria,

---

[158] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 399 y 400.

aquella carga probatoria, como es obvio, desaparece; no obstante, una defectuosa interpretación jurisprudencial argentina pretendía que en tales vínculos la carga probatoria subsistía. Es decir, el acreedor debía probar que concurrió a recibir el pago, lo que es casi lo mismo que probar que se presentó a reclamar (interpelar) el cumplimiento. Tal jurisprudencia, felizmente superada, contenía un grave error conceptual, pues no se trataba de una cuestión de interpelación, sino de culpabilidad, ya que si el acreedor no se presentaba, el deudor no estaba en mora, porque el incumplimiento, en tal caso, se debía a una causa no imputable a él, pero la prueba de la inculpabilidad corría por su cuenta.

En opinión nuestra el tema de la probanza de la intimación o requerimiento de pago, resulta independiente de la eficacia misma de dicho requerimiento.

Ello significa que podríamos estar en presencia de un requerimiento de pago que reúna todas las condiciones teóricas de validez, pero del cual el acreedor no tenga ninguna constancia que acredite haberlo efectuado. En este caso el deudor se encontrará constituido en mora, pero ante una eventual discrepancia con el acreedor acerca de la existencia del propio requerimiento de pago, nos encontraríamos en presencia de un acreedor desprovisto de los medios suficientes como para probar el estado de mora del deudor.

La demostración del requerimiento de pago no escapa a las disposiciones generales sobre medios probatorios que establece el Código Procesal Civil. Así, dichos medios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (argumento del artículo 188 del Código Procesal Civil Peruano).

En virtud del artículo 192 del referido cuerpo legal, son medios de prueba típicos: la declaración de parte, la declaración de testigos,

los documentos, la pericia, y la inspección judicial; en tanto que el artículo 193 señala que los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. La citada norma agrega que los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el Juez disponga.

17. Los factores impeditivos de la mora del deudor

Respecto de los factores o causas que impiden la configuración de la situación jurídica de mora del deudor, la doctrina mayoritaria considera que ellos se manifiestan de diferentes maneras, pudiendo tener su origen en la ausencia de uno o más presupuestos o elementos esenciales de la mora del deudor.

Lo expresado se plasma, por ejemplo, cuando el deudor no tuvo un comportamiento negligente ni doloso, por lo que faltaría el elemento subjetivo de la mora; o cuando el acreedor no formula la debida interpelación —en aquellas obligaciones en las que rige la mora *ex personae*—; o cuando falta alguna de las condiciones de la intimación —como elemento formal de la mora—. Este último caso se puede presentar cuando el acreedor requiere al deudor, a pesar de que la obligación aún no es exigible; o ante la ausencia de cooperación del acreedor en los casos en que, por la naturaleza de la obligación o por convenio, deba prestarla con la finalidad de que el deudor quede constituido en mora, independientemente de que se trate de un sistema de mora automática o por interpelación.

En síntesis, los factores impeditivos de la mora del deudor son todas aquellas situaciones que obstaculizan la configuración de la misma. En este sentido, se vinculan con el defecto de todo lo concerniente a los elementos, presupuestos y condiciones de la mora del deudor.

18. Los sistemas de constitución en mora

18.1. Polémica en torno al sistema de constitución en mora que imperaba en el Derecho Romano

Ernesto Wayar,[159] quien efectúa un exhaustivo y prolijo análisis sobre el tema, señala que existen tres posiciones en relación con el sistema de constitución en mora que regía en el Derecho Romano: una primera postura sostiene que el sistema de mora en Roma era el de la interpelación (mora *ex personae);* la segunda, que imperaba el sistema de mora sin interpelación o mora *ex re* en las obligaciones a plazo; y, finalmente, la posición de la inexistencia de un principio general (es decir, que en Roma se alternaron los dos sistemas mencionados).

La primera posición —según Wayar—, es la que afirma que el sistema de la interpelación por mora *ex personae* era el más difundido en el Derecho Romano. Este consistía en que el deudor no quedaba constituido en mora si no era interpelado por el acreedor, a pesar de que la obligación tuviera fijado plazo de cumplimiento. El simple vencimiento del término, no tenía poder para provocar la mora *solvendi*; solo daba lugar a un mero retardo, que necesitaba de la *interpellatio* para convertirse en situación de mora.

Añade Wayar que esta tesis queda avalada por la autoridad de Savigny, Puchta, Molitor, Van Wetter, Maynz y otros, que consideran que se debe distinguir la situación de mora del simple retraso, dándoles diversidad de consecuencias, y por negar que la máxima *dies interpellat pro homine* tenga origen en las fuentes romanas. Estos autores apoyan sus ideas en ciertos pasajes del Digesto, como por ejemplo lo escrito por Marciano,[160] «*Mora fieri intelligitur non ex re, sect*

[159] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 207.
[160] Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 208.

ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solvent» (Se entiende que se causa la mora no por la cosa sino por la persona, esto es, si interpelado —el deudor— no hubiere pagado en lugar oportuno [...]). De esta manera se observa la necesidad de la interpelación para originar la mora del *solvens*. Por tal razón, Jorge Bustamante Alsina[161] refiere que, de acuerdo con esta tesis, la mora se producía excepcionalmente sin interpelación *(ex re),* cuando el deudor se ausentaba sin dejar representante, por negligencia o mala fe; si se trataba de una obligación de restituir proveniente de un robo; si se había convenido o estipulado; y en el caso en que el retardo en la ejecución equivaliera a una inejecución completa.

Asimismo, del pasaje de Marciano, según Neustetel —citado por Wayar—, se deduce que no se distingue entre obligación a término y obligación sin término, por lo que la regla ahí contenida valía tanto para las obligaciones puras y simples como para las que tuvieran plazo de cumplimiento.

Sin embargo, Maynz[162] considera que no se puede invocar como decisivos los numerosos pasajes del Digesto en los cuales la interpelación es representada como una condición necesaria para la constitución en mora, «por la razón de que en ninguno de estos pasajes se dice formalmente que la interpelación sea necesaria en las obligaciones *in diem*».

Según Wayar, cabe anotar que existen argumentos adicionales que se han esgrimido en apoyo a la posición de la mora *ex personae*. Uno de ellos sostiene que si para el cumplimiento de una obligación se ha estipulado un término, entonces, una vez vencido el plazo, la obliga-

[161] Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 99.
[162] Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 209.

ción se hace *praesens,* es decir, actualmente exigible. Desde ese momento, si el acreedor no intima al deudor es porque consiente en diferir la ejecución de la prestación. Esto se debe a dos motivos: Primero, porque la ley no exige que el deudor haga espontáneamente y sin ser requerido ningún sacrificio en favor de otro, a pesar de ser obligatorio. Segundo, porque el plazo se presume establecido en favor del deudor.

Por lo tanto, defender la tesis de que solo el vencimiento del plazo constituye al deudor en mora, implica volver en su contra todo lo que la ley ha querido disponer a su favor.[163]

Un segundo argumento que abona el principio de la mora *ex personae* se basa en que los textos sobre los que se pretende fundar la regla *dies interpellat pro homine* no son decisivos. Al respecto Maynz —citado por Wayar— opina que autores como Africano (Dig. X LIV, 7, 23), Paulo (Dig. XII, 1, 40) y Justiniano (Cód. VIII, 12) parecen más bien aludir a los efectos de la cláusula penal, sin que estas reglas puedan ser de aplicación a la situación de mora. Finalmente Paulo (Dig. XLX, 1,77), a quien se cita con regularidad en favor de la última regla mencionada, en lugar de ser cristalino en este sentido, parece repudiarla.

Un tercer argumento en apoyo de la mora *ex personae,* según Vásquez-Rolfo,[164] radica en que la situación de mora —para constituirse como tal— debe integrarse por tres elementos esenciales: el retardo, la culpa y la interpelación, de tal forma que faltando alguno de los dos últimos extremos, o ambos al mismo tiempo, no existe mora, sino simple retraso. A esta situación —objetivamente idéntica a la mora— se le atribuyen determinados efectos, como por ejemplo, que

[163] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 210.
[164] Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 210 y 211.

si la obligación establecía una cláusula penal, se incurría en ella por el solo vencimiento del plazo, sin necesidad de requerimiento alguno.

También, según un texto de Ulpiano (Dig. XIX, 1, 13, parágrafo 20), en el contrato de venta los intereses del precio eran debidos por el comprador desde la entrega de la cosa, hubiera incurrido o no en mora, etc.

En síntesis, si no se produce la interpelación, no existirá mora, a pesar de que se manifiesten algunos efectos como consecuencia del simple retardo.

Finalmente, un cuarto argumento en favor de la mora *ex personae* —según Ernesto Wayar—[165] sería que aun cuando se reconozca que de los textos no es posible extraer una posición que decida esta polémica en favor de uno u otro de los sistemas en disputa, la máxima *dies interpellat pro homine* fue escrita en la Glosa Magna de Acursio, por lo que se estaría demostrando que su origen fue ajeno a las fuentes romanas.

Por otro lado, con respecto a la posición de que el sistema romano era el de la mora *ex re* o sin interpelación en las obligaciones sujetas a plazo, existen —según los defensores de esta tesis— muchos pasajes en el *Corpus Iuris* que permiten sustentarlo. Un ejemplo de lo expresado sería el texto de Justiniano (Código VIII, 38,12),[166] que señala lo siguiente: «Justiniano a Menna, prefecto del Pretorio». «Disipando la grande oscuridad de las antiguas leyes, que hasta ahora daban muchísimas ocasiones para prolongar los litigios, mandamos, que 'si alguno hubiere prometido que en cierto tiempo hará o dará alguna cosa al estipulante, y hubiere añadido que, si en el tiempo prefijado

[165] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 211.
[166] Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 212.

no se hubieren ejecutado estas cosas, pagará cierta pena, sepa que de ninguna manera puede alegar para evitar esta pena que nadie le avisó'. Sino que aun sin ningún aviso quedará sujeto a la misma pena a tenor de la estipulación, porque el mismo debe conservar en su memoria lo que prometió, no pretender que por los demás se le manifieste». Esta afirmación de Justiniano constituye el argumento más sólido que esgrimen los partidarios de la máxima *dies interpellat pro homine.*

Sin embargo, los propios partidarios del aforismo reconocen que no es posible encontrar en ningún pasaje del *Corpus* Romano, formalmente consagrada, la máxima *dies interpellat pro homine.* Biedma[167] afirma, inclusive, que de la lectura de los pocos textos aislados a que se tiene acceso, parece ser que los romanos no admitían esta máxima como regla fija para las obligaciones a plazo.

En este sentido, Wayar[168] considera que la regla *dies interpellat pro homine* no está expresada en ninguno de los textos que componen el *Corpus Iuris Civili,* por lo que es extraña al Derecho Romano clásico. Esta máxima nació en el Derecho Bizantino, y comenzó a tomar forma en las basílicas, para posteriormente quedar concretada y definida en la obra de los glosadores.

Finalmente, se halla la tesis que sostiene que en el Derecho Romano alternaron su vigencia el sistema de la interpelación y el de la mora *ex re,* es decir, que en este Derecho no existía un principio general. Esta tercera posición señala que no se puede afirmar la preeminencia absoluta de alguno de ellos; al contrario, debe admitirse que los jurisconsultos romanos conocieron y aplicaron tanto la mora *ex personae* como la mora *ex re.*

---

[167] Biedma Schadewalt, Alejandro M. *Mora Automática.* Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, p. 28.

[168] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 221 y 222.

Al respecto, Wayar[169] considera que esta opinión se ve alentada por las contradicciones y dudas que muestran los especialistas, al no poder demostrar *in limine* el predominio de uno de los dos sistemas, ya que a los textos que parecen consagrar la mora *ex personae,* se les oponen otros que se inclinan por la mora *ex re.*

Sin embargo, esta pugna entre distintos pasajes del mismo cuerpo puede quedar librada si se los analiza e interpreta con relación al período en que fueron redactados.

En este sentido, la constitución en mora en el Derecho Romano habría evolucionado a lo largo de tres etapas. En la primera, la mora era absorbida por los efectos del incumplimiento; el acreedor no tenía interés alguno en constituir en situación de mora a su deudor, pues por el solo incumplimiento podía disponer de su persona.

En el segundo período, a medida que el *pretor* y la *aequitas* fueron suavizando el rigorismo del antiguo Derecho de los *quirites,* empezó a tener mayor importancia la figura de la *interpellatio,* que los jurisconsultos utilizaron en determinadas situaciones para favorecer la posición del deudor, hasta que terminó imponiéndose como regla.

En el último período de desarrollo apareció la mora *ex re,* consagrada con carácter general en el Derecho Bizantino, prolongando su vigencia durante toda la Edad Media, a través de los glosadores y postglosadores.

En conclusión, respecto a los sistemas de constitución en mora, se aprecia que la regla en el Derecho Romano podría parecer dudosa. Hemos visto cómo algunos autores sostienen que el deudor, al vencimiento del plazo, y cualquiera que fuera la naturaleza de la obliga-

---

[169] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 221 y 222.

ción, quedaba, en caso de incumplimiento, constituido en mora: el tiempo interpelaba por el hombre. Otra corriente doctrinaria, también analizada, expresa que el requerimiento era siempre necesario para constituir en mora al deudor: el tiempo no interpelaba por el hombre.

Respecto a estos dos tipos de mora, mora *ex personae* y mora *ex re,* existen argumentos a favor y en contra.[170] Así los autores que apoyan el sistema de la mora con interpelación *(ex personae)* sostienen que resulta fundamental este elemento formal, por las graves consecuencias que origina para el deudor la situación de mora.

En este sentido, ejemplo de una consecuencia extrema sería que el deudor en mora puede, en algunos supuestos, responsabilizarse por el caso fortuito y la fuerza mayor (artículo 1336 del Código Civil Peruano). Por tal razón, se ha juzgado equitativo interpelar al deudor, brindándole así la oportunidad de ejecutar su prestación y de eximirse de consecuencias tan onerosas.

Por otro lado, los partidarios de la mora sin interpelación *(mora ex re)* afirman que no hay necesidad de intimación para que se configure la situación de mora, ya que la existencia de un plazo, fijado singularmente por las partes, para que se ejecute la prestación, es suficiente para que el deudor pague oportunamente. Pero sobre esta materia nos pronunciaremos en extenso más adelante, al analizar la constitución en mora.

[170] Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo I, p. 160.

18.2. Breve revisión del Derecho comparado en torno a los sistemas de constitución en mora

Después de haber estudiado los sistemas de constitución en mora que imperaban en el Derecho Romano, nos corresponde revisar someramente las legislaciones extranjeras más relevantes.

Para iniciar el tema, debemos recordar que la Ley de las Partidas no exigía la interpelación al vencimiento del plazo. Esta misma tesis prevaleció en Francia en los siglos XVI y XVII. Pothier,[171] sin embargo, era de distinto parecer, pues pensaba que según sus costumbres, un deudor no se reputaba como obligado a dar la cosa debida por él, sino solo mediante una demanda judicial hecha en forma y únicamente a contar desde el día de esa demanda. A ello agregamos que la necesaria interpelación también puede ser extrajudicial.

La doctrina de Pothier fue acogida por el Código Civil Francés (artículo 1139), el Código Civil Español (artículo 1100) y el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1219). Ella también informó a los Códigos Civiles Peruanos de 1852 (artículo 1264), de 1936 (artículo 1254) y de 1984 (artículo 1333).

En el campo legislativo parece prevalecer, sin embargo, la tesis contraria: *dies interpellat pro homine*. Así lo establecen el antiguo Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1223), el Código Civil Alemán (artículo 284), el Código Federal Suizo de las Obligaciones (artículo 102), el Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 955), el Código Civil Argentino (artículo 509, modificado por Ley 17,711), el Código Civil Chileno (artículo 1551), el Código Civil Venezolano (artículo 1269) y el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 424).

[171] Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones.* Tercera Edición. Barcelona: Biblioteca Científica y Literaria, s/f. tomo I, p. 123.

En este sentido, Héctor Lafaille[172] recuerda que parece haber revivido el sistema del *dies interpellat pro homine,* porque se encuentra sancionado en importantes Códigos del Siglo XX, particularmente, por los de Brasil (1916), Alemania y Suiza, como también por el de Venezuela.

Es preciso, sin embargo, señalar los alcances de las reglas del antiguo Código Civil Italiano de 1865 y del Código Civil Alemán.

Decía Giorgi,[173] comentando el artículo 1223 del antiguo Código Civil Italiano, el que se dudara si el legislador había querido referirse solo al día cierto o también al día incierto. Y que había seguridad de que la regla se aplicaba al término *certus an, certus quando* (el día 2 de julio de 1993), pero que la duda prevalecía respecto a los términos *incertus an, incertus quando* (cuando el barco que ha zarpado de Génova llegue a Lima), *certus an, incertus quando* (cuando tal persona fallezca) e *incertus an, certus quando* (cuando tal persona cumpla sesenta años). Cabe agregar, respecto a esta misma norma, que cuando el vencimiento de la obligación se producía después del fallecimiento del deudor, sus herederos no quedaban constituidos en mora sino por el requerimiento y solo después de nueve días, contados a partir de la fecha de la interpelación.

Enneccerus, Kipp y Wolf,[174] por su parte, señalan que en virtud del artículo 284 del Código Civil Alemán el deudor queda constituido en mora sin interpelación, pero solo cuando el plazo de la prestación se ha fijado con arreglo al calendario *(certus an, certus quando).*

[172] LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo I, p. 73.
[173] GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, tomo II, p. 108.
[174] ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF. *Op. cit., Derecho de Obligaciones,* vol. II, p. 260.

En este caso, la prestación debe cumplirse en el día fijado; el incumplimiento constituiría una violación. No es un día fijado según el calendario «un año después de la muerte de tal persona». Aquí sí habría necesidad de constituir en mora.

En lo que respecta a nuestra legislación, es pertinente recordar lo expresado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea,[175] a propósito de su intervención como miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano de 1852, que dio origen al Código de 1936. Así, el insigne legislador sostenía respecto de la mora el mismo principio que ha adoptado el Código Civil Peruano de 1984, cuando manifestaba lo siguiente: «La primera cuestión que se presenta al ocuparse de la mora es la de resolver si se produce *ipso jure,* o si se requiere para crear ese estado jurídico un acto constitutivo de ella emanado del acreedor.

El Código Civil Peruano (se refiere al de 1852) consagra ampliamente la doctrina de la mora *ex personae,* según es de verse en el artículo 1264, y solo por excepción admite la mora automática cuando el deudor no entrega la cosa debida el día señalado en el pacto, si se expresó que lo hiciera sin necesidad de pedírsela.

Los efectos fundamentales de la mora consisten en la indemnización de los daños y perjuicios que se irroguen al acreedor y en poner los riesgos de la cosa a cargo del deudor que incurre en ella.

Parece acentuar cada día que la mora *ex personae* solo se aplica en el derecho moderno cuando se trata de las obligaciones de plazo incierto en las cuales se requiere la previa interpelación del acreedor para producir dicho estado jurídico; pero que cuando se trata de

[175] OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. En *Comisión Reformadora del Código Civil Peruano. Op. cit.*, fascículo V, pp. 185 y 186.

obligaciones con plazo cierto, la simple estipulación del término dispensa al acreedor de practicar acto alguno para constituir en mora al deudor. Tiene lugar entonces la mora *ex re,* por aplicación del principio *dies interpellat pro homine.* He aquí la institución legislativa emitida por los Códigos Suizo, Brasileño (se refiere al de 1916) y Venezolano reformado.

El Anteproyecto imita la institución del artículo 110 del Código Español, que es también la actual institución peruana, considerando necesaria la interpelación del acreedor tanto respecto de las obligaciones de tiempo indeterminado cuanto de las obligaciones que tienen día cierto para su cumplimiento; es decir, mientras el acreedor no requiere al deudor, no está este legalmente constituido en mora, no obstante el retardo de hecho en que se hallare.

Si el acreedor no requiere al deudor, hay fundamento atendible para creer que la demora no le irroga ningún daño, y en este caso debe preferirse la solución más benévola para el deudor.

Empero, la mora *ex re* tiene lugar cuando la obligación, o la ley, lo declaran expresamente así, o cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación. Quiere decir que de un modo general la mora no se produce sino por la interpelación; pero en vista de la naturaleza del contrato o de la estipulación de las partes o de las disposiciones de la ley, la mora puede ser automática.

Es evidente, por ejemplo, que cuando de las circunstancias particulares del contrato resultare la designación del plazo, como uno de los motivos determinantes de la obligación por parte del acreedor, el retardo es mora y puede equivaler también a la inejecución; si un fabricante de juguetes ha convenido en entregar a otro una partida de ellos la víspera de Navidad, está constituido en mora por solo el transcurso del día señalado [...]».

Hasta aquí las expresiones del Doctor Olaechea.

Ahora bien, el Código Civil Peruano vigente consagra en su artículo 1333, como regla, la constitución en mora con interpelación, es decir, la mora *ex personae* y, excepcionalmente, la mora sin interpelación o mora *ex re,* aplicable a los casos taxativamente previstos por el precepto citado.

En este sentido, como expresaba uno de los coautores de este Tratado en ocasión anterior,[176] el Código mantiene, en consecuencia, el principio francés, acogido por el artículo 1264 del Código de 1852 y consagrado por el Código Civil de 1936, de la mora *ex personae: dies non interpellat pro homine* (el tiempo no interpela por el hombre). Vencida la obligación, si el acreedor no la exige, demuestra con ello que el retardo no lo afecta. Se estima, por tanto, que tácitamente está prorrogando el plazo.

Las excepciones que ha contemplado el artículo 1333 del Código vigente a la necesidad del requerimiento o intimación para constituir en mora al deudor, son las que estuvieron previstas por los dos incisos del artículo 1254 del Código de 1936. Además, la señalada por el inciso 2 del artículo 1219 del Código Civil Italiano. Y, finalmente, el caso en que la interpelación no sea posible por causa imputable al deudor.

Como se observa, si bien se mantiene, según se ha expresado, el principio de la mora *ex personae,* se amplían las causales para que opere la mora *ex re.* En consecuencia, la interpelación es innecesaria cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente; cuando de la natu-

[176] Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones.* Quinta Edición, Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. VI, p. 220. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

raleza y circunstancias de la obligación, aparece que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o practicarse el servicio fue motivo determinante para contraerla; cuando el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir la obligación; y cuando tal interpelación no es posible por causa imputable al deudor.

En el supuesto de no haberse señalado plazo, pero de la naturaleza y circunstancias de la obligación se dedujera que ha querido concederse al deudor, el juez fijará su duración, de acuerdo con el artículo 182 del Código Civil. Solo al vencimiento de este plazo señalado por el juez, el deudor podrá ser constituido en mora.

Si de la naturaleza y circunstancias se dedujera que no ha querido concederse plazo al deudor, entonces el acreedor podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Así lo ordena el artículo 1240 del Código Civil. Si el acreedor no recibe el pago después de exigírselo al deudor, podrá constituirlo en mora.

Similar principio se aplica cuando la ley, a falta de estipulación entre las partes, señala el plazo. Así, por ejemplo, en el caso del artículo 1656 del Código Civil, referente al mutuo, que prescribe que cuando no se fijó un término para el pago, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega. Vencido este plazo el acreedor estará en aptitud de constituir en mora al deudor.

18.3. Sistemas de constitución en mora

Cuando nos referimos a los sistemas de constitución en mora, lo hacemos respecto a las formas o modos que la ley prevé para crear el estado moratorio. Sin embargo, tal explicación requiere efectuarse distinguiendo la mora del deudor y la mora del acreedor.

En adelante nuestro análisis sobre la materia.

18.3.1. Respecto a la mora del deudor

18.3.1.1. Sistema de la mora ex personae o mora con interpelación

Ella se produce cuando la constitución en mora del deudor se realiza a través de la interpelación de este por el acreedor. De esta manera, la intimación —elemento formal— es concebida como esencial para la configuración de la mora. En suma, sin interpelación no existiría mora.[177]

En la primera parte del artículo 1333 del Código Civil se plasma la mora *ex personae,* ya que dicho numeral prescribe que «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación».

La mora *ex personae* se caracteriza por ser un sistema en el que la interpelación del acreedor al deudor es determinante para la configuración de esa situación jurídica. Por tal razón, Jorge Bustamante[178] afirma que este tipo de mora concibe a la intimación —elemento formal— como esencial para el nacimiento de la mora del deudor. En suma, precisa el citado autor, sin interpelación no existiría mora.

El requerimiento de la interpelación, como antes se expresara, ha sido consagrado como regla en el Derecho Peruano.

La mora *ex personae* tiene como fundamento la teoría de la prórroga tácita del plazo, ya que si el acreedor, vencida la obligación, no le exige al deudor su cumplimiento, se entiende que aquel le está otorgando a este un plazo de gracia, es decir, está prorrogando tácitamente el plazo de cumplimiento de la obligación.

---

[177] Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Sexta Edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973, pp. 98 y 99.

[178] Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, pp. 98 y 99.

Llambías[179] considera que la mora con interpelación o mora *ex personae* está impuesta por la necesidad de clarificar la situación de las partes, con la finalidad de que entre ellas reine la buena fe. De ordinario, las relaciones entre acreedor y deudor se mantienen en un terreno amistoso que autoriza a relegar a un segundo plano los derechos estrictos del acreedor. Entonces, es justo que cuando este desea hacer valer sus derechos, lo haga saber categóricamente exigiendo el pago al deudor, a fin de que el último sepa a qué atenerse. Por el contrario, no parece justo que se compute un comportamiento del deudor, si bien indebido, consentido por el acreedor, para agravar la responsabilidad de aquel cuando el acreedor desea efectuar tal consideración, pues desde que ese comportamiento se manifiesta, no tiene más que recurrir a un acto preciso, el requerimiento de pago, que sirve para clarificar las relaciones de las partes y deslindar la postura jurídica de cada una de ellas; o de otra manera pactar expresa o tácitamente que el mero incumplimiento del deudor importará su constitución en mora.

Por su parte, Alejandro Biedma[180] refiere que el principio de la interpelación al deudor para su constitución en mora, se basa en otro más amplio, que es el del *favor debitoris,* es decir que, en caso de duda, se establece que el juez debe pronunciarse por la liberación del deudor.

Agrega el autor citado que el principio del *favor debitoris* fue puesto en su debido lugar por Von Ihering, al advertir que: «lo que hay en todo ello de más temible y vejatorio, no es la imperfección en que se encuentra, sino el sentimiento amargo de que el derecho bueno pueda ser pisoteado sin que existan medios para remediarlo».

[179] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 134.
[180] Biedma Schadewalt, Alejandro M. *Op. cit.*, p. 38.

Asimismo, íntimamente relacionado con este principio, se aduce el argumento de que el deudor es la parte económicamente más débil de la relación contractual. Al respecto, Alejandro Biedma[181] considera que esta posición no tiene mayor asidero en la realidad, ya que la vida social misma la desmiente en muchos casos. Así, tenemos por ejemplo: Cuando el asalariado reclama su remuneración al empleador incurso en mora; en el supuesto de que el acreedor sea un pequeño ahorrista de un depósito a plazo fijo frente a la institución bancaria deudora; el jubilado o pensionado, acreedores de una suma modesta por concepto de jubilación y pensión frente al Estado Nacional, provincia o municipalidad, siendo estos los deudores, que además y como deudores privilegiados, fijan el día en que el jubilado ha de cobrar y el monto que habrá de percibir como beneficio jubilatorio.

Héctor Lafaille,[182] por su parte, entiende que los partidarios de la mora *ex personae* fundamentan su posición en las graves consecuencias que origina, para el deudor, la situación de mora. En este sentido, ejemplo de una consecuencia extrema es el hecho que el deudor que se encuentra en una situación de mora puede —en algunos supuestos— responsabilizarse por el caso fortuito y la fuerza mayor (artículo 1336 del Código Civil Peruano). Por tal razón se ha juzgado equitativo interpelar al deudor, brindándole así la oportunidad de ejecutar su prestación y de eximirse de consecuencias tan serias.

Sin embargo, Lafaille no se considera entre aquellos que apoyan el sistema de la mora con interpelación, ya que opina que más allá de las consideraciones teóricas que estos señalan en respaldo de su posición, que en realidad son débiles, suelen aducirse motivos de orden práctico, entre ellos la dificultad de suprimir un temperamento pro-

[181] Biedma, Alejandro. *Op. cit.*, p. 38.
[182] Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo I, p. 160.

fundamente arraigado en sus costumbres, aun más si tomamos en cuenta que el interesado puede eliminar el extremo, insertando en la convención una cláusula contraria.

Marty[183] opina, respecto a la mora *ex personae,* que es comprensible su utilidad cuando no se ha fijado fecha para el cumplimiento de la obligación. Por lo que sería necesario que el acreedor reclame lo que se le debe y, de esta forma, advierta al deudor que se halla constituido en mora.

Esta afirmación refleja que el citado autor entiende el sistema de constitución en mora con interpelación de manera restrictiva, ya que solo la considera necesaria en tanto no exista un plazo determinado para que el deudor cumpla con su obligación.

Por otro lado, consideramos pertinente que el sistema de constitución en mora con interpelación o mora *ex personae,* sea analizado vinculándolo con el tema de «Mora y lugar de cumplimiento».

Esto en razón de lo previsto por el artículo 1238 del Código Civil, el cual señala que «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso [...]».

De esta manera se establece como regla general que el lugar de pago de la obligación es el domicilio del deudor y, como excepción, que el pago se realice en lugar distinto.

Al respecto, es preciso advertir que, por el momento, nos limitamos a lo hasta aquí expresado, ya que el tema será objeto de análisis cuando estudiemos la mora y el lugar de cumplimiento.

[183] Marty, G. *Op. cit.*, p. 40.

18.3.1.2. Sistema de la mora ex re o mora sin interpelación

Este tipo de mora —también conocida como mora automática— no requiere que el acreedor, una vez vencido el término fijado para el cumplimiento de la obligación, intime al deudor, ya que el simple paso del tiempo interpelará por el hombre.

La mora *ex re* es admitida en nuestro Derecho con carácter excepcional, pues ella solo opera en los supuestos taxativamente previstos por los cuatro incisos consignados en la segunda parte del artículo 1333 del Código Civil.

A continuación, pasamos a detallar cada uno de los casos en los que rige el sistema de la mora *ex re* en dicho Código.

18.3.1.2.1. Mora automática cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente

En la segunda parte del artículo 1333 del Código Civil se enumeran una serie de supuestos que configuran la mora *ex re.* Así, el inciso primero prevé la situación de mora sin necesidad de interpelación cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

Sin lugar a dudas, se trata del supuesto más representativo de la mora automática de pleno derecho o *ex re.*

No solo eso, sino que es también el caso más común al que las partes recurren para tal efecto. Si comparamos su frecuencia con aquellos otros supuestos de mora automática, es sin duda el más relevante aquel en el cual las partes deciden —ellas mismas— que el solo paso del tiempo sí interpela por el hombre.

Además, se presenta habitualmente en la contratación escrita, en masa o en la contratación mercantil, en donde el propio Código de Comercio —como vimos oportunamente— la constituye en regla.

Para un análisis más detallado del tema, nos ocuparemos en primer lugar del supuesto de la mora automática por disposición expresa de la ley o mora legal, y luego de la mora *ex re* establecida por pacto expreso entre las partes.

18.3.1.2.2. Mora legal

La mora legal, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil, tiene lugar en las hipótesis expresamente previstas por el ordenamiento jurídico. En efecto, la ley, en ciertas situaciones particulares, prescinde del requerimiento del acreedor para la constitución en mora del deudor.

Existe un repertorio de situaciones en que se produce el supuesto de mora legal. A continuación exponemos algunos ejemplos en que ella se configura dentro del ordenamiento jurídico peruano.

El artículo 430 del Código Civil, referente a la patria potestad, dispone que el saldo que resulte en contra de los padres, produce intereses legales desde un mes después de la terminación de la patria potestad. Esta norma constituye un supuesto de mora automática por mandato de la ley, pues el simple transcurso del tiempo (un mes después de la terminación de la patria potestad) origina la deuda de intereses legales, por parte de los padres, la misma que, teniendo en cuenta que ha concluido la patria potestad, sería de intereses legales moratorios.

El artículo 78 de la Ley General de Sociedades, por su parte, prescribe que «El accionista debe cubrir la parte no pagada de sus acciones en la forma y plazo previstos por el pacto social o en su defecto por el acuerdo de la junta general. Si no lo hiciere, incurre en mora sin necesidad de intimación». De la lectura de esta norma se desprende que se trata de un caso de mora legal (automática).

El artículo 200 de la misma Ley General de Sociedades, relativo al derecho de separación del accionista, prevé en su antepenúltimo párrafo que «[...] La sociedad pagará los intereses compensatorios devengados entre la fecha del ejercicio del derecho de separación y el día del pago, los mismos que serán calculados utilizando la tasa más alta permitida por ley para los créditos entre personas ajenas al sistema financiero. Vencido dicho plazo, el importe del reembolso devengará adicionalmente intereses moratorios [...]». Aquí claramente aparece un supuesto de mora automática prevista por la ley.

18.3.1.2.3. Mora convencional

Esta hipótesis de mora automática se origina por voluntad de las partes. Son estas las que pueden convenir libremente, en ejercicio de su autonomía contractual, que el solo incumplimiento del deudor en el plazo previsto, independientemente de toda interpelación, lo constituya en mora.

En este sentido, Jorge Joaquín Llambías[184] considera que la constitución en mora no es de orden público, por lo que la supresión de la exigencia de la interpelación no atenta contra la moral ni contra las buenas costumbres. Por esta razón no habría impedimento alguno para que las partes establecieran un régimen de constitución en mora más riguroso para el deudor que el sustentado en la interpelación.

Además, agrega el citado autor, como el pacto de mora automática significa una renuncia anticipada por parte del deudor a que se le efectúe el requerimiento, es decir, un sistema menos benigno para este —a quien en caso de duda se tiende a favorecer—, la ley exige que ese pacto sea expreso; ello, con la finalidad de que la voluntad derogatoria del requisito de la interpelación se manifieste claramente.

---

[184] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 151.

De lo que se desprende que toda duda al respecto implica la exclusión del pacto especial, manteniéndose el principio de la mora *ex personae.*

Finalmente, precisa anotarse que no todas las legislaciones exigen que el pacto de mora *ex re* entre las partes sea expreso. Al respecto, Larroumet[185] señala que, puesto que la exoneración de la interpelación deroga un principio, hubiera podido admitirse que debía ser expresa y que no podía deducirse de circunstancias o de ciertas estipulaciones no explícitas. Sin embargo, la jurisprudencia francesa se ha mostrado aquí aun liberal, pues ha considerado que podía deducirse de ciertas disposiciones contractuales que el acreedor no tenía que poner al deudor en mora de ejecutar una obligación, ya que los jueces interpretan soberanamente la voluntad de los contratantes a este respecto. Así, la estipulación según la cual se debe entregar un bien o se debe realizar un servicio una vez concluido el contrato, dispensaría al acreedor de la constitución en mora. La solución puede explicarse por el hecho de que el requerimiento supone un plazo otorgado al deudor y que, si el acreedor lo deja pasar sin exigir la ejecución, ello significa que lo prorrogaría tácitamente. Por el contrario, cuando no se ha estipulado ningún término, el acreedor espera obtener una ejecución inmediata y resultaría demasiado oneroso obligarlo a constituir en mora al deudor desde la celebración del contrato.

18.3.1.2.4. Mora automática derivada de la naturaleza y circunstancias de la obligación

Este supuesto de mora *ex re* se halla expresamente plasmado en el inciso segundo del artículo 1333 del Código Civil, el mismo que prescribe que no es necesaria la intimación para que la mora exista: «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».

[185] Larroumet, Christian. *Op. cit.*, p. 100.

Según expresa Jorge Joaquín Llambías,[186] a este supuesto se le denomina mora *ex re,* ya que el cumplimiento del deudor resulta jurídicamente por imperio de la naturaleza de las cosas, es decir, de la obligación de que se trata.

Su fundamento radica en la interpretación de la voluntad de las partes, pues se considera que estas han entendido que por fuerza de la naturaleza de la obligación, el pago en el momento oportuno era tan importante que su omisión debía llevar aparejada la responsabilidad del deudor. Por tal razón, se suele decir que hay, en este sentido, una estipulación tácita de mora automática, sin que en realidad exista, naturalmente.

Según Llambías, para que se produzca este tipo de mora se debe presentar, en primer lugar, la situación en la que el deudor debe tener conocimiento de la importancia que reviste el pago puntual de la prestación para el acreedor. Si no fuera de esta manera, fallaría el consentimiento del deudor, tácitamente prestado, para someter este aspecto de la obligación a un régimen más riguroso que es el relativo a la mora *ex personae.*

En segundo lugar, el conocimiento referido ha de ser contemporáneo a la constitución de la obligación. Desde su nacimiento, la obligación está sujeta a un régimen uniforme que no puede ser variado por voluntad de una sola de las partes.

Respecto de la norma bajo comentario, la doctrina consigna los siguientes ejemplos: la construcción de un pabellón para una exposi-

[186] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones,* tomo I, p. 153.

ción, que indudablemente debe ser terminado para el día señalado, y en defecto de lo cual no es necesario requerimiento alguno para constituir en mora. Igualmente, el transporte de mercaderías a un barco que debe partir en fecha determinada. Un préstamo solicitado para solventar una obligación bancaria que tiene un plazo cierto para ser pagada. Los servicios de una orquesta contratada para una boda. Un chofer de limosina cuyos servicios se contratan para transportar a una novia a la iglesia a una hora determinada, etc.

Son estas obligaciones sometidas a lo que en doctrina se denomina plazo esencial, es decir, con determinación perentoria del tiempo de cumplimiento. En palabras de Cazeaux y Trigo Represas,[187] en estos supuestos la mora surge de la propia modalidad de la obligación, sin necesidad de una interpelación especial.

Mariano Gagliardo[188] sostiene que las hipótesis de obligaciones sujetas a un plazo esencial, configuran aquellos casos en los cuales el incumplimiento relativo (mora) asume el carácter de inejecución absoluta, total o definitiva, por lo cual ni siquiera es necesario la interpelación.

Asimismo, el citado autor señala que con respecto al plazo esencial, el Código Civil Italiano (artículo 1457), a diferencia del ordenamiento argentino, dice: «Si el término fijado para la prestación de una de las partes debiese considerarse esencial en interés de la otra, salvo pacto o uso en contrario, sin siquiera exigir su ejecución a pesar del vencimiento del término, deberá dar noticias de ella a la otra parte dentro de tres días. En su defecto, el contrato se entenderá resuelto de derecho, aunque no se hubiese pactado expresamente la resolución».

---

[187] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 122.
[188] Gagliardo, Mariano. *Op. cit.*, pp. 19 y 20.

Para Gagliardo, la esencialidad del término depende de la voluntad y necesidad del acreedor de recibir la prestación en la forma oportuna, pues si fuese extemporáneamente cumplida, resultará irrelevante para el interesado. Es decir, agrega, el cumplimiento en cierto tiempo integra la voluntad del acreedor como elemento fundamental de la estructura del acto, motivo por el cual el plazo esencial adquiere carácter de extintivo o resolutorio.

Gagliardo considera que el plazo convenido —como móvil determinante— puede ser originario al acto o bien incorporado ulteriormente por ambas partes, pero nunca puede ser introducido en forma unilateral por una de ellas.

En todo caso, concluye, la carga de la prueba respecto de la existencia del plazo corresponde a quien lo alega, pues en el supuesto de duda la obligación se considerará pura y simple.

De lo expresado en torno a las obligaciones sometidas a plazo esencial, se tiene que la falta de cumplimiento en el tiempo pactado o que surgiera de la naturaleza y circunstancias de la prestación debida, puede ocasionar el incumplimiento definitivo y total y no el mero retardo, aunque materialmente la prestación asumida pudiese efectuarse después de vencido el plazo.

Lo manifestado se percibe con nitidez en el ejemplo propuesto de la contratación de una limosina con el objeto de que transporte a la novia a la iglesia a una hora determinada; si la limosina no cumple con llevar a la novia el día y a la hora indicada, no habrá retraso, sino incumplimiento definitivo, por lo que no se configurará la mora del deudor.

En este sentido, es evidente que el transporte puede efectuarse en cualquier otro momento; sin embargo, para el acreedor ello carecerá de interés, si no se efectúa de modo de poder llegar a la hora determinada para contraer matrimonio.

Pero todos los ejemplos citados de plazo esencial se encuentran en la línea divisoria entre la mora y el incumplimiento definitivo. Es más, creemos que resultaría difícil sostener que en ellos habría mora.

Estimamos, para que el deudor se encuentre en mora y no en incumplimiento definitivo, que todavía debe estar presente el interés del acreedor en la ejecución de la obligación por el deudor.

Por ejemplo, si un banco contrata a un pintor de nota para la elaboración de un óleo con el rostro del fundador de la institución, a ser colocado en el hall principal y develado el día de la inauguración de su nueva sede central, y el deudor incumple con entregarlo en fecha oportuna.

En este caso el banco seguiría interesado en obtener el cuadro, pues más allá de no haber podido inaugurar el edificio exponiéndolo, será importante colocarlo, aunque sea posteriormente, para rendir permanente homenaje a quien tuvo la visión de fundar esa institución.

18.3.1.2.5. Mora automática derivada de la manifestación negativa del deudor para cumplir con su obligación

Según la tesis de Cazeaux y Trigo Represas,[189] lo prescrito por el inciso tercero del artículo 1333 del Código Civil Peruano constituye un supuesto similar a la mora *ex re*, en el sentido de que hay mora automática «Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación», caso asimilable al que describen los autores citados «Cuando el obligado ha manifestado que no cumplirá la obligación».

[189] CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, p. 122.

Pero, ¿en qué momento debe producirse la negativa del deudor? Si la negativa se manifestase antes de vencer la fecha de cumplimiento de la prestación debida, todavía no habría mora, en la medida en que podría cambiar de parecer hasta la fecha de pago, y proceder, en esta fecha, a pagar la deuda.

Entonces, resulta obvio que la negativa anticipada no será sinónimo de incumplimiento ni de mora automática.

Ahora bien, si luego de la negativa expresa de pago continuara la inacción del deudor y venciese la fecha de pago, inmediatamente después de tal vencimiento se configuraría la mora automática.

Si la negativa del deudor se manifestara una vez vencida la fecha de pago, se produciría el supuesto de mora automática en el momento en que dicho deudor pusiese en conocimiento del acreedor su negativa al cumplimiento. Aquí ya no habría ningún tiempo de espera.

18.3.1.2.6. Mora automática cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor

Este caso está previsto por el inciso cuarto del artículo 1333 del Código Civil Peruano, al establecer que hay mora automática «Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor», o sea cuando el acreedor no ha podido interpelar al obligado porque causas atribuibles a este lo hicieron imposible.

La doctrina cita como ejemplos, el de un deudor que se ausenta sin hacer conocer su nuevo domicilio al acreedor; o el de un deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, entre otros supuestos.

Sin embargo, nosotros no nos encontramos necesariamente de acuerdo con los ejemplos a los que usualmente se refiere la doctrina.

Entendemos como requisito necesario para que se presente el supuesto analizado, que exista culpa en el deudor, y precisamente que esta culpa determine la imposibilidad de intimarlo.

Entonces debe existir una relación de causalidad entre la culpa del deudor y la imposibilidad de intimación.

Así, si el deudor debía pagar en su propio domicilio, para constituirlo en mora el acreedor deberá previamente intentar cobrarle allí. Si el deudor se ausentase de dicho domicilio, sería de aplicación lo dispuesto en el contrato, si se fijó domicilio contractual, o lo prescrito por el último párrafo del artículo 40 del Código Civil, en el sentido de que el cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable.

Entonces, en lo que respecta al cambio de domicilio, deberá tratarse de un supuesto de tal significación que determine la imposibilidad para el acreedor de intimar a su deudor, no obstante utilizar todos los mecanismos que para el efecto le franquea nuestro ordenamiento jurídico, lo que incluiría, desde luego, notificarlo judicialmente por periódico.

Tampoco asumimos el caso del deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, porque la muerte no es un hecho imputable al deudor, a menos que haya sido causada intencionalmente por el propio deudor (suicidio).

Por último, cabe preguntarnos si el supuesto de mora automática que venimos tratando es, en efecto, uno de mora automática, o si, por el contrario, es uno de mora por intimación o requerimiento.

Pensamos que se trata de un caso que se encuentra en el limbo entre las dos clases de constitución en mora, pues en realidad ella no se produce de manera automática, ante un evento ajeno al actuar del

acreedor. Esta mora se genera luego de que el acreedor ha realizado las gestiones e intentos necesarios para constituir en mora a su deudor, y después que dichos intentos resulten infructuosos. En consecuencia, no es automática, pues al menos requiere que el acreedor haya intentado intimar a su deudor.

18.3.1.3. Mora objetiva y su relación con la mora automática

Como fue dicho en oportunidad anterior, algunos autores sostienen la existencia de la denominada mora objetiva, que según ellos es aquella que se caracteriza por carecer del factor de imputabilidad, es decir que no necesita de la presencia del dolo o la culpa para que se configure. Nos hemos referido a este tipo de mora al tratar sobre la clasificación de la misma de conformidad al factor de imputabilidad.

El tema requiere ser vinculado aquí con la mora automática o mora *ex re*, es decir, con aquella que no exige interpelación, pues ciertos autores[190] suelen confundir las expresiones mora objetiva y mora automática, utilizándolas de manera indistinta, como si fueran sinónimas.

Sin embargo, ello constituye un error, ya que la mora automática o mora *ex re* se caracteriza, como anotamos oportunamente, por no necesitar de la interpelación para que se configure como tal. En cambio, la mora objetiva no requiere la presencia de los elementos subjetivos de culpabilidad.

En este sentido, teóricamente hablando, esas clases de mora no son excluyentes, pudiendo existir una mora sin culpa (objetiva), o

---

[190] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 236. Cita a José Ignacio Cano como ejemplo de autores que confunden estos tipos de mora, ya que denominan mora automática a los supuestos que, en el Derecho Español, se reputan como casos de responsabilidad objetiva.

una mora automática (sin interpelación), pero de naturaleza esencialmente culpable.

18.3.2. Respecto a la mora del acreedor

Existen dos formas de constitución en mora del acreedor.

18.3.2.1. Sistema de las ofertas reales

En este caso se produce la mora *credendi* como consecuencia de que el deudor formule un ofrecimiento serio, real, oportuno, efectivo e íntegro, de cumplir la prestación y el acreedor rehúse aceptarlo, demostrando su falta de cooperación con el *solvens*.

Sin embargo, cabe precisar que el sistema de las ofertas reales exige, precisamente, que el deudor ofrezca al acreedor cumplir con la prestación debida, ya sea porque ha concluido con su elaboración y requiere entregarla, o porque resulta necesaria la participación del acreedor para que el deudor pueda ejecutarla.

Sin duda, el sistema de las ofertas reales se aprecia de manera más nítida cuando el deudor ya ha culminado con ejecutar la prestación y lo único que falta para que se complete el proceso de ejecución es la entrega propiamente dicha.

Para tal efecto, vamos a citar un ejemplo que con dos variantes ilustrará lo que venimos afirmando.

Si un personaje famoso hubiese contratado con un pintor la elaboración de un cuadro con su rostro, el mismo que deberá ser producido sin la presencia de dicho personaje, resultará factible que el pintor ejecute la obra y la concluya sin la participación del acreedor, pudiendo llegar a ofrecer entregársela inmediatamente después de terminada.

Sin embargo, el pintor se encontraría en situación distinta si se hubiese obligado a pintar el cuadro con la presencia física del personaje famoso. En este caso, es claro que no podría elaborar el cuadro si el personaje incumple con asistir a posar.

No obstante ello, el pintor sí podría constituir en mora a su acreedor, mediante el sistema de las ofertas reales, no porque le esté ofreciendo entregar el cuadro terminado, sino por ofrecerle elaborarlo, para cuya ejecución resulta indispensable la presencia física del acreedor, esto es un deber de cooperación.

Así, es evidente que desde el momento mismo en que el pintor requiere a su acreedor para que pose, y este no cumple con hacerlo, quedará constituido en mora.

18.3.2.2. Sistema de la consignación judicial

Según este sistema, el único vehículo válido para constituir en mora al acreedor sería mediante la consignación judicial del bien. El solo ofrecimiento, por más serio y oportuno que fuere, no constituiría en mora al acreedor.

Nosotros no compartimos el criterio de que solo pueda constituirse en mora al acreedor en virtud del sistema de la consignación judicial, pues como ha sido estudiado oportunamente la consignación solo es un mecanismo de carácter voluntario u optativo, al cual puede recurrir el deudor si lo tiene a bien y si se cumplen todos los requisitos previstos por la ley para que proceda consignar.

Con lo expresado ponemos nuevamente de relieve el carácter meramente voluntario de la consignación, lo que nos conduce a afirmar que ella integra solamente un medio más para constituir en mora al acreedor, en adición al sistema de las ofertas reales, del que antes nos hemos ocupado.

Es importante agregar que el mecanismo de la consignación en el Perú no pasa por una acción directa, vale decir que se requiere, previamente, haber realizado un ofrecimiento de pago, ya sea judicial o

extrajudicial, conforme a los supuestos previstos por el artículo 1252 del Código Civil Peruano, que comentáramos al analizar el referido tema.

Independientemente de las críticas que hemos formulado al precepto citado, resulta claro que no cabe consignar sin haber ofrecido, razón por la cual el Derecho Peruano ha previsto el sistema de las ofertas reales como un medio idóneo de constitución en mora del acreedor.

A modo ilustrativo señalamos que en el Derecho Italiano, para que se configure la mora del acreedor, es necesario que el deudor demuestre su diligencia para cumplir, y haya efectuado una declaración formal en el sentido de querer ejecutar su prestación mediante intimación al acreedor para que preste su colaboración. Además, se requiere que la oferta haya sido declarada válida por sentencia judicial o aceptada por el acreedor. Por último, que el acreedor haya rehusado, sin justificación alguna, recibir la prestación o cooperar con el deudor para que este cumpla con su obligación.[191]

En el Derecho Italiano existen dos tipos de oferta. La oferta real, que es una entrega efectiva de la suma debida o de la cosa. Esta clase de oferta es requerida cuando tiene por objeto dinero, títulos de crédito o cosas muebles que deben consignarse en el domicilio del acreedor (artículo 1209). En este caso, la constitución en mora del acreedor se realizaría empleando el sistema de la consignación judicial.

El segundo tipo de oferta es una interpelación intimando al acreedor a cooperar. Se aplica cuando las cosas muebles han de entregarse en lugar distinto del domicilio del acreedor, consistiendo en una intimación a este para que las reciba (artículo 1209). También, cuando la oferta consiste en una obligación de hacer, intimando al acreedor a que reciba la prestación, o cumpla los actos necesarios para que sea posible el cumplimiento de la obligación (artículo 1217). Estos casos son ejemplos de la constitución en mora del acreedor mediante el sistema de las ofertas reales.

[191] De Ruggiero, Roberto y Fulvio Maroi. *Instituzioni di diritto privato*, vol. II, pp. 97 y 98. Citado por Biedma Schadewaldt, Alejandro M. *Op. cit.*, pp. 88 y 89.

De esta manera, se aprecia que en el Derecho Italiano existen los dos sistemas de constitución en mora del acreedor: en algunos casos será de aplicación el sistema de las ofertas reales, y en otros el de la consignación judicial.

De lo expresado se infiere que en el Derecho Peruano se ha optado por el sistema de las ofertas reales para constituir en mora al acreedor, ya que el artículo 1338 del Código Civil dispone 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».

19. Supuestos controvertidos en torno a la configuración de la mora del deudor

Luego de haber estudiado los dos sistemas de constitución en mora, resulta pertinente señalar que existen casos en los que la doctrina discute la posibilidad de que el deudor incurra en mora, sea *ex personae* o *ex re*. En otros casos, y aquí sin debate, o cesa el estado moratorio o no procede la constitución en mora, o solo puede constituirse en mora a partir de un acto determinado.

En adelante los supuestos más representativos.

19.1. Obligaciones de no hacer

La posición de la doctrina mayoritaria, respecto a la posibilidad de configuración de la mora en las obligaciones de no hacer, considera que aquella es ajena a esta clase de obligaciones. En tal sentido, se

entiende que en estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar.

Al sustentarse esta tesis se aduce que ella constituye la sana doctrina y la regla legislativa uniforme, salvedad hecha del artículo 961 del Código Civil Brasileño de 1916, precepto que se refiere expresamente a la mora en las obligaciones de no hacer.

Al respecto, Enneccerus, Kipp y Wolff[192] advierten que la mora, por su naturaleza, se excluye en cuanto a los deberes de omisión, señalando que ella es propia solo de las obligaciones de «entregar o hacer alguna cosa». Señalan, sin embargo, el precepto excepcional contenido en el Código de Brasil de 1916.

Se observa, empero, que los propios tratadistas brasileños critican el artículo 961 de dicho Código.

Así, Antonio José de Souza Levenhagen[193] expresa que la doctrina, de modo general, reprueba la norma, porque en las obligaciones de no hacer no se puede hablar de mora o de retraso. Trátase, señala, de inejecución. La obligación no es de hacer sino de omitir. Practicado el acto que la parte se ha obligado a no ejecutar, queda configurada la infracción. No cabe, por tanto, la sanción por mora, porque no ha habido demora ni retraso. Existe, simplemente, una infracción a lo pactado desde el momento en que se practica el acto positivo que no debía ejecutarse.

En consecuencia, el resarcimiento corresponde a la inejecución y no al retraso. Para que se configure la inejecución no será necesaria la

[192] Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, vol. II, tomo I, p. 51.

[193] Levenhagen, Antonio José de Souza. *Código Civil, Comentários Didácticos. Dereito das Obrigaçoes.* Sao Paulo: Editora Atlas S.A., 1978, p. 120.

notificación o interpelación previa. Practicado el acto positivo, automáticamente se configurará la infracción de la obligación negativa.

Tal infracción en las obligaciones de no hacer, añade el autor citado, constituirá necesariamente una inejecución parcial o total. Podría, según la naturaleza de la prestación, volverse las cosas a como eran antes de la infracción o no. Pero en ningún caso sería lícito hablar de retraso, elemento esencial en la mora del deudor.

En esta línea de pensamiento se halla Manuel Albaladejo,[194] quien considera que la mora solo es posible en las obligaciones de dar o de hacer, ya que en las de no hacer, la realización de lo prohibido constituye incumplimiento y no retraso.[195] El Código Civil Español contempla como casos de mora a los «obligados a entregar o hacer alguna cosa». Y, por ejemplo, el artículo 1222 del Código Civil Italiano llega a decir explícitamente que «las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer; todo hecho realizado en violación de esta, constituye de por sí incumplimiento».

Larroumet,[196] por su parte, señala que el artículo 1445 del Código Civil Francés admite que en caso de inejecución de una obligación de no hacer, el solo hecho de la contravención obliga al deudor

[194] Albaladejo, Manuel. *Op. cit., Derecho de Obligaciones*, vol. I, tomo II, pp. 185 y 186.

[195] En el mismo sentido, José Puig Brutau (Puig Brutau, José. *Op. cit.*, pp. 488 y 489) precisa que es necesario, para la aplicación del artículo 1100 del Código Civil Español, que la prestación que ha de realizar el deudor sea de contenido positivo, esto es, que se trate de una obligación de dar o de hacer. En las obligaciones de contenido negativo, o de no hacer, todo retraso en el cumplimiento es al mismo tiempo un efectivo quebrantamiento de lo debido. Como dice el mismo artículo, incurren en mora «los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación».

[196] Larroumet, Christian. *Op. cit.*, p. 102.

a la reparación, sin que sea necesario constituirlo en mora. Si yo me comprometo a no hacerle competencia a alguien, y no cumplo con mi obligación, no se ve en qué podrá ser útil para mi acreedor constituirme en mora para obtener el pago de daños y perjuicios, puesto que ya se ha consumado la inejecución.

Dentro de esta corriente de pensamiento se encuentra La Cruz Berdejo,[197] quien opina que el retraso en cumplir una obligación solo se produce en relación a las obligaciones positivas: las negativas se cumplen o incumplen, pero no se cumplen tarde.

Lo que algunos llaman cumplimiento tardío de una obligación negativa, afirma el autor, como sería el dejar de ejercer el comercio de un determinado ramo en cierta población, se resuelve, si se tarda en ello más de lo previsto, en infracción de una obligación positiva (cerrar el comercio, que continúa abierto después de la fecha pactada).

Josserand[198] también expresa que en las obligaciones de no hacer, quien contraviene un compromiso de esa naturaleza, debe daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención, no configurándose un supuesto de mora del deudor.

Posición contraria a la expuesta es sostenida en el Perú por el profesor Carlos Cárdenas Quirós,[199] quien trabaja su tesis efectuando, en primer término, una distinción en torno a las posibilidades de que se configure la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer, en función a la clase de la prestación de no hacer de que se trate.

[197] La Cruz Berdejo, Luis. *Op. cit.*, vol. I, pp. 184 y 185.
[198] Josserand, Louis. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, p. 50.
[199] Cárdenas Quirós, Carlos. «La Mora del Deudor en las Obligaciones con Prestación de no Hacer». *Thémis*, Segunda Época, n.º 12, 1988, pp. 72-77.

Así, nuestro distinguido colega en la cátedra considera que en el caso de las obligaciones en las que la prestación de no hacer está dada por una conducta omisiva instantánea, susceptible de agotarse en un solo acto, no hay duda que si el deudor hace lo que se obligó a no hacer, entonces se estará ante un caso de incumplimiento, razón por la cual no se podría configurar la mora.

En cambio —continúa Cárdenas—, cuando se trata de aquellas prestaciones cuya ejecución se extiende en el tiempo continuamente, resulta necesario distinguir los casos, sea que impliquen seguir con una situación de pasividad o suspender o interrumpir una situación de actividad. Así, en la primera hipótesis, la ejecución del hecho que el deudor se obligó a no hacer, constituiría un caso de incumplimiento o de cumplimiento parcial o defectuoso, según el supuesto que se trate.

En este sentido —señala Cárdenas—, habrá incumplimiento cuando la ejecución del hecho, en contravención de lo pactado, signifique la frustración definitiva del interés del acreedor. Ejemplo de esto sería el caso en el cual el deudor revela el secreto que se había obligado a no difundir.

En contraste, será solo un caso de 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. Cita como ejemplo, si el deudor se obligó a no continuar levantando una pared a más de cierta altura y hace lo contrario, caso en el cual el acreedor puede obtener la ejecución forzada de la prestación y la satisfacción de los daños y perjuicios correspondientes.

Sin embargo, precisa que una situación distinta a la descrita se suscita tratándose de las abstenciones que consisten en suspender o interrumpir una actividad, es decir, empezar a no hacer algo. En tales hipótesis la mora sí es posible, en la medida 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.

De esta manera, si el deudor se obliga a partir de determinada fecha a no continuar suministrando cierto tipo de bienes en determinada zona y durante un tiempo determinado y no inicia la conducta omisiva, podrá ser constituido en mora. De modo que si transcurre el tiempo, se configurará un caso de retraso en el cumplimiento, en tanto la ejecución aún sea posible y útil para el acreedor. En tal supuesto, el acreedor reclamará el cumplimiento de la abstención prometida, así como la satisfacción de los daños y perjuicios moratorios irrogados.

Cárdenas agrega que si el deudor cumpliese con la ejecución de la abstención prometida en el plazo pactado, pero durante el transcurso de este interrumpiese dicha abstención, se producirá un supuesto de cumplimiento parcial, pudiendo el acreedor exigir la ejecución forzada, siempre que el cumplimiento de la prestación fuera todavía útil para él.

Por otro lado, señala que si la abstención duradera fuese de carácter periódico, para establecer si cabe que se configure o no la mora, 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.

En la situación propuesta en primer término, la violación de la abstención en una oportunidad, no necesariamente afectará las restantes prestaciones singulares. En ese sentido cita un ejemplo propuesto por el profesor argentino René Padilla:[200] «la obligación de no concurrir a los actos patrióticos del 9 de julio durante 5 años». Indica

[200] Padilla, René. Citado por Cárdenas Quirós, Carlos. *Op. cit.*, p. 75.

Padilla que si el deudor incumple la obligación el primer año o en otro posterior, ello supondrá la inejecución total de esa prestación singular. La mora estará excluida debido a la modalidad de ejecución de la prestación.

En cambio, Cárdenas sostiene que si el deudor se ha comprometido a no hacer algo durante períodos con intervalos de tiempo, sin agotarse la prestación de forma inmediata, la mora puede presentarse respecto de cada prestación singular, si el deudor no cumple con hacerlo a partir del término inicial pactado, siempre que se trate de situaciones que impliquen empezar a abstenerse. En este supuesto, concluye señalando que si bien es cierto que la prestación es de ejecución duradera periódica, su cumplimiento debe extenderse durante un lapso que permita el funcionamiento de la mora.

En esta línea de pensamiento se halla Raúl Cuentas,[201] quien considera que en la actualidad es posible admitir la mora en las obligaciones de no hacer, siempre que se trate de un acto de ejecución continuada como, por ejemplo, si un comerciante se compromete a no pasar un *spot* publicitario en ningún medio de comunicación por el término de 30 días, pero este da su autorización para que salga a publicidad en los primeros diez días, y así recién a partir del undécimo día cumple la obligación; caso en el cual evidentemente hay un retardo en el cumplimiento de la obligación de no hacer, que en este caso es imputable al comerciante deudor por dolo o culpa.

Cuentas estima, asimismo, que en el ejemplo citado podría aplicarse el artículo 1333 del Código Civil vigente, por cuanto el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación de no hacer al deudor, requiriéndolo para que suspenda el *spot* publicitario en los

[201] Cuentas, Raúl. «La Mora en las Obligaciones de no Hacer». En: Diario Oficial *El Peruano*. Lima, 12 de agosto de 1997, p. B-9.

días restantes hasta la fecha señalada; pero si esta suspensión tardía resultase sin utilidad para el acreedor, será de aplicación el artículo 1337 del Código Civil.

Agrega, sin embargo, que en los actos de ejecución instantánea no es posible la mora en las obligaciones de no hacer, como por ejemplo el artista que se había comprometido a no aparecer en determinada escena y apareció, o un carpintero que se compromete a no hacer una determinada obra y la hace. En estos supuestos, naturalmente, la inejecución se ha producido y no admite otra solución que la de exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios; en esos casos la mora no se aplica por tratarse de actos de ejecución instantánea, pues todo hecho efectuado constituye, de por sí, inejecución, lo que no ocurre en los actos de ejecución continuada, en los cuales se puede producir la mora del deudor.

Por su parte, López Cabana,[202] en similar línea conceptual, expresa que es preciso reconocer la existencia de algunas obligaciones de no hacer que admiten un incumplimiento temporal, como la violación de la abstención prometida, si consistía en suspender una actividad, o continuar una inactividad, en las que tiene sentido aplicar las reglas de la mora; en las demás, que implican un incumplimiento definitivo e irreparable, no es adecuado sostener que es necesaria la interpelación para hallar incurso en mora al deudor. La reparación subroga, sin más, la prestación incumplida, y queda descartado el examen de la previa constitución en mora.

Como se recuerda, posición contraria a la expuesta es sostenida por Albaladejo,[203] quien considera que si se acepta la mora en algu-

[202] López Cabana, Roberto M. *Op. cit.*, pp. 181 y 182.
[203] Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, pp. 185 y 186.

nas obligaciones de no hacer, sería por conceptuar erróneamente como de no hacer alguna obligación que es realmente de hacer.

Cita como ejemplo el caso en el cual A, que tiene funcionando un comercio que compite con el de B, se obliga hacia este a no ejercer cierto tipo de actividad durante un año —tiempo en el que B confía hacerse una clientela—, que deberá computarse a partir del próximo mes. La fecha llega y A aún no cesa en su ejercicio, retrasando, de esta manera, el cumplimiento de su obligación; la misma que luego le será exigida a través de la imposición de un año de inactividad, computado a partir de la fecha del comienzo efectivo de esta. En tal sentido, puntualiza Albaladejo, podría pensarse que hay demora de una obligación de no hacer —la de no ejercer aquella actividad comercial—; pero sería erróneo, porque lo que se retrasa es el cierre del establecimiento (conducta positiva, obligación de hacer).

Como sabemos, en esta línea de pensamiento se halla también La Cruz Berdejo,[204] quien piensa que lo que algunos llaman cumplimiento tardío de una obligación negativa, como sería el dejar de ejercer el comercio de un determinado ramo en cierta población, se resuelve, si se tarda en ello más de lo previsto, en infracción de una obligación positiva (cerrar el comercio, que continúa abierto después de la fecha pactada).

Con respecto al tratamiento normativo en el Perú, en torno a la posibilidad de la configuración de mora del deudor en las obligaciones de no hacer, el Código Civil de 1984 prescribe en su artículo 1160 que «Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157».

[204] Lacruz Berdejo, Luis. *Op. cit.*, vol. I, p. 185.

La remisión al primer párrafo del artículo 1154, excluyendo la aplicación del segundo párrafo del mismo precepto que se refiere a la mora del deudor en las obligaciones de hacer, revela la intención del legislador de excluir la mora en las obligaciones de no hacer.

No cabe duda, por ello, de la posición legislativa de los autores del Código Civil vigente.

Por lo demás, el artículo 1333 confirma esta tesis, pues solo considera como supuestos de mora los referidos a las obligaciones positivas, es decir a las obligaciones de dar o de hacer, sin mencionar las obligaciones negativas, esto es las de no hacer.[205]

Como podrá apreciar el lector, hasta este punto nos hemos limitado a recordar lo que la doctrina y la legislación de nuestra tradición jurídica señalan con respecto a la eventualidad de la constitución en mora en las obligaciones de no hacer.

Adicionalmente, hemos recordado la posición asumida por el legislador peruano de 1984 en el sentido de estimar la inexistencia de mora en dicho tipo de obligaciones.

En este punto nos corresponde emitir opinión sobre el particular.

Son claros los argumentos de la doctrina a favor y en contra de la posible existencia de mora en las obligaciones de no hacer. Creemos, por lo demás, que tanto unos como otros basan sus razonamientos en ejemplos que resultan idóneos para cada posición adoptada.

---

[205] Esta afirmación se pone en evidencia en el texto del artículo 1333, ya que en la única parte de este numeral en que se hace referencia a la naturaleza de la obligación, se expresa lo siguiente: «[...] No es necesaria la intimación para que la mora exista: [...]. 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» (el énfasis es nuestro).

Así, es evidente que no podría haber mora en una obligación de no hacer, si dicha obligación consistiera en guardar un secreto. Si el deudor revelara el secreto en público se produciría el incumplimiento total de dicha obligación, no habiendo lugar a la posibilidad de que el acreedor constituya en mora al deudor, habida cuenta que ya se habría producido la inejecución o incumplimiento total de la prestación.

Resulta obvio que la mencionada prestación habría devenido en inútil; y, como se recuerda, uno de los requisitos para que exista mora es que el cumplimiento futuro de la prestación todavía resulte de utilidad para el acreedor.

De no resultar útil, mal podríamos hablar de mora; solo restaría hablar de incumplimiento definitivo de la obligación.

Por otra parte, quienes sustentan la existencia de mora en las obligaciones de no hacer, proponen ejemplos de obligaciones de duración o de tracto sucesivo, como podría ser el caso de una empresa que se obliga a no suministrar determinados productos a ninguna otra, sino solamente a favor del acreedor.

En este tipo de obligaciones, resulta claro que la eventualidad de una ausencia de cumplimiento inmediato, o en algún lapso del plazo contractual establecido, no necesariamente determinará que se haya producido un incumplimiento de carácter definitivo o absoluto.

Será claro que en estos casos el acreedor podrá conservar todavía interés en que se comience a cumplir, aunque fuere de manera tardía o —incluso— en que se cumpla la obligación de modo parcial.

Dentro de tal orden de ideas, en la medida que no se habría perdido el elemento de la utilidad en el cumplimiento futuro, aunque tardío, de la obligación, sería posible pensar en una eventual constitución en mora del deudor.

De otro lado, debemos recordar que sobre este tema, nuestro ordenamiento jurídico, en materia procesal, da algunas luces.

Respecto a los Procesos de Ejecución, el Código Procesal Civil de 1993, posterior al Código Civil de 1984, toma en cuenta el caso de las obligaciones de no hacer, al prescribir en su artículo 684 que «[...] Se puede demandar ejecutivamente las siguientes obligaciones: 1. Dar suma de dinero; 2. Dar bien mueble determinado; 3. Hacer; y 4. *No hacer*» (el énfasis es nuestro).

El precepto citado se complementa con una normativa especial para los casos de ejecución de las obligaciones de no hacer, prevista por los artículos 710, 711 y 712. Por ejemplo, el artículo 711 establece que «[...] 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 forzadamente a su costo. Vencido el plazo, el juez hará efectivo el apercibimiento».

De lo expuesto puede deducirse una modificación a lo dispuesto por la normativa Civil en virtud de lo prescrito por la normativa Procesal Civil, pues en la primera no se contempla la aplicación de la mora del deudor en las obligaciones de no hacer y en la segunda sí se permite expresamente la ejecución forzada de este tipo de obligaciones, con lo que se aceptaría —implícitamente— la configuración de la mora del deudor en algunas obligaciones de no hacer.

Obviamente, se trata de aquellas obligaciones en las que resulte factible la ejecución de la prestación negativa, aunque sea parcial o tardíamente, por no consistir en una obligación con prestación de no hacer de ejecución instantánea y subsistir el interés del acreedor en el cumplimiento de dicha obligación.

En conclusión, del análisis del Código Procesal Civil se aprecia que, en la práctica, el acreedor puede hacer valer su derecho de crédito en cierto tipo de obligaciones de no hacer, con lo que se establece la aplicación implícita de la mora del deudor en estos supuestos, a pesar de que en la normativa civil no se contemple ni expresa ni tácitamente la posibilidad de configuración de la mora en esta clase de obligaciones.

19.2. Obligaciones de hacer o de dar, cuando resulta demasiado tarde para ejecutarlas

Respecto de este tema, Josserand[206] anota que no hay lugar a constitución en mora en las obligaciones de hacer o de dar, pero solo en los términos del artículo 1146 del Código Civil Francés, es decir cuando ya resulta demasiado tarde para ejecutarlas. Así, no se puede, cuando un artista ha faltado a su palabra y no ha participado en las representaciones para las que había sido contratado, requerirlo para que ejecute una obligación, cuya violación o incumplimiento es definitivo.

Por tanto, la mora es extraña a las obligaciones de dar cuando al tiempo de vencimiento de la obligación es imposible su cumplimiento. Por ejemplo, en las obligaciones de dar cosas ciertas, cuando se destruye el bien no fungible que constituye la prestación. Aquí estaríamos ante un incumplimiento total y definitivo que no constituye en mora al deudor, sino que lo hace responsable de los daños y perjuicios compensatorios. La interpelación, requisito para constituir en mora al deudor, carecería de objeto, pues es evidente que no podría exigírsele judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación.

En consecuencia, se demandaría el pago de daños y perjuicios en sustitución de la prestación, es decir, de la ejecución directa o en especie de la obligación; y el deudor no quedaría constituido en mora

---

[206] Josserand, Louis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 501.

con la notificación de la demanda, pues ella no podría estar destinada a exigir el cumplimiento de la obligación.

La mora sería pues extraña a esta situación jurídica.

Tampoco procedería la constitución en mora en ciertas obligaciones de hacer, cuando por el incumplimiento ya fuere demasiado tarde para ejecutar la prestación, como sería el caso, por ejemplo, en que el deudor se hubiese obligado a actuar en un teatro en un día determinado y no lo hiciere.

19.3. Obligaciones de dar sumas de dinero

El Código Civil establece en el artículo 1334 que 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; exceptuando de los alcances de esta regla a lo dispuesto en el artículo 1985.

El numeral 1334 fue incorporado en el Código a propuesta de la Comisión Revisora. Su propósito, según se desprende de su propio texto, es aclarar que en los casos en que se demanda el pago de un monto indemnizatorio, ilíquido, cuya cuantía requiera ser determinada por el juez, por ejemplo, en el caso de un incumplimiento contractual, la mora existe desde la fecha de notificación con la demanda.

Como hemos señalado en oportunidad anterior, no existe ninguna razón para interpretar que los alcances del primer párrafo del artículo 1334 del Código Civil no se extiendan a aquellos supuestos en los cuales se constituye en mora de manera extrajudicial. En ellos, al igual que en los casos en que se constituye en mora por la vía judicial, el deudor deberá pagar los intereses moratorios correspondientes desde la fecha en que fue constituido en mora y, naturalmente, sobre la suma liquidada en la resolución judicial.

El segundo párrafo del artículo 1134 exceptúa de la regla comentada lo dispuesto por el numeral 1985. Este último precepto señala, en su parte final, que el monto de la indemnización por daños y perjuicios extracontractuales devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. La excepción se justifica, puesto que cuando la deuda deriva de acto ilícito, el deudor incurre en mora automáticamente desde que comete el acto dañoso.

Sobre este particular, debemos subrayar nuestra convicción en el sentido de que en el caso de los intereses legales que se generan por los actos ilícitos, conforme a lo dispuesto por el artículo 1985, citado, no se requerirá para el devengamiento de dichos intereses, que el deudor sea constituido en mora, en ninguno de sus aspectos, es decir, ni judicial ni extrajudicialmente.

En otras palabras, para el devengamiento de dichos intereses, no es necesaria la intimación al deudor (causante del daño). Solo es necesario que se haya producido el acto ilícito. Ello equivale a que con independencia de la fecha en que se reclame el pago de la indemnización, el monto de la misma generará intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

19.4. El caso de las obligaciones recíprocas

El artículo 1335 del Código Civil Peruano dispone que en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá.

La constitución en mora se efectúa, como regla general, mediante el requerimiento judicial o extrajudicial destinado al cumplimiento de la obligación. Mal podría requerir y, por tanto, constituir en mora, quien no ha cumplido con la obligación a su cargo o no ha otorgado garantías de que la cumplirá. Este mismo principio se aplicaría a las obligaciones en que operara la mora *ex re*.

La conexión entre el cumplimiento de las prestaciones que recíprocamente se deben las partes y, sobre todo, elementales principios de equidad y de buena fe que deben presidir toda relación obligacional, se oponen a ello.

19.5. Cuando la obligación deviene en imposible o inútil

La mora tampoco tiene cabida cuando ya no puede esperarse el cumplimiento de la obligación, sea porque es imposible, sea porque es inútil para el acreedor.

En estos casos, si el deudor se encuentra en mora, ya no continuará en tal condición. La mora termina desde el momento en que la prestación resulta imposible o deviene en inútil para el acreedor. Aquí el acreedor tendrá el derecho de exigir el pago de una indemnización por los daños y perjuicios compensatorios sufridos por la inejecución total de la obligación, los mismos que también deberán estar integrados por los que se hubieren derivado del retraso moratorio del deudor en el cumplimiento de la obligación.

19.6. Obligaciones de ejecución continuada

Con relación a este tema, Josserand[207] considera que no hay lugar a constitución en mora cuando la obligación inejecutada es como la del arrendador respecto del arrendatario, una obligación continua cuya realización debe producirse en todos los instantes. Así, toda interrupción constituye un hecho consumado sobre el cual no se puede volver; hágase lo que se haga, subsiste y no podría hacérselo desaparecer.

El citado autor señala que no existe razón para afirmar que la constitución en mora sea exigida cuando la inejecución se debe a

[207] Josserand, Louis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 501.

mala voluntad o a la resistencia del deudor, pues supone que en tal caso el incumplimiento es definitivo.

Resulta evidente, de acuerdo a la conclusión a la que hemos llegado al analizar el tema de la mora en las obligaciones de no hacer, que el caso emblemático en el que resultaría factible la mora en dichas obligaciones, es el de aquellas de ejecución continuada, materia que sirve de ejemplo reiterado al sector de la doctrina que afirma su existencia.

19.7. Materia de actos ilícitos

Emiliani Román[208] considera que la mora es improcedente en la responsabilidad delictual (actos ilícitos), en la que la culpa o el dolo cometidos generan inmediatamente la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

Por su parte, Josserand,[209] en similar línea de pensamiento, expresa que la constitución en mora del deudor no es en todo caso condición *sine qua non* para la condena del mismo deudor, pues el poner a este en mora implica requerirle a que ejecute la obligación que le incumbe, lo que supondría que la ejecución fuera todavía posible. Y, desde el momento en que resulta impracticable, la constitución en mora devendría en un absurdo.

En síntesis, Josserand estima que no hay lugar a constitución en mora en materia delictual (responsabilidad civil extracontractual), por lo menos en la inmensa mayoría de los casos, pues no es de imaginar que la víctima de un accidente ponga al autor en mora para cumplir con sus obligaciones, es decir, para no causar el accidente que, por hipótesis, ha sobrevenido.

[208] Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, p. 274.
[209] Josserand, Louis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, pp. 500 y 501.

19.8. Como preludio a la condena de daños y perjuicios

Josserand[210] comenta que, según la jurisprudencia francesa, la constitución en mora no es necesaria como preludio de una condena de daños y perjuicios, sino en cuanto una de las partes persigue la ejecución de las obligaciones.

En este sentido, si ambas partes demandan la resolución del contrato, los daños y perjuicios pueden concederse a una de ellas, independientemente de cualquier constitución en mora, ya que sería contradictorio poner al deudor en mora, es decir pedirle que ejecute su prestación, y al mismo tiempo procurar la resolución del contrato, o sea, el retorno al *statu quo* anterior.

Por nuestra parte, disentimos de los comentarios de Josserand, pues el solo hecho de que el acreedor solicite al deudor su deseo de que ejecute la prestación, advirtiéndole que de lo contrario procederá a resolver el contrato por incumplimiento, implica la constitución en mora del deudor. Por tal razón, estimamos que no resulta posible sostener válidamente que este sea un caso de ausencia de intimación.

En efecto, cuando el acreedor decide resolver el contrato, usualmente requiere en forma previa al deudor para que le pague, y solo cuando recibe una respuesta negativa o un no pago procede a ejecutar el mecanismo contemplado en la cláusula de resolución contractual.

Ello obedece a que cuando las partes contratan, lo que persiguen es el cumplimiento del contrato, por lo que resultará normal que el acreedor requiera al deudor el cumplimiento de la obligación, en tanto subsista su interés en dicho cumplimiento.

---

[210] JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, pp. 501 y 502.

Es altamente probable, por tal razón, que la constitución en mora del deudor se origine antes de que el acreedor interponga una demanda de resolución por incumplimiento contractual.

20. LA MORA Y EL LUGAR DÓNDE SE DEBE EFECTUAR EL PAGO

Resulta imprescindible analizar las implicancias jurídicas y prácticas que sobre el tema de la mora y el lugar de pago se derivan de nuestra legislación, con la finalidad de adoptar una posición orgánica en torno al sistema idóneo de constitución en mora que debería imperar como regla general en el ordenamiento jurídico peruano.

Como se recuerda, en lo que respecta al lugar de pago, el artículo 1238 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1238.- «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.
>
> Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor».

Como se aprecia, la ley peruana establece que el pago debe verificarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que el acreedor deberá cobrar la deuda en dicho lugar y que no corresponde al deudor apersonarse en el domicilio de su acreedor para efectuar el pago.

La ley, sin embargo, prevé excepciones respecto a dicho principio general.

En primer término, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar como lugar de pago el que más se adapte a

sus intereses. En esta materia prevalece, obviamente, la libertad contractual o de configuración interna.

Se trataría del caso en que las partes hubieran designado, soberanamente, el lugar donde debe cumplirse la obligación. Esta designación puede efectuarse al momento de contraerse la obligación o posteriormente, aun cuando la norma establezca que el lugar del pago sea el previsto por la ley, pues el artículo 1238 del Código Civil no es imperativo, sino simplemente supletorio (norma dispositiva).

A renglón seguido se prevé como lugar de pago aquel que corresponda de acuerdo con la naturaleza de la obligación.

Si se tratase, por ejemplo, de transferir la posesión de un bien inmueble no susceptible de ser desplazado, el deudor deberá efectuar el pago en el lugar donde se encuentra el inmueble y no en su propio domicilio. Ni siquiera sería imaginable, en esta hipótesis, el pacto en contrario, pues él determinaría la imposibilidad de realizar el pago (salvo que se tratara de un pago ficto).

La situación sería diferente respecto a la transferencia de la posesión de un bien mueble desplazable, hipótesis en la cual regirían, alternativamente, las reglas previstas por el artículo 1238 del Código Civil.

La ley se refiere, a continuación, a lo que denomina «naturaleza de la obligación». Esta expresión usualmente se confunde con aquella otra que recibe el nombre de «circunstancias del caso».

En opinión nuestra, las «circunstancias del caso» se encuentran íntimamente vinculadas con «la naturaleza de la obligación».

Puede criticarse la redundancia en el empleo de ambas expresiones, pero finalmente la interpretación dependerá del modo en que la obligación fue constituida y de la forma en que ella deberá cumplirse.

Por último, la ley prevé que si el deudor ha designado varios lugares para el pago, el acreedor podrá hacerlo efectivo en cualquiera de ellos. Esta hipótesis no requiere, a nuestro juicio, de aclaración alguna.

El legislador de 1984 ha sido —como correspondía— escueto en el tratamiento del caso en que el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor, pues solo prevé —en la parte final del último párrafo del artículo 1238— que si el acreedor hubiese designado varios lugares, el deudor puede elegir cualquiera de ellos.

Por otra parte, si se estipulara que el pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor, se entiende como tal el que correspondía al acreedor al constituirse la obligación, o el nuevo, a exclusivo criterio del deudor. Si el acreedor cambia de domicilio entre el día en que se constituyó la obligación y el día del pago, el deudor tendrá el derecho, a su entera voluntad, de efectuar tal pago en el antiguo domicilio o en el nuevo.

El único problema de interpretación que podría suscitarse es el contenido en la expresión «el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor [...]». Pero insistimos en que elementales razones de lógica jurídica determinan que la ley peruana aluda al domicilio del deudor al contraerse la obligación, salvo que modificado dicho domicilio antes del pago, el acreedor lo acepte y, por tanto, exija tal pago en el nuevo domicilio.

El deudor no podría unilateralmente variar de domicilio y decidir, por sí y ante sí, que el pago se efectúe en su nuevo domicilio.

Imaginemos, para ilustrar la hipótesis, que el deudor se obliga a entregar al acreedor una flota de camiones, teniendo su domicilio, al contraer la obligación, en la ciudad de Lima. Antes del cumplimiento de la obligación el deudor traslada su domicilio a Iquitos, en plena selva amazónica. Llegado el día de vencimiento de la obligación, el

deudor pretende efectuar el pago a su acreedor en Iquitos, cuando el acreedor tiene su domicilio en Lima y va a comercializar dicha flota de camiones en esta ciudad. Ello encarecería y retrasaría la ejecución de la prestación de la que es titular el acreedor, no solo por el alto costo del flete de los camiones de Iquitos a Lima sino por la oportunidad en que estos pueden ser comercializados.

La situación sería mucho más grave si el cambio de domicilio del deudor se produjese a un país extranjero. Aquí entraría en juego, incluso, el pago de los derechos de aduana e importación (aranceles y otros), adicionales a los gastos de transporte y al mayor tiempo en que realmente quedaría cumplida la obligación.

Podemos añadir a lo expresado que en sede de Derecho Internacional Privado el artículo 2095 del Código Civil establece que a falta de ley expresamente elegida por las partes, las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento. De este modo, si el lugar de cumplimiento fuese el domicilio del deudor, ¿podría este último variarlo inconsultamente, modificando en forma unilateral la ley aplicable?

Cabe anotar, por último, que el artículo 1238 del Código Civil no recoge la integridad de supuestos que acerca del domicilio prevé el propio Código. Ello es correcto, pues el precepto no podría ingresar al tratamiento de todos los casos relativos al domicilio que se hallan consignados en otras normas del Código.[211]

Luego de haber recordado lo relativo al lugar donde debe efectuarse el pago, corresponde analizar sus efectos respecto a la idónea determinación del sistema de constitución en mora.

[211] Para mayor información sobre el tema remitimos al lector a lo expresado al analizar el lugar de pago: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, Segunda Parte, tomo V, pp. 197-216.

Al establecer la ley peruana, como regla general, que el lugar de pago es el domicilio del deudor, el acreedor deberá concurrir a dicho domicilio para cobrar su crédito. Tal concurrencia, a fin de cobrar, constituiría en mora al deudor si este no pagara y se presentaran las demás causas previstas por la ley para que esto ocurra.

Por tal razón, en aquellos casos en los que no se pacte en contra de la regla general, no parecería posible la aplicación del sistema de constitución en mora sin interpelación o mora *ex re,* sino solo el sistema de constitución en mora con interpelación o mora *ex personae.*

De acuerdo con la regla general sobre el lugar del pago que hemos analizado, difícilmente podría adoptarse la mora *ex re,* también como regla general, para la constitución en mora del deudor. Este cambio implicaría efectuar otros para que el tema funcionara con una adecuada sistemática.

En el supuesto de que las partes hubieran acordado que el pago se realice en el domicilio del acreedor, la aplicación del sistema de constitución en mora sin interpelación o mora *ex re* sería inobjetable, pues si el deudor no comparece en el domicilio del acreedor para cumplir su obligación, incurriría, de presentarse las otras causas previstas por la ley, en mora.

En síntesis, somos de la opinión que en caso de que el legislador decidiera optar por implantar el sistema de constitución en mora sin interpelación o mora *ex re,* como regla, también deberá evaluar y modificar la norma general relativa al lugar donde debe efectuarse el pago, esto es el artículo 1238 del Código Civil, con la finalidad de conservar la coherencia y armonía requeridas.

Por ello, en tal caso, la norma deberá disponer como principio general que el pago se efectúe en el domicilio del acreedor y no en el del deudor.

Así se lograría un funcionamiento lógico entre ambos dispositivos: el pago en el domicilio del acreedor —como regla—, por un lado, y la mora *ex re* —como regla— por el otro.

Planteamos estas consideraciones como un mero ejercicio académico, sin que ello implique que nos manifestemos como partidarios de modificar el actual sistema del Código Civil, el mismo que nos parece justo y arraigado en la conciencia colectiva.

Por otra parte, y continuando con nuestro ejercicio académico, corresponde estudiar cuáles serían las consecuencias que acarrearía el establecimiento de un régimen de constitución en mora sin interpelación o mora *ex re,* en caso que la obligación deba pagarse en el domicilio del deudor, y el acreedor no concurra al mismo para cobrar su crédito. Nos preguntamos si tal situación debería entenderse como constitutiva de situación moratoria en perjuicio del deudor.

Al respecto, Luis Moisset de Espanés y Ramón Daniel Pizarro[212] consideran que «en las obligaciones a plazo determinado, cierto e incierto, que deben ser cumplidas en el domicilio del deudor, la mora se produce automáticamente, siempre que el acreedor demuestre haber concurrido al domicilio de aquél, en la fecha convenida, a los efectos de prestar la colaboración indispensable para que el deudor cumpla. Si el acreedor no prueba haber cumplido con esta exigencia, no habrá mora».

Por lo expuesto, los autores citados entienden que al consistir la mora en una situación de retardo culpable, no es posible reprochar al deudor la falta de cumplimiento de su obligación, en tanto el acreedor

[212] Moisset De Espanés, Luis y Ramón Daniel Pizarro. «Reflexiones en Torno a la Mora del Deudor y el Lugar de Cumplimiento de las Obligaciones». En *El Derecho*, tomo 72, pp. 791-797.

no haya cumplido con realizar sus respectivos actos de colaboración para que se obtenga la ejecución de la prestación por parte del deudor.

Por tal motivo, agregan, si la obligación debía cumplirse en el domicilio del deudor, aunque el acreedor lo interpelase por medio de un telegrama colacionado, sin hacerse presente en el lugar convenido, no habría mora porque no hay imputabilidad en el incumplimiento del deudor.

Finalmente, dichos autores estiman que en el supuesto de que el acreedor haya concurrido al domicilio del deudor en la fecha señalada para el cumplimiento de la obligación y, a pesar de ello, el deudor no le hubiese pagado, el acreedor deberá probar haberse hecho presente en el lugar de pago, con lo que la mora automática se producirá de inmediato, a pesar de no haber interpelado formalmente al deudor.

En esta línea de pensamiento se hallan Cazeaux y Trigo Represas,[213] quienes entienden que el deudor deberá acudir al juicio por consignación solamente cuando aspire a liberarse de una obligación, pero una situación es librarse de una obligación y otra de la mora. Para librarse de esta última situación, al deudor solo le bastará con demostrar que el acreedor no prestó la colaboración necesaria para que se efectivizara el cumplimiento. Asimismo, la falta de colaboración de parte del acreedor puede ser apreciada como un comportamiento negativo, susceptible de desencadenar, inclusive, la mora del acreedor.

Compartiendo esta posición doctrinaria, López de Zavalía[214] sostiene que si el acreedor no se presenta, el deudor no caerá en mora.

[213] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 222.

[214] López De Zavalía, Fernando J. Citado por Moisset De Espanés, Luis y Ramón Daniel Pizarro. *Op. cit.*, p. 794.

Sin embargo, no estará en mora, no porque falte la interpelación, pues «interpelado estará por el almanaque, ya que la inexorabilidad de los días que transcurren se marca tanto en el domicilio del deudor como del acreedor y sus hojas caen igualmente en uno y otro lugar, sino porque no estará en culpa». Así, nunca debemos olvidar que la mora es siempre un retraso culpable.

Al respecto, Moisset de Espanés y Pizarro[215] agregan que la solución es idéntica cuando el domicilio donde deba cumplirse la obligación es el del acreedor. Este tiene el deber de colaborar con el deudor recibiendo la prestación en la fecha estipulada. Asimismo, si el deudor concurre al domicilio y no lo encuentra, la mora del deudor no se producirá.

Agregan los citados autores que sin embargo existirán diferencias en torno a la carga de la prueba en uno y otro supuesto. En este sentido, si el lugar de pago es el domicilio del deudor, será el acreedor quien deberá demostrar haber concurrido el día del pago a ese lugar, pues lo contrario implicaría someter al deudor a la casi imposible carga de probar un hecho negativo (lo que en Derecho Procesal se conoce con el nombre de «prueba diabólica»). En contraste, cuando el domicilio de pago es el del sujeto activo, será el deudor quien deberá acreditar que concurrió en la fecha pactada a materializar el pago de su deuda y no encontró al acreedor o a su representante.

Se puede apreciar que la solución que se plantea al problema implica, pues, una situación en la que el acreedor deba probar haber concurrido al domicilio de su deudor, con la finalidad de que pueda operar la mora automática; lo que definitivamente significa quitarle todas las bondades al sistema de constitución en mora sin interpelación o mora *ex re,* ya que lo fundamental aquí es que el solo paso del tiempo interpele por el hombre.

[215] Moisset de Espanés, Luis y Ramón Daniel Pizarro. *Op. cit.*, p. 794.

Entonces, al exigirse al acreedor probar su colaboración de asistencia al domicilio del deudor, para gozar de los beneficios de la mora automática, el ordenamiento jurídico estaría otorgando la posibilidad de que los beneficios de la mora sin interpelación se diluyan, con lo que su esencia como instituto jurídico se vería seriamente distorsionada, lo que, finalmente, significaría vaciar el contenido de esta institución.

En realidad, establecer un régimen de constitución en mora sin interpelación y mantener, al mismo tiempo, el principio de que el lugar de pago se realice en el domicilio del deudor, conlleva necesariamente eliminar la utilidad y finalidad práctica de la mora automática, lo que conduce a pensar que esta regulación carecería de trascendencia social.

Ello resultaría contradictorio, sobre todo si tomamos en cuenta que el Derecho debe responder a la realidad y a las necesidades sociales y no ser un obstáculo para la idónea solución de los problemas.

20.1. Algunas reflexiones en torno al principio favor debitoris, como justificación para mantener el principio general del domicilio del deudor como lugar del pago

El principio *favor debitoris,* según Hedemann,[216] constituye una modalidad especial del equilibrio social, plasmado en lo que puede denominarse el sentido humano del Derecho de las Obligaciones; con ello alude a la benevolencia encaminada a la protección jurídica del deudor.

[216] Hedemann, J.W. *Op. cit.*, p. 176.

Este principio también se sustenta en que el deudor es la parte económicamente más débil de la relación obligacional.

Al respecto, Moisset de Espanés[217] considera que en virtud del principio *favor debitoris* se entiende que «en los casos dudosos debe protegerse al deudor por ser la parte más débil en la relación jurídica obligatoria».

Dicho autor cita algunas normas que han plasmado este principio en el Derecho Argentino, entre las cuales se halla el artículo 747 del Código Civil de ese país, del texto siguiente:

> Artículo 747.- «El pago debe ser hecho en el lugar designado en la obligación. Si no hubiese lugar designado, y se tratase de un cuerpo cierto y determinado deberá hacerse donde este existía al tiempo de contraerse la obligación. En cualquier otro caso, *el lugar del pago será el del domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación*» (el énfasis es nuestro).

En este sentido, Moisset de Espanés[218] considera que el principio *favor debitoris* opera imponiendo al acreedor una conducta previa, que consistiría en trasladarse al domicilio del deudor a recibir la prestación, con lo que se ahorra al deudor un desplazamiento, e incluso los gastos en que podría incurrir para transportar las cosas objeto de la prestación.

El autor citado señala que la jurisprudencia y doctrina mayoritarias parecen olvidar la razón de ser de los dispositivos legales que fijan con carácter supletorio el domicilio del deudor como lugar de pago, y dice: «si usted permanece en su casa esperando la concurrencia del acreedor, tendrá que probar que éste no concurrió durante todo el día del vencimiento[...]». —¿Habrá quizás, como insinuaba Jorge Alterini, que mantener sentados en la puerta de calle un par de testigos o un escribano, todo el día?— «y si el acreedor no concurre deberá consignar de inmediato, de manera que el deudor, además de mantenerse en vigilia todo el día, con testigos que puedan dar fe de la inasistencia de la otra parte, tendría que trasladarse al día siguiente al domicilio del acreedor[...]».

[217] Moisset De Espanés, Luis. *Mora y Lugar de Pago en el Derecho Laboral. Crónica Forense.* Segunda Época, n.º 48, año III, mayo-junio de 1983, pp. 9-12.

[218] Moisset De Espanés, Luis. *Op. cit.*, pp. 2 y 5.

Así la norma estaría haciendo mucho más gravosa la condición del deudor.

Agrega que lo cierto es que si el lugar de pago fuese el domicilio del acreedor, u otro lugar cualquiera, al deudor le bastaría con probar el hecho positivo de su concurrencia al lugar designado; en cambio, si no estableció un sitio especial para el pago, y la ley pretende favorecer al deudor diciendo que dicho pago debe efectuarse en su domicilio, ¿acaso tiene el deudor que obrar con mayor diligencia, y tomar precauciones adicionales, para evitar el perjuicio que puede ocasionarle la falta de colaboración de un acreedor de mala fe?

Obviamente la respuesta que da al tema Moisset de Espanés es en sentido negativo.

En adición a lo expuesto, dicho jurista considera que en un fallo de la Sala Laboral del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, pareció aceptarse la doctrina correcta, pues se afirmó que si el acreedor no prueba su colaboración, es decir haberse presentado a cobrar en el domicilio del deudor, no habrá mora de este último, interpretación que no estaría en pugna con el principio *favor debitoris.*

Por nuestra parte, y en lo que respecta al Derecho Peruano, pensamos que puede criticarse con fundamento la aplicación del principio *favor debitoris* al caso que nos ocupa. Tal vez con el ánimo de favorecer al deudor, se le esté perjudicando en algunos aspectos, lo que

desde luego no nos conduce a sostener que el *favor debitoris* se convierta en un *favor creditoris*.

En esta obra hemos cuestionado la justificación que se da al principio *favor debitoris*, pues hoy en día no se observa necesariamente una supuesta desventaja del deudor con respecto al acreedor.

En la realidad se aprecian numerosos casos en los cuales la superioridad económica del deudor, respecto al acreedor, es evidente. Por ejemplo, cuando el deudor es una gran empresa, con un enorme capital, y el acreedor un pequeño empresario. Ahí es evidente que la ventaja económica la tiene el deudor, con lo que se desvirtúa la supuesta preeminencia del acreedor, y este tipo de relación es usual, no constituyendo supuestos aislados.

Podemos concluir, por tanto, que el fundamento del principio *favor debitoris* ha sido ampliamente superado por la propia realidad.

De ello se desprende que la determinación del lugar de pago no puede depender de la supuesta desventaja económica del deudor ante el acreedor.

Por tales razones desechamos los argumentos que hemos reseñado para sustentar el principio *favor debitoris*.

20.2. Algunas consideraciones finales en torno al sistema idóneo de constitución en mora. Nuestra opinión al respecto

Con referencia a la determinación de qué sistema de constitución en mora es el óptimo, expresa Moisset de Espanés,[219] con las reservas a

[219] Moisset De Espanés, Luis. *La Mora en el Código Civil de Perú de 1984*. Ponencia presentada al Congreso celebrado en Conmemoración de los Diez Años del nuevo Código Civil del Perú (Lima, septiembre de 1994), p. 5.

las que luego aludimos, que la mora automática es el régimen de constitución en mora más idóneo, pues entiende que «La mora *ex personae* choca con los requerimientos del comercio, donde la celeridad de los negocios impone como necesidad casi ineludible la mora automática; y también en el ámbito civil los procesos de inflación que sufren la mayor parte de los países del mundo occidental, especialmente cuando se presentan picos agudos, tornan muy gravosa para el acreedor cualquier demora en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias. Estas circunstancias, sumadas a la conveniencia de unificar el Derecho Privado, estableciendo normas aplicables tanto a las obligaciones civiles, como a las comerciales, nos inclinan a pensar que debe reemplazarse la interpelación por sistemas que consagren la mora automática del deudor, cuando se ha determinado el plazo de cumplimiento de la obligación».

En esta línea de pensamiento también se halla Ernesto Clemente Wayar,[220] quien considera que el sistema de constitución en mora que convierta a la interpelación en requisito imprescindible, conspira contra la evolución de cualquier patrimonio, pues implica un freno al ejercicio y realización de los derechos, al supeditar todo movimiento patrimonial a la previa actividad del acreedor. Igual defecto acusa la tesis que pretende imponer al acreedor la carga probatoria, ya que contraría la dinámica con que debe funcionar todo patrimonio (individual o colectivo) en la sociedad de nuestros días.

Nosotros no desconocemos, por cierto, que la importancia de la mora *ex re* o mora automática en las obligaciones cuyo plazo es determinado, fijo o cierto, radica en constituir un instrumento útil para incentivar el cumplimiento oportuno de las obligaciones, pues si el deudor se demora en pagar no se necesitará del requerimiento del

[220] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 486.

acreedor para que se configure la mora, en la medida que el solo paso del tiempo interpelará por el hombre.

Es verdad, por lo demás, que en el contexto económico actual resulta indudable que las transacciones comerciales exigen que las partes se comporten con diligencia y celeridad. El requerimiento de la interpelación para constituir en mora al deudor, podría ocasionar perjuicios al acreedor.

Podría afirmarse que si las partes, al momento de celebrar el contrato, decidieron establecer un plazo determinado, cierto o fijo, para el cumplimiento de la obligación, no existen razones para presumir que el incumplimiento no originará perjuicio alguno al acreedor. Es lícito pensar que en estos casos el retraso en la ejecución de la prestación sí ocasionará perjuicios al acreedor.

Cabe recordar, como ya lo expresáramos, que si el legislador optara por ese camino, esto es el de consignar la mora automática, resultaría necesario adaptar el artículo 1238 del Código Civil, que determina como regla que el lugar de pago es el domicilio del deudor.

No obstante lo expuesto, queremos dejar constancia expresa, por tradición jurídica y por conciencia de la colectividad, que compartimos plenamente la posición de Luis Moisset de Espanés,[221] cuando expresa que «[...] aunque los juristas suelen sostener con frecuencia que es más perfecto el sistema de la mora automática, y este sea el camino por el que se inclinan las legislaciones más modernas, no parece advertirse una necesidad imperiosa de modificar las leyes que consagran la mora *ex personae,* salvo que se proceda a unificar el Derecho Privado, sobre todo cuando su funcionamiento no provoca soluciones

[221] Moisset De Espanés, Luis. *La Mora en el Código de Perú de 1984. Op. cit.*, pp. 5 y 6.
[222] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones*, tomo I, p. 161.

injustas, porque contienen excepciones con suficiente elasticidad como para permitir a los particulares y a los jueces amoldar las relaciones obligatorias a las reales necesidades de la sociedad en que se aplican».

21. Efectos de la mora del deudor

Con respecto a los efectos de la mora del deudor, Llambías[222] considera que el efecto propio de la mora es hacer jurídicamente relevante el incumplimiento del deudor. Lo demás que se imputa al estado de mora, corresponde al mismo incumplimiento del deudor que ha quedado configurado por la constitución en mora, con o sin interpelación, según los casos.

En nuestra opinión, no puede afirmarse categóricamente que la ausencia de mora del deudor —una vez producido el incumplimiento— genere una situación jurídicamente irrelevante.

En primer término, el Derecho de Obligaciones gira en torno al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, de modo tal que no es irrelevante para el Derecho que una obligación se haya cumplido o no.

En adición, tampoco es irrelevante para el Derecho que se considere que en el plano teórico el acreedor ha concedido un plazo adicional al deudor para el cumplimiento de su obligación, pues en este caso surgirán todas las consecuencias propias de la situación de espera de cumplimiento que en su oportunidad hemos estudiado.

En otras palabras, si bien no podemos hablar de inejecución de obligaciones, sí existirá ausencia de ejecución debida en los términos pactados por las partes o establecidos en el título constitutivo de la obligación.

Para exponer didácticamente los efectos de la mora del deudor, consideramos propio analizarlos de manera singular.

21.1. Hace responsable al deudor de los daños y perjuicios que se originen

Al respecto, Llambías[223] sostiene que la mora es el primer presupuesto de la responsabilidad del deudor. Para poder exigir esta responsabilidad por los daños y perjuicios irrogados al acreedor hay que comenzar por establecer el estado de mora del deudor.

Agrega dicho autor que la mora del deudor, si su cumplimiento ulterior es factible y resulta útil para el acreedor, obliga a aquel a responder por el perjuicio que la tardanza en el pago le ha irrogado al acreedor: es lo que se denomina daño moratorio, que como una especie de daño que es, se rige por los principios generales referentes al daño.

Resulta claro que los daños y perjuicios moratorios son aquellos que se derivan desde el momento de la constitución en mora hasta la finalización del estado moratorio, entendiéndose que tal finalización no solo ocurre cuando el deudor cumpla la obligación, sino por alguna otra causa, como cuando el acreedor decide resolver el contrato o le resulte inútil el cumplimiento de la prestación debida o se pierde la prestación, o se presenta alguna circunstancia similar.

Es evidente, acogiendo uno de los supuestos citados, que a partir del momento de la resolución del contrato, el deudor ya no se encontrará en mora, pero el deudor tampoco habrá cumplido.

Sin embargo, los daños y perjuicios moratorios se circunscriben única y exclusivamente al período que jurídicamente es identificado como tal, sin que puedan ampliarse al período de demora, en sentido amplio.

[223] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 162.

Ello no significa que durante el período de demora, en sentido amplio, no puedan generarse otros daños y perjuicios que no sean los moratorios. Pero, en estos casos ellos no merecerían el calificativo de moratorios, sino de compensatorios.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff[224] las consecuencias de la mora en el Derecho común pueden ser derivadas del principio de que el deudor es responsable hacia el acreedor de todos los daños causados por la mora. El acreedor podría exigir la prestación debida y la indemnización del daño producido por la dilación. Pero si la prestación no tuviera ya interés alguno para el acreedor (o sea, si ya no sirviera para mantenerlo indemne), podría exigir que se le resarciese en metálico la totalidad del daño o, tratándose de obligaciones recíprocas, en lugar de eso, denegar su propia prestación o, si la hubiera realizado ya, pedir su restitución.

Héctor Lafaille[225] considera que los daños y perjuicios resultantes del retardo, tienden tan solo a reparar el detrimento que él origina, y pueden acumularse con los compensatorios derivados de la inejecución, cuando luego opta el acreedor por exigir la prestación y no obtiene resultado; o bien con los que a él corresponda si el contrato se rescinde.

Coincidimos plenamente con lo expresado por Lafaille, en la medida que tal como ya lo hemos estudiado, los daños y perjuicios moratorios son complementarios de los daños y perjuicios compensatorios, en tanto ambos tienden a indemnizar hechos dañosos distintos, los mismos que no se superponen, sino se complementan.

[224] Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martín Wolff. *Op. cit.*, *Derecho de las Obligaciones*, vol. I, p. 267.

[225] Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, vol. I, tomo IV, p. 165.

Por lo demás, la aplicación de los daños y perjuicios moratorios y compensatorios, se encuentra regulada con pulcritud por nuestro Código Civil, cuerpo sustantivo que acepta expresamente la acumulación de ambos.

A decir de Borda,[226] constituye uno de los efectos de la mora que el deudor esté obligado a indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que la mora le ocasione; desde ese momento correrán los intereses por las sumas que le adeude.

En lo que respecta a nuestra legislación, el artículo 1336 del Código Civil dispone que el deudor que estuviese en mora responde de los daños y perjuicios, y aun de la imposibilidad sobreviniente por causas que no le sean imputables, pudiendo sustraerse de esta última responsabilidad si prueba que el evento dañino habría alcanzado a la prestación, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo.

Debemos aclarar que el precepto citado se refiere a los daños y perjuicios moratorios, a la reparación por el retraso en el cumplimiento de la obligación, y no a los daños y perjuicios compensatorios, esto es a los que surgen de la imposibilidad sobreviniente por causas no imputables al deudor que se encuentra en condición moratoria, salvo las excepciones previstas por la propia norma.

Cabe agregar que cuando el deudor está en mora el acreedor puede exigir la prestación debida y, además, la reparación de los daños y perjuicios que produce el retraso. Por ejemplo, la indemnización por no concluirse la construcción de un edificio en el plazo estipulado o por el menor precio de los valores que no se entregaron oportunamente.

[226] BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 85.

Para la aplicación de esta regla se requiere, por cierto, que el cumplimiento de la obligación aún sea posible y que subsista la utilidad de la prestación para el acreedor. En caso contrario, ¿qué objeto tendría que el acreedor exigiera el cumplimiento de una obligación imposible o inútil?

La posibilidad de cumplimiento es una cuestión probatoria que queda a la apreciación del juez, en la misma medida en que también queda sujeta a esta apreciación decidir si la obligación resulta o no de utilidad para el acreedor.

Si la prestación todavía es útil, el acreedor no podría rehusarla y solo tendría el derecho de solicitar, adicionalmente, el pago de los daños y perjuicios moratorios.

Esto no significa que el acreedor deba esperar indefinidamente el cumplimiento de la obligación, no obstante que ello pueda ser factible. Sin embargo, si el deudor en mora se niega a cumplirla, ya sea en forma expresa, bien veladamente, con evasivas, rehusando contestar a los requerimientos del acreedor, este puede considerar válidamente que no se trata de un simple retraso, sino de una inejecución total, por lo que podrá exigir el pago de los daños y perjuicios compensatorios (argumento de los artículos 1316 y 1321 del Código Civil).

21.2. Traslada los riesgos al deudor moroso

Lafaille[227] considera que es trascendental el *periculum*, que hace gravitar sobre el obligado la pérdida o deterioro del objeto a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor: si he recibido una cosa para restituirla, y luego incurro en mora, debo siempre abonar su valor, o

[227] LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, vol. I, tomo IV, pp. 165 y 166.

entregar otro objeto equivalente; salvo que el retardo se haya originado como consecuencia de otro caso fortuito o de fuerza mayor. Asimismo, esta responsabilidad desaparece si el objeto hubiere perecido de igual modo en poder del acreedor.

Llambías,[228] por su parte, expresa que la mora opera la traslación de los riesgos que pesaban sobre la prestación (cosa, hecho, abstención) del acreedor al deudor.

El riesgo —según Llambías— es la contingencia de que la cosa debida no pueda ser entregada, que el hecho u omisión debidos no puedan ser realizados por alguna causa ajena a las partes.

Borda[229] enseña que el deudor es responsable por los daños y perjuicios que con posterioridad a ese momento sufra la cosa debida, aunque ellos se hayan producido por caso fortuito, a menos que la cosa se hubiera dañado o hubiere perecido igualmente aunque hubiese estado en poder del acreedor.

Agrega Borda que si la obligación se ha hecho de cumplimiento imposible después de la mora, el deudor debe los daños y perjuicios consiguientes, por más que la imposibilidad haya derivado de una fuerza mayor, salvo que demuestre que la cosa se hubiere perdido igualmente en poder del acreedor; pero ya no seguirán corriendo intereses moratorios.

Por nuestra parte y en relación con la denominada transferencia del riesgo originada por la mora del deudor, recordamos que la regla general en el Derecho de Obligaciones se encuentra plasmada en el artículo 1138 del Código Civil de 1984, el mismo que establece para los casos en que el bien se pierda sin culpa de las partes el *periculum*

[228] LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 162.
[229] BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, pp. 85-87.

est debitoris, lo que significa que el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere, corre a cargo del deudor.

Los fundamentos de esa norma los hemos desarrollado cuando analizamos el precepto. Por ello no vamos a ahondar sobre el tema.

Sin embargo, es pertinente precisar que cuando aludimos a la «transferencia del riesgo» en la mora del deudor, estamos haciendo referencia a que si el deudor que todavía no ha entregado el bien cierto ya ha sido constituido en mora, tal situación acarreará como consecuencia que si el bien se perdiese sin culpa de ninguna de las partes (deudor y acreedor), vale decir, que se perdiera por un caso fortuito o de fuerza mayor, o incluso si el deudor hubiese hecho todo lo posible para cumplir, pero a pesar de ello no hubiera podido hacerlo empleando la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, no es que vayamos a aplicar la regla inversa, vale decir el *periculum est creditoris;* lo que ocurrirá es que se acentuarán las consecuencias negativas en perjuicio del deudor incumpliente.

Ello implica que se seguirá aplicando *el periculum est debitoris,* pero el deudor moroso deberá responder por los daños y perjuicios moratorios y compensatorios como si el bien se hubiese perdido por culpa suya.

Lo que acabamos de explicar nos lleva a considerar que, en estricto, tal vez no debería hablarse de «transferencia del riesgo», en lo que respecta a la mora del deudor, sino de «agravamiento del riesgo».

21.3. Inhabilita al deudor moroso para constituir en mora a su contraparte

Llambías[230] considera que el estado de mora inhabilita al moroso

[230] LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *Obligaciones*, tomo I, p. 162.

para poder constituir en mora a la contraparte. Es en este contexto que los incumplimientos recíprocos se neutralizan.

En su oportunidad expresamos que la mora de una parte es excluyente de la mora de su contraparte. Ello equivale a decir que acreedor y deudor no pueden encontrarse simultáneamente en mora: o ambos no estarán en mora o solo uno de ellos lo estará.

El punto bajo análisis es mera consecuencia de lo estudiado en su momento y se rige por similares principios.

21.4. Faculta a la contraparte para exigir el cumplimiento o la resolución del contrato

Borda[231] considera que uno de los efectos importantes de la mora del deudor es que deja expedita la acción del acreedor, sea para reclamar el cumplimiento del contrato, sea para pedir su resolución.

Borda añade que la mora no obsta el deber de cumplir la obligación ni el derecho del deudor de cumplirla, mientras el acreedor no haga uso de su derecho de resolver el contrato; por ello, se ha declarado que no resulta justificada la actitud de los compradores de rechazar la posesión de un inmueble que les es ofrecida aduciendo la mora del vendedor, si al propio tiempo no hacían valer esa mora para resolver el contrato.

En esta línea de pensamiento se halla Jorge Joaquín Llambías,[232] quien expresa que la mora autoriza a la otra parte a resolver el contrato cuando se ha previsto la resolución sobre la base del incumplimiento del deudor, que incluye una facultad resolutoria implícita en los contratos con prestaciones recíprocas.

---

[231] Borda, Guillermo A. *Op. cit., Obligaciones,* tomo I, p. 86.
[232] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones,* tomo I, pp. 162 y 163.

Agrega el profesor citado, que para hacer valer la resolución del contrato es requisito previo la constitución en mora, lo que se explica porque la resolución del contrato se basa en el incumplimiento de la otra parte, y sin mora no ha quedado configurado el denunciado incumplimiento.

Lo expresado tiene como correlato el hecho de que la mora del deudor implica la prohibición para este de poder resolver el contrato.

Por nuestra parte, simplemente recordamos que la relación entre la mora del deudor y la facultad del acreedor para resolver el contrato ya ha sido materia de estudio, razón por la cual remitimos al lector a lo ahí expresado.

21.5. Podría implicar la revalorización de las obligaciones de dar sumas de dinero

Respecto a los efectos de la mora del deudor cuando se trata de obligaciones de dar sumas de dinero, Llambías[233] afirma que, de conformidad a sendos fallos plenarios emitidos por los juzgados argentinos, corresponde revalorizar una deuda de dinero en relación con la depreciación monetaria, cuando el deudor hubiere incurrido en mora.

En esta línea argumentativa se halla Messineo,[234] quien entiende que respecto a la deuda expresada en moneda, la mora del deudor tiene como efecto aumentar la importancia del daño en el caso de que disminuya el poder adquisitivo de la moneda. En este sentido debe aumentar, en proporción, el resarcimiento; esto, en derogación del principio nominalista, pero siempre que concurran todos los requisitos para que pueda decirse que el deudor está en mora y siempre que no se haya establecido convencionalmente la medida de los intereses moratorios.

---

[233] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones,* tomo I, p. 163.
[234] Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 340 y 341.

Agrega el citado autor que el mayor daño depende de la circunstancia de la desvalorización de la moneda en la cual deba efectuarse el pago; después del vencimiento, el riesgo de la desvalorización y el disminuido poder adquisitivo de la moneda debe gravar sobre el deudor en mora.

Este parecer es compartido por Cazeaux, Brebbia, Alterini, Mosset Iturraspe y Zannoni,[235] quienes consideran que en el caso de la restitución de sumas de dinero, de existir mora, la prestación deberá revalorizarse a tenor de la depreciación monetaria.

Desarrollando la opinión específica de los citados autores, observamos que Alterini entiende que si el incumplimiento de una obligación de dar suma de dinero es doloso, cabe una revalorización plena de la deuda, mientras que si el incumplimiento es meramente culpable, corresponde revalorizar la deuda solo en la medida del daño, aun presumible, que sufriera el acreedor.

Por su parte, Mosset Iturraspe afirma que debe efectuarse el reajuste aun cuando el acreedor de la restitución, a quien va a beneficiar dicho reajuste, fuera el incumpliente. Es decir, que aun la parte en mora debe recibir una moneda de valor actualizado.

Nosotros reconocemos el espíritu de justicia de los argumentos aducidos por los profesores citados.

Sin duda, una vez más se pone en debate el espinoso y siempre polémico tema del nominalismo y el valorismo.

De un lado, tenemos el nominalismo, que puede calificarse como frío o carente de sentimientos, indiferente a la fluctuación de los valores de las prestaciones dinerarias; y por otro, al valorismo, que tiene siempre presente que lo que debe pagarse son valores y no cantidades nominales, que por más que sean iguales, muchas veces consagran injusticias notorias.

[235] CAZEAUX, BREBIA, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, ZANNONI. *Temas de Derecho Civil.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1980, pp. 135-137.

Pero esta discusión —interminable por cierto, sobre todo en las épocas de inestabilidad monetaria—, ha quedado zanjada en nuestra legislación a través de preceptos que, independientemente de cuestionamientos coyunturales, no han sido ni son materia de propuesta de modificación alguna.

Como sabemos, el Código Civil Peruano de 1984, al igual que su predecesor inmediato de 1936, consagra como regla general el nominalismo, previsto en forma expresa por el artículo 1234, el mismo que establece que «el pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado».

Sin embargo, también recordamos que dicho precepto tiene dos notorias excepciones.

La primera, constituida por lo dispuesto en el artículo 1235, el mismo que prevé los pactos valoristas, que no son otra cosa que estipulaciones contractuales que pueden ser convenidas por las partes con el propósito de mantener un valor constante de la prestación debida, con referencia a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, o a otros índices que pueden adoptarse con la mayor libertad.

Pero no debe olvidarse que las cláusulas valoristas no rigen en los contratos de manera automática, sin que previamente hayan sido convenidas por las partes.

La segunda excepción a la regla nominalista del artículo 1234 está prevista por el artículo 1236, precepto que recoge el tema de las de-

nominadas deudas u obligaciones de valor, que son aquellas que por su naturaleza no pueden ser apreciadas como simples deberes de restituir cantidades de dinero fijas, sino valores que representan a las prestaciones a ejecutar, las mismas que tienen sus casos más representativos, aunque desde luego no únicos, en deudas nacidas como fruto de expropiaciones o en la restitución de lo indebidamente pagado por quien lo hubiese recibido actuando de mala fe.

De lo expresado se desprende una conclusión importante: dentro del régimen legal peruano solo puede asumirse el valorismo en los supuestos de las cláusulas valoristas y de las obligaciones de valor previstas por los artículos 1235 y 1236 del Código Civil, respectivamente.

Una vez expuestos, en apretada síntesis, el nominalismo y valorismo, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿Si un deudor incurre en mora, la prestación debida por él debe regirse por principios de carácter nominalista o valorista?

En nuestra opinión no existen argumentos legales, dentro del ordenamiento jurídico peruano, para sostener la aplicación de principios valoristas a deudas de esa naturaleza.

En otras palabras, no hallamos razones para afirmar que una obligación de un deudor en mora, deba reajustarse automáticamente por los tribunales, aplicándole algún índice de reajuste no establecido previamente por la ley.

No entienda el lector, por ello, que las reglas legales auspician en estas situaciones impunidad por el Derecho.

En efecto, los mecanismos que contempla nuestro ordenamiento legal para solucionar estos problemas, no pasan por la aplicación del principio valorista, sino por remedios distintos.

Como sabemos, cuando el deudor se encuentra en mora, él deberá ser condenado al pago de intereses moratorios, en caso de que se tratase de obligaciones de dar sumas de dinero.

Y, si nos referimos a las obligaciones no dinerarias, el acreedor podrá reclamar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios moratorios, cuyo concepto no se encuentra circunscrito por norma legal alguna en el Derecho peruano. Inclusive, a solicitud del acreedor perjudicado y dentro del necesario criterio y ponderación judicial, la indemnización podría comprender la desvalorización del bien, si razonablemente dicho parecer resultara aplicable.

En otros términos, si bien el valorismo rige como regla en el caso de mora del deudor, él podría considerarse de manera excepcional como un criterio más de análisis por los jueces para configurar el monto o la liquidación de los daños y perjuicios compensatorios o moratorios.

22. Extinción de la mora del deudor

La mora del deudor se extiende en el tiempo hasta que se produzca un hecho que la haga cesar.

Peirano Facio[236] anota que los efectos de la mora del deudor normalmente se prolongan en el tiempo indefinidamente, a menos que intervenga alguno de los hechos significativos de una verdadera extinción de la mora. A esta hipótesis se ha dado tradicionalmente el nombre de purgación de la mora.

Albaladejo[237] entiende que a pesar de que el Código Civil Español no regula explícitamente este punto, del propio papel y fin que la

---

[236] Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 75-77.
[237] Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, pp. 191-193.

mora desempeña se deduce que esos hechos pueden ser diversos. De estos y otros más nos ocuparemos seguidamente.

22.1. El cumplimiento de la obligación

El retraso cesa cuando se cumple la obligación.

Según Peirano Facio, para que la ejecución tenga efecto de purgar la mora, es necesario que el acreedor no tenga ningún motivo para rehusarse a aceptar tal ejecución tardía.

En el caso que el acreedor no posea ninguno de estos motivos, y aun así no quiera recibir la prestación que le es debida, es claro —señala Peirano— que el deudor puede recurrir, eventualmente, al instituto de la consignación, para cumplir con su obligación y quedar liberado, purgando definitivamente la mora.

Por nuestra parte, percibimos con toda claridad que la extinción de la obligación, sea por la causa que fuere, constituye el supuesto por excelencia de cese o extinción de la situación moratoria.

La mora, lo reiteramos, es una situación que implica incumplimiento, pero también la posibilidad de cumplimiento futuro.

Así, en la medida que la obligación se hubiese extinguido, no cabría cumplimiento futuro alguno por ausencia de vínculo obligacional. Por tanto, tampoco podría haber mora.

22.2. La concesión —denominada moratoria— de una prórroga o aplazamiento del momento del cumplimiento

Según refiere Albaladejo, esta concesión puede tener lugar por voluntad del acreedor (que es el caso normal) o por ley (por ejemplo, ante una catástrofe que afecta a cierta zona, se establece por el Estado que los habitantes alcanzados por ella tengan cierto plazo para hacer efectivas sus deudas). Entonces, si aún no habían incurrido en mora, se

retrasa el posible comienzo de esta, y si ya habían incurrido en ella, cesa para el futuro, hasta que el término finiquite.

En opinión nuestra, resulta evidente que si el deudor hubiese acordado con el acreedor la concesión de una prórroga para el cumplimiento de la obligación o si unilateralmente el acreedor concediera una prórroga al deudor para tal cumplimiento (todo ello, a pesar de que el deudor ya se encontraba en mora), determinará que dicha situación moratoria desaparezca, en la medida que uno de los presupuestos para que exista mora es el retraso en el pago, de modo tal que si hubiera prórroga para el pago, mal podría hablarse de la existencia de un retraso.

22.3. El que incurra en mora el acreedor

Según Albaladejo, puede ocurrir que el deudor moroso ofrezca el pago a aquel que, sin razón, se niega a recibirlo. Entonces, cesa la mora del deudor, ya que se trata de un retraso por culpa de este último y, en adelante, la culpa del retraso pasa a ser del acreedor.

Por nuestra parte, simplemente reiteramos que la situación moratoria del deudor cesará en la medida que el deudor ofrezca cumplir y dicho ofrecimiento no sea seguido de una aceptación por el acreedor, sino que más bien el acreedor rehúse aceptar el pago.

En este caso, el deudor dejará de estar en mora y el acreedor empezará a encontrarse en esa condición.

22.4. Si se trata de obligaciones recíprocas, que incurra en mora la otra parte

Albaladejo cita como ejemplo, si A vendió a B, y se acordó aplazar el pago del precio, pero entregar la cosa inmediatamente. A, sin embargo, y a pesar del requerimiento de B, no la entrega, por lo que incurre en mora, la misma que acaba cuando llega el momento del pago del precio, y B tampoco paga.

Agrega Albaladejo que habiendo concluido la mora, esta no da lugar a nuevos efectos (por ejemplo, el deudor no viene obligado a pagar más intereses moratorios). Pero, independientemente de ello, el deudor sigue obligado a cumplir la prestación y a indemnizar los efectos que la mora había ya producido antes de su cesación (por ejemplo, los intereses moratorios desde que incurrió en mora hasta que se le concedió un aplazamiento del pago). Estos efectos también pueden extinguirse (por ejemplo, el acreedor perdona los intereses devengados); pero, en principio, son cosa aparte de la mencionada cesación. Cuestión distinta, indica, es que el acto que produzca esta alcance también incidentalmente a aquellos. Por ejemplo, al conceder el acreedor un aplazamiento al deudor que ya había incurrido en mora, puede ocurrir que quede implícita su voluntad de condonar los intereses moratorios ya producidos.

Debemos manifestar nuestra conformidad con las ideas expuestas por Albaladejo, en la medida que se trata de contratos con prestaciones recíprocas, en los que cada parte es deudora de una prestación, pero acreedora de otra.

Entonces, debemos preguntarnos qué sucedería si la parte que no ha cumplido reclamara a la otra que cumpla con su respectiva prestación y esta, a su vez, incumpliese.

En tal caso, a simple vista podría pensarse que ambas partes se encuentran en estado moratorio, en virtud a que en ambas obligaciones el respectivo deudor ha incumplido con ejecutar la prestación debida.

Sin embargo, por una ficción jurídica que va de la mano con la naturaleza de las cosas y con la lógica, deberíamos entender que la mora de una prestación se elimina con la mora de la contraprestación.

En otras palabras, si las dos partes se encuentran en mora en relación con las obligaciones que cada una de ellas debe cumplir con respecto a la otra, es como si ninguna de las dos se encontrara en mora.

Pensamos que en estos casos el Derecho razona de igual modo como lo hace con relación al tema del dolo recíproco, recordando que el artículo 213 del Código Civil Peruano establece que: «Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes».

22.5. Extinción, por ausencia de validez, del crédito al que la mora se refiere

A decir de Peirano Facio, esta causa es de simple lógica, pues no podría concebirse el retardo en el cumplimiento de una obligación que ha devenido inexistente.

Nosotros añadimos que son múltiples las causas por las cuales puede extinguirse la obligación cuyo cumplimiento ha estado en condición moratoria.

Pero con estas expresiones no nos estamos refiriendo a la extinción de la obligación derivada de alguno de los medios extintivos de las obligaciones propiamente dichos, o a la extinción de la obligación por imposibilidad de cumplimiento o por resolución del contrato, o a otras causas similares.

Aquí estamos aludiendo a la posibilidad de que la obligación devengue en nula o se anule.

En estos casos sí estaríamos refiriéndonos a la extinción de la obligación, pero debido a causas especialísimas, que en buena cuenta podrían estimarse con carácter retroactivo y decirse que como la obligación nunca fue válida para el Derecho, resulta jurídicamente imposible hablar de mora.

22.6. La perención de instancia

En opinión de Gagliardo, la perención de la instancia (o prescripción procesal extintiva por inactividad del procedimiento) no deroga los

efectos de la constitución en mora ya producida, y dicho estado es válido para determinar el curso de los intereses debidos por el deudor, pues la caducidad no extingue la acción que puede ejercerse en un nuevo juicio.

La perención de instancia es lo que en el Derecho Procesal Peruano se conoce con el nombre de abandono, materia regulada en los artículos 346 a 354 del Código Procesal Civil de 1993.

El artículo 346 establece en su primer párrafo que cuando el proceso permanece en primera instancia durante cuatro meses, sin que se realice acto que lo impulse, el Juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado.

De otro lado, el artículo 351 regula los efectos del abandono del proceso, al establecer que él pone fin al proceso sin afectar la pretensión. Sin embargo, agrega, su declaración impide al demandante iniciar otro proceso con la misma pretensión durante un año, contado a partir de la notificación del auto que lo declare; debiéndose, asimismo, restituir las cosas al estado que tenían antes de la demanda.

El artículo citado agrega que si por segunda vez, entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, se declara el abandono, se extingue el derecho pretendido y se ordena la cancelación de los títulos del demandante, si a ello hubiera lugar.

De las normas procesales citadas claramente se infiere que el abandono del proceso no extingue la condición moratoria, habida cuenta que se mantiene vigente la pretensión, lo que implica que quien fue demandante podrá volver a demandar en virtud de esa misma pretensión.

Sin embargo, la perención de instancia o abandono del proceso sí podrá dar lugar a la extinción de la mora en la medida que se presente por segunda vez, caso en el cual caduca el derecho y, por obvias razones, también se extingue el estado moratorio.

22.7. El pago por consignación

Mariano Gagliardo anota que el pago por consignación tiene virtualidad semejante al pago, en cuanto a que uno y otro extinguen la obligación con todos sus accesorios y garantías. Según el profesor citado, dicho pago por consignación constituye un remedio excepcional y facultativo del deudor y puede responder o no a causas imputables al acreedor.

Es claro, en opinión nuestra, que el pago por consignación, en tanto surta los efectos del pago, extinguirá la obligación y, por consiguiente, el estado moratorio en el que se hubiere hallado el deudor.

23. La situación de mora del acreedor

23.1. Concepto y requisitos de la mora del acreedor

En torno al tema de la mora del acreedor, José M. Caballero Lozano[238] entiende que se trata de una vicisitud que se presenta en el cumplimiento de las obligaciones, cuando el acreedor no colabora oportunamente con el deudor en la medida necesaria para que tenga lugar la realización del programa de prestación establecido.

El citado autor se pregunta cómo puede el acreedor negarse a recibir una atribución patrimonial, de la cual, en principio, no cabe esperar más que beneficios. Pero lo cierto es que el tráfico nos ofrece —continuamente— ejemplos de supuestos en los cuales el titular de un bien experimenta más ventajas dejándoselo a un tercero que teniéndolo bajo su propia dependencia inmediata. Es el caso, agrega,

[238] Caballero Lozano, José M. *Op. cit.*, pp. 9 y ss.

del prestamista que prefiere continuar percibiendo unos intereses elevados antes que poder —él mismo— disfrutar directamente de la suma de dinero. En otras ocasiones, la finalidad perseguida por quien así actúa es de dudosa licitud, como cuando, por razones coyunturales, el dueño de una cosa que se ha de restituir prefiere que el deudor la siga custodiando y, en consecuencia, soportando los riesgos de su perecimiento.

Caballero Lozano añade que el acreedor realiza, en un buen número de ocasiones, ciertos actos en sentido positivo (prohíbe la prestación), u omite conductas necesarias para procurar la liberación del deudor (no colabora en el cumplimiento en la medida necesaria). Así, el buen fin de la obligación depende también del acreedor, por ejemplo, en las obligaciones de dar, ya que la actividad encaminada a producir la entrega de la cosa ha de ser iniciada por el deudor y concluida por el acreedor, recibiendo la cosa ofrecida. La abstención del *accipiens* evitaría, al menos provisionalmente, tanto la verificación del buen fin de la obligación como la liberación del deudor.

En consecuencia, la actividad cooperadora del acreedor se presenta como elemento esencial y necesario para una fiel actuación del contenido de la obligación.

Refiere Caballero Lozano que ante las situaciones abusivas que se dan en la práctica, es necesario proteger al que quiere cumplir su obligación, frente a la pasividad del acreedor, de modo que la conducta de este último no le perjudique en lo más mínimo.

Expresa que para la consecución de tal objetivo, el ordenamiento jurídico ha dispuesto de ciertos medios de defensa en favor del deudor, de los cuales el más conocido es el del ofrecimiento del pago y la consignación, con el cual el *solvens* obtiene de modo coactivo el cumplimiento de su obligación y la consiguiente extinción de su posible responsabilidad por incumplimiento, a la vez que se satisface el derecho del acreedor a la prestación.

Caballero Lozano[239] añade que no solo el procedimiento del pago forzoso, o liberación coactiva, sirve para eliminar la dificultad originada por la conducta omisiva del acreedor en el cumplimiento de la obligación. El deudor dispone de otro medio menos radical pero, a veces, más expeditivo, para exonerarse de la posible responsabilidad por incumplimiento; el *solvens* o un tercero, en virtud del ofrecimiento de pago, puede constituir en mora al acreedor y desviar hacia este las consecuencias negativas de la falta de cumplimiento de la obligación.

Finalmente, luego de lo expresado, Caballero Lozano[240] sostiene que la mora del acreedor es «la situación jurídica en que se halla el vínculo obligatorio, consistente en un retraso en el cumplimiento de la obligación, motivado por la falta de colaboración, temporánea y necesaria, del acreedor, culpable o no, pero injustificada, mediando el ofrecimiento del pago del deudor».

Dentro de tal orden de ideas, explica que en primer lugar es una situación jurídica del crédito-obligación, lo cual significa que desde el acto constitutivo de la mora y hasta su extinción, el régimen jurídico de aquel sufre una modificación, consistente, en términos generales, en una disminución de la responsabilidad del deudor. En segundo lugar, se produce un retraso en el cumplimiento de la obligación; la obligación es susceptible de cumplimiento tardío cuando aún es idónea para satisfacer el interés del acreedor, tal y como está contemplado en el título constitutivo de la obligación, siendo aquí conveniente distinguir, por una parte, la mora del acreedor y el incumplimiento, y, por otra, aquella y la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Además, el acto del acreedor debe obstar el cumplimiento, de modo que la causa «no cooperación del acreedor» se traduzca en la consecuencia «no-cumplimiento de la obligación». Dicha conducta omisiva

---

[239] Caballero Lozano, José M. *Op. cit.*, p. 11.
[240] Caballero Lozano, José M. *Op. cit.*, pp. 14 y 15.

—dice Caballero Lozano— ha de carecer de justificación, ser antijurídica, ya que el deudor que cumple defectuosamente no resulta protegido frente al acreedor irreprochable. Por último, indica, la responsabilidad es del acreedor, quien soportará las consecuencias jurídico-económicas de su omisión indebida.

En esta línea de pensamiento también se halla Gustavo Palacio Pimentel,[241] quien considera que la mora del acreedor se produce cuando este —sin causa justificada— se niega a recibir la prestación del obligado en el tiempo, lugar y modo pactados, o cuando no se le encuentra en el lugar designado para el pago. Esto es, incurre el acreedor en mora cuando, siendo indispensable su concurrencia e intervención para el cumplimiento de la obligación, se niega injustificadamente a ella, retardando el pago.

Agrega Palacio Pimentel que el deudor deberá intimar al acreedor para que reciba el pago, o bien puede consignarlo. El deudor debe probar el «rehusamiento a recibir el pago» y que ese hecho no sea originado por culpa del deudor.

Para que se configure la mora del acreedor, añade, debe haber una oferta real de pago, equivalente a la interpelación en la mora del deudor. Este ofrecimiento debe comprender la totalidad de la obligación, tanto cualitativa como cuantitativamente. Esta oferta no solo puede hacerla el propio deudor, sino quien lo represente convencional o legalmente.

Compartiendo esta posición doctrinaria se halla Albaladejo,[242] quien considera que la mora del acreedor no consiste solo en que este

[241] Palacio Pimentel, Gustavo. *Elementos de Derecho Civil Peruano*, *Op. cit.*, tomo II, pp. 875 y ss.

[242] Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo III, vol. I, pp. 155 y 156.

—injustificadamente— retrase la realización de la prestación (por no recibirla o no cooperar a tal realización), sino en retrasarla injustificadamente, una vez ofrecida con la intimación de que se la reciba o se preste cooperación para que sea realizada.

El autor citado señala que para que se configure la mora del acreedor será necesaria la concurrencia de diversos requisitos. En primer lugar, que haya llegado el momento del cumplimiento y, en segundo lugar, que el deudor lo ofrezca al acreedor intimándolo a recibirlo.

Con respecto a este segundo punto, Albaladejo entiende que en el ofrecimiento de pago el deudor no solo declara estar dispuesto a realizar la prestación, sino que requiere al acreedor para que la reciba o ponga de su parte lo preciso para que pueda efectuarse. Hay, pues, una intimación, la misma que puede realizarse de cualquier forma, incluso verbalmente.

Esta regla sufre la excepción de que la ley establezca en ciertas obligaciones la producción automática de la mora, de forma que, desde que llega el día del cumplimiento, y el deudor tiene la prestación puesta a disposición del acreedor, este incurre en mora sin necesidad de ser intimado para que la reciba.

En tercer lugar, para que se configure la mora del acreedor, Albaladejo indica que también es necesario que este se niegue sin razón a admitir el pago, o a poner de su parte lo preciso para que pueda efectuarse, o, de cualquier modo, no esté en condiciones de recibir la prestación que se le ofrece debidamente.

En este sentido, cuando se utilizan expresiones como «que el acreedor rechace justificadamente la prestación», o «niegue con motivo su cooperación», o «se niegue con razón a admitir el pago», se alude a que la rechace porque no se le ofrezca debidamente (por ejem-

plo, no es íntegra, o se pretende realizarla en tiempo, forma o lugar diferentes de los pactados, etc.).

Albaladejo afirma que no hace falta culpa del acreedor para que este incurra en mora. Por tanto, la mora se presenta incluso cuando por caso fortuito o fuerza mayor, el acreedor no esté en condiciones de recibir la prestación que se le ofrece debidamente.

Estos conceptos ya habían sido acogidos por Enneccerus, Kipp y Wolff,[243] quienes consideran que la mora del acreedor es un retraso del cumplimiento fundado en que el acreedor omite la cooperación (especialmente la aceptación) indispensable por su parte.

Asimismo, los autores citados señalan que no se requiere culpa en el acreedor y ni siquiera puede considerarse a la culpa como requisito, pues solo en casos excepcionales se da un deber de aceptar, y sin violación de un deber no puede hablarse de culpa.

Por su parte, y en línea de pensamiento distinta a la expuesta, se halla Moisset de Espanés,[244] quien considera que la mora del acreedor se suscita como consecuencia de que este no cumpla con su deber de cooperación, de manera culposa, por lo que se genera un retraso, producto de la negativa injustificada a recibir la prestación debida.

Esta tesis es compartida por Cazeaux y Trigo Represas,[245] quienes sostienen que la mora del acreedor consiste en el retraso de la prestación debido a la conducta del acreedor, cuando omite la cooperación

[243] Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, pp. 290-297.

[244] Moisset De Espanés, Luis. Diferencias entre la Mora del Acreedor y Pago por Consignación (con referencia al Código Peruano de 1984), pp. 4 y 5. Artículo enviado personalmente a los autores de este Tratado por el Doctor Luis Moisset de Espanés.

[245] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 137-139.

indispensable de su parte y, en especial, la aceptación de pago; y que para su configuración requiere de la concurrencia del elemento de la culpabilidad.

Expresan al respecto, que a pesar de que la mayor parte de los autores prescinden del elemento subjetivo de la culpabilidad para la configuración de la mora del acreedor, ellos creen que esto no es así, pues aquellos se basan en que no existe el deber a cargo del acreedor de procurar al deudor su liberación.

En este sentido, los profesores citados sostienen que de acuerdo a su Código Civil (el Argentino), sí existe tal deber, y surge —precisamente— del artículo 505, última parte, de dicho Código, cuando dice: «Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente».

En consecuencia, Cazeaux y Trigo Represas entienden que es evidente que el acreedor tiene la carga de contribuir a la liberación del deudor y le son aplicables las mismas exigencias que a la mora de este.

En síntesis, Cazeaux y Trigo Represas sostienen que para que se configure la *mora accipiendi,* es necesario el elemento subjetivo de la culpa, que se presume por el solo hecho del retardo en el cumplimiento de los deberes a su cargo. El acreedor, a su vez, puede liberarse de su responsabilidad, demostrando la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor.

De las dos corrientes doctrinarias expuestas, podemos apreciar que para la primera posición no es indispensable la presencia del factor subjetivo (que el acreedor actúe con culpa o dolo) para la configuración de la mora del acreedor.

En cambio, para la segunda postura, el elemento subjetivo es imprescindible para que se produzca la mora del acreedor, de tal forma que la ausencia de tal elemento determinaría su inexistencia.

Por nuestra parte, y en camino a tomar partido por una de estas dos posiciones, expresamos que se trata de un tema polémico y no exento de complejidades.

Si quiere sostenerse la primera posición, vale decir aquella que no requiere de culpa en la conducta del acreedor, podría argumentarse que la tesis contraria es susceptible de generar serias consecuencias en cuanto a la responsabilidad del deudor.

En caso, por ejemplo, de que el deudor haya efectuado todo lo necesario para cumplir con su obligación y, sin embargo, el acreedor no preste la colaboración requerida para que aquel pueda hacer efectivo el pago en la fecha prevista, y que tal falta de colaboración por parte del acreedor no obedezca a causas a él imputables.

Dentro de tal orden de ideas, podría sostenerse que en el supuesto que no se configure la mora del acreedor, el deudor se vería perjudicado, pues al no haber hecho efectivo el pago y no estar el acreedor en mora, correspondería al deudor probar que su incumplimiento deriva de la falta de colaboración del acreedor.

En cambio, si se considerara producida la mora del acreedor, la situación sería distinta para el deudor, porque esta mora significaría la prueba de que este ha realizado diligentemente todos los actos necesarios para el cumplimiento de su obligación.

Sin embargo, nosotros no compartimos el pensamiento expuesto. Creemos firmemente que la culpa es requisito indispensable para que haya mora del acreedor.

Ello, por diversas consideraciones.

Si el deudor ha realizado todas las gestiones o diligencias necesarias para cumplir su obligación, efectuando los ofrecimientos de pago respectivos, dicho deudor, no obstante no haber podido pagar, no se encontrará en mora (no hay mora sin culpa del deudor).

Además, si bien es cierto que dentro del régimen legal peruano se presume que el incumplimiento del deudor obedece a culpa leve de este, en el caso bajo análisis el deudor podría desvirtuar fácilmente tal presunción, en la medida que pruebe que ha realizado —o intentado realizar— el ofrecimiento de pago correspondiente.

Esto, en lo que atañe al deudor.

Ahora bien, en lo que respecta al acreedor que no fue culpable de no recibir el pago (por ejemplo, si por causas no imputables a él tuvo que ausentarse de su domicilio —lugar donde se había convenido que el deudor ofreciese el pago—), no encontramos razones suficientes como para aplicarle la regla de que se encuentre en mora, a pesar de haber actuado sin culpa.

Ello sería injusto, ya que representaría una infracción de la regla general de la mora: «no hay mora sin culpa», la misma que pregona la necesaria presencia del dolo o de la culpa (en cualquiera de sus grados) para la existencia de la mora.

Además, sería inequitativo, a todas luces, que para que el deudor se encuentre en mora sí se requiera que haya actuado culposamente, en tanto que no se estaría previendo esta misma exigencia para que el acreedor se halle en tal situación.

Dentro de tal orden de ideas, tendríamos que preguntarnos cuál sería la lógica de dar un tratamiento diferenciado a casos similares.

Finalmente, en lo que respecta a la situación del acreedor que sin su culpa no recibe o no colabora para recibir la prestación debida, nada debería presumirse.

En estos casos, ni el deudor ni el acreedor deberán asumir culpas que no les corresponden.

Ausencia de culpa en ambos; ausencia de mora para ambos.

Por otra parte, y respecto a lo que el Código Civil de 1984 entiende por mora del acreedor, observamos que el artículo 1338[246] prescribe 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».

[246] **- Fuentes nacionales del artículo 1338**

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a la oferta de pago y negativa a admitirlo, podemos hacer mención de la Ley de las Siete Partidas, Ley 8, Título XIV, Partida Quinta: «Otrosi dezimos, que si el debdor quisiesse pagar el debdo al que lo deuiesse recebir, e el otro non gelo quisiesse tomar, deue fazer afrenta ante omes buenos, en logar, en tiempo guisado, mostrando los marauedis, de como quiere fazer la paga... (Liberación de responsabilidad). Si los marauedis se perdiessen sin culpa del debdor, después que fuessen puestos en fieldad, assi como sobredicho es, que el daño pertenece al señor del debdo tan solamente: porque fue en culpa, que lo non quiso recebir, quando gelo quiso pagar».

El artículo 1338 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; en el Código Civil de 1936; ni en la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, fue el primero en regular el tema, haciéndolo en su artículo 193: «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».

Posteriormente abordaron la materia el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1356: «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»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1305: «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».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1338 del Código Civil Peruano, entre otros, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 831), el Código Brasileño de 1916 (artículo 955), el Código Guatemalteco de 1973 (artículo 1429), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 392 —estableciendo la mora del acreedor, en la medida que se le considera como tal por no querer recibir el pago en el tiempo, lugar y forma que la ley o la convención lo establezcan—), el Código Helénico (artículos 349, 351 y 353), el Código de la República de China de 1930 (artículo 234), el Código de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 122) y el Código Cubano de 1988 (artículo 252).

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 531) establece que el acreedor incurre en mora cuando rechaza la prestación que oportuna y correctamente se le ofrece. No incurre en mora si el deudor no se encuentra en condiciones de efectuar la prestación al tiempo del ofrecimiento o la ofrecida no corresponde a la debida. Tampoco incurre en mora si no recibe antes de vencerse el plazo de cumplimiento, salvo que se haya pactado que el deudor puede pagar durante dicho plazo.

Debemos señalar, además, que el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 428), establece que no incurre en mora el acreedor, si el deudor que hiciere el requerimiento no pudiese ejecutar el pago en esa oportunidad.

Por su parte, el Código de la República de China de 1930 (artículo 239) establece que si el deudor debe restituir los frutos producidos por un bien o reembolsar su valor, está obligado a tal devolución durante la demora del acreedor en la medida en que él los ha percibido.

Este Código agrega (artículo 241) que el deudor que debe entregar un inmueble puede abandonar su posesión después de la mora del acreedor. En este caso, anticipadamente el deudor debe avisar al acreedor, a menos que sea imposible notificarle.

El Código Suizo (artículo 95) añade que cuando el objeto de la obligación no consiste en la entrega de una cosa, el deudor puede, si el acreedor está en mora, rescindir el contrato de conformidad con las disposiciones que rigen la mora del deudor.

El Código Helénico (artículo 350) señala que el acreedor incurre en mora por una oferta no real del deudor si aquel ha declarado no aceptar la prestación. Este Código agrega (artículo 352) que el acreedor no incurre en mora cuando el deudor no tiene las posibilidades de efectuar la prestación al momento del ofrecimiento de la ejecución o del cumplimiento mismo; señalando, por último (artículo 353), que si la fecha de la prestación no ha sido determinada, el acreedor no incurre en mora por el solo hecho de rechazar la prestación ofrecida, a menos que el deudor le hubiese advertido la inminente ejecución de la prestación.

De otro lado, el Código Civil Alemán establece (artículo 299) que si el tiempo de la prestación no está señalado o si el deudor está autorizado a cumplir la prestación antes del tiempo señalado, el acreedor no incurre en mora por el hecho de que él esté pasajeramente entorpecido para la aceptación de la prestación ofrecida, a no

Este precepto es similar a los numerales 293 y 296 del Código Alemán, 91 del Código Federal Suizo de las Obligaciones, 1206 del Código Italiano y 813 del Código Portugués. Cabe observar que el artículo 297 del Código Civil Alemán dispone que el acreedor no incurre en mora si el deudor no se encuentra en condiciones de efectuar la prestación al tiempo del ofrecimiento o al tiempo señalado para el acto del acreedor. Esta norma, de lógica evidente, se halla implícita en la institución de la mora del acreedor.

Por último, consideramos notorio que del artículo 1338 del Código Civil Peruano se desprende que es necesaria la concurrencia del elemento de imputabilidad (culpa o dolo), al utilizar la expresión «sin motivo legítimo». De este término se infiere la referencia a una conducta antijurídica o no justificada, que debemos entender como sinónimo de dolo o culpa, vale decir, de la existencia de una causa imputable al acreedor.

23.2. La cooperación del acreedor

Caballero Lozano[247] precisa una serie de supuestos de cooperación del acreedor, en provecho propio, al cumplimiento de obligaciones ajenas.

Así, dicho autor cita los siguientes ejemplos:

- El contratista no puede realizar la edificación proyectada si el *dominus* no ejecuta los trabajos preliminares; se le debe permitir entrar en el local para realizar las obras de transformación; se le ha de permitir el acceso al utillaje que ha de reparar; el cliente ha de posar ante el retratista, o presentarse para que el sastre le tome las medidas pertinentes para confeccionar el traje.
- El enfermo ha de acudir a la consulta, concertada para un día y hora determinados, o el alumno, a la clase que se le ha de impartir.
- El mandante ha de suministrar al mandatario los medios e instrucciones necesarios.
- El comitente, asimismo, ha de entregar al comisionista lo necesario para el cumplimiento.
- El porteador solo podrá trasladar las mercancías si le son entregadas por el cargador (transporte de cosas).
- El viajero ha de hallarse en el medio de transporte a la hora señalada para la partida (transporte de personas).
- El autor ha de corregir las pruebas que le presenta el editor, antes de la impresión.
- El anunciante debe proporcionar a la agencia de publicidad los datos racionalmente necesarios para la eficaz realización de la campaña.
- El empresario ha de permitir al trabajador el acceso al lugar de trabajo, y suministrarle los medios adecuados para desempeñar su función (contrato de trabajo).

La colaboración del acreedor para el cumplimiento de la obligación —señala el citado autor—, es dispuesta por la ley, el acto jurídico, la buena fe, o la voluntad unilateral del acreedor, de acuerdo a cada caso. De este modo, resulta imprescindible la actividad del

ser que el deudor le haya anunciado la prestación anticipadamente con un tiempo prudencial. Este Código agrega (artículo 301) que por una deuda dineraria que produce interés, el deudor no ha de satisfacer intereses durante la mora del acreedor. Si el deudor (artículo 302) ha de entregar o indemnizar los provechos de un objeto, se limita su obligación durante la mora del acreedor a los provechos que perciba. Si el deudor (artículo 303) está obligado a la entrega de una finca, puede abandonar la posesión después de la producción de la mora del acreedor. El abandono debe ser después de conminado el acreedor, a no ser que la conminación sea irrealizable.

247 Caballero Lozano, José M. *Op. cit.*, pp. 95-103.

acreedor, por mutuo acuerdo de las partes, en el contrato de obra, si el comitente se ha obligado a suministrar los materiales, en cuyo caso —por hallarnos ante la infracción de una auténtica obligación—, el retraso del *dominus* constituiría *mora solvendi*, y verdadero incumplimiento la negativa en firme al suministro de los materiales.

Caballero Lozano agrega que el deber de colaboración puede tener un origen unilateral, como en el caso del cargador que utilice el poder de contraorden respecto de las mercancías que ordenó transportar. Anota que si el cargador anula la orden anterior, deberá comunicar al porteador el nuevo destino de las cosas dadas para su traslado, pues de lo contrario el transportista podrá depositar judicialmente los efectos, ante su justificada ignorancia acerca de la persona del destinatario.

En concordancia con la doctrina expuesta, precisamos que es requisito indispensable para que exista mora del acreedor que este no haya realizado los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir con la prestación asumida.

Los actos de colaboración del acreedor constituyen, en buena cuenta, obligaciones que en muchos casos pasan desapercibidas como tales, pues son apreciadas como obligaciones de «segundo rango» o de «segunda categoría».

Por otra parte, queda claro que esos deberes de cooperación podrían ser divididos en dos clases.

En primer término, hay deberes de cooperación que solo implican aceptar la ejecución de la prestación por el deudor. Es el caso del acreedor cuyo único deber de cooperación se limita a recibir el dinero que el deudor le debe entregar.

Si bien es cierto que en este caso resulta necesaria la cooperación del acreedor para que el deudor pague, si ella no se brinda el deudor

podrá requerirlo y constituirlo en mora, con todas las consecuencias jurídicas que para este efecto están previstas por la ley. Adicionalmente, el deudor tendría la posibilidad —dependiendo de la naturaleza de la prestación— de recurrir al mecanismo del pago por consignación, a fin de liberarse del cumplimiento de la prestación debida.

En suma, este primer tipo de deberes de cooperación se reduce a aquellos que representan actuaciones de carácter poco relevante, en la medida que si el acreedor no cumpliese con efectuarlos, el deudor, a través de otros mecanismos legales, puede obtener los mismos fines buscados cuando deseó pagar directamente.

En segundo lugar, tenemos como deberes de cooperación a aquellos que implican la participación del acreedor en la realización de determinados actos, sin los cuales el deudor se vería imposibilitado de pagar; pero, además, dicha falta de cooperación del acreedor devendría en definitiva para frustrar la ejecución de la prestación debida, pues el deudor no podría recurrir al mecanismo del pago por consignación, por no ser posible.

Sería el caso en que un pintor se obligue a elaborar un retrato del acreedor, y deba pintarlo con la participación activa del acreedor, vale decir, con el acreedor posando en el Estudio del pintor. Si el acreedor se negase a posar para que el pintor confeccione el retrato, no resultaría factible pensar en un adecuado cumplimiento de la prestación.

En otras palabras, el deudor no podría pintar el cuadro, basándose, por ejemplo, en fotografías del acreedor, para luego obligarlo a que acepte el cuadro.

Entonces, como el deudor ni siquiera va a poder pintar el cuadro, menos podríamos pensar en la posibilidad de que consigne prestación alguna.

Y lo expresado se aplicaría con mayor rigor a las obligaciones de hacer que no concluyan en un dar y a las obligaciones de no hacer, cuyo cumplimiento requiera de la participación activa del acreedor.

Un aspecto importante destacado por Caballero Lozano, es el referente a que no toda actividad que pueda desarrollar el titular del crédito en el ejercicio de su derecho es relevante a los efectos de la *mora creditoris;* es decir, el acreedor no incurre en mora por el solo hecho de observar un comportamiento atípico respecto al deudor. En síntesis, de toda la actividad que pueda realizar el acreedor en el ámbito de su crédito solo interesa aquella actividad indispensable —necesaria—, entendida esta palabra en su sentido más literal, para que el deudor pueda cumplir puntualmente la obligación y liberarse de la deuda.

Nosotros coincidimos con lo expresado por Caballero Lozano, ya que los deberes de cooperación están obviamente referidos a aquellos aspectos necesarios para que el deudor pueda cumplir con la prestación que le compete.

La figura de los deberes de cooperación no ha nacido para el Derecho pensada en función de situaciones que no tengan que ver con el cumplimiento de la prestación, o que, teniendo que ver con dicho cumplimiento, resulten absolutamente intrascendentes.

Entendemos que el deber de cooperación tiene como característica fundamental su ejecución por el acreedor, pero además que necesariamente deba ser cumplido por el propio acreedor, no pudiendo efectuarlo persona distinta a él.

En otras palabras, los deberes de cooperación del acreedor son *intuitu personae* respecto al propio acreedor, y no pueden ser cumplidos por el deudor o por un tercero.

Es esta situación, precisamente, la que conduce a que la ausencia de los deberes de cooperación frustre la ejecución de la prestación debida, ya que ellos son irreemplazables.

Caballero Lozano agrega que el problema que se presentará será la calificación de la actividad como necesaria para el cumplimiento, lo cual exige un análisis de la prestación que debe realizar el deudor, la actividad demandada del acreedor, y el nexo de instrumentalidad entre ambas.

En este sentido, anota que es tarea del intérprete, en cada caso, advertir la necesidad o no de la actividad del acreedor; en definitiva, el carácter optativo de la omisión del acreedor. En realidad, la conducta del acreedor interesa en cuanto constituye un evento que impide el pago. Si la abstención no detiene el cumplimiento, ese comportamiento omisivo será irrelevante a efectos de conceder al deudor la tutela de la *mora creditoris.*

Dicho autor sostiene que exceden del ámbito de la *mora creditoris* aquellas conductas del acreedor que no impiden el cumplimiento, sino que simplemente lo dificultan. Señala esto, pues hay ocasiones en que la actividad del acreedor es necesaria para el cumplimiento, pero el ordenamiento jurídico ha dispuesto otros medios para la tutela del interés del deudor a la liberación. Así sucede, por ejemplo, según Caballero Lozano, en el contrato de mandato, en cuya ejecución ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante. El mandatario, a falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia, ya que la ausencia de cooperación por parte del acreedor es contraria a la buena fe, a lo esperado y, por tanto, no debería esta situación ser indiferente al ordenamiento jurídico.

El autor citado añade que la cooperación del acreedor al cumplimiento, también tiene una característica de tipo interno. La actividad del acreedor ha de ajustarse a lo establecido en el título de la obliga-

ción, ya sea de modo expreso o bien indirectamente. La inexactitud de la cooperación equivale a su omisión, pero, a semejanza de lo que ocurre en el pago, el deudor no puede alegar una cooperación inexacta si aprovecha la actividad del acreedor y acto seguido culmina la prestación. En tal caso, el deudor sufre los efectos de una acción cuyas consecuencias pudo evitar; la cooperación inexacta no es una cooperación necesaria, puesto que el cumplimiento que se sigue es inexacto, esto es, no se corresponde con el previsto en el título de la obligación. En consecuencia, solo tiene el carácter de necesaria la colaboración que se acomoda perfectamente al tenor de la obligación.

Cuando el deudor desconoce esta circunstancia, sin su culpa, el cumplimiento defectuoso derivado de la cooperación inexacta es a cargo del acreedor. Asimismo, el deudor que conoce esos defectos debe, por imperativo de la buena fe, ponerlos en conocimiento del acreedor, con el efecto de constituirlo en mora si no repite correctamente la cooperación, porque la cooperación que es inadecuada, a estos efectos debe ser equiparada a la falta absoluta de cooperación.

Por nuestra parte, concordamos con lo expresado por Caballero Lozano, ya que los deberes de cooperación del acreedor, precisan guardar fidelidad con lo establecido para tal efecto en el título constitutivo de la obligación, vale decir que ellos deben ser idóneos, ajustándose a lo pactado o preceptuado por la ley.

Sin embargo, la idoneidad de los deberes de cooperación no puede ser apreciada en abstracto, sino en la medida que dicha idoneidad o falta de idoneidad hayan permitido o no al deudor el cumplimiento de su obligación.

Y esto es claro, pues por más inadecuados que hubiesen resultado los deberes de cooperación, ellos, eventualmente, podrían haber permitido al pintor elaborar el retrato de acuerdo al título constitutivo de la obligación; como sería el caso del acreedor que llega tarde a posar; y además de llegar tarde es persona inquieta; y solo se queda una

hora, y no las cinco horas que debía permanecer en el taller del pintor. Y, a pesar de todo ello, el pintor logra elaborar un excelente retrato de ese acreedor esquivo.

En tal sentido, estimamos que lo que corresponderá en esos supuestos es apreciar si la falta de una cooperación adecuada ocasionó daños y perjuicios al deudor. Resulta evidente que si este hubiese sido el caso, el acreedor tendría el deber de indemnizarlos.

Caballero Lozano apunta, por último, que el defecto de la cooperación puede ser de carácter subjetivo, cuando existe irregularidad en la legitimación o capacidad del acreedor, u objetivo, si el comportamiento del acreedor o las cosas que debe entregar no se corresponden completamente con las contempladas en la obligación. Así, la cooperación parcial, o bien posibilita solo un cumplimiento parcial, o bien produce un incumplimiento parcial. El título de la obligación determinará, en cada caso, el contenido de la actividad a efectuar por el acreedor, lo que permitirá al intérprete conocer si se trata de un comportamiento técnicamente necesario, cuya omisión determine la protección del deudor a través de la *mora creditoris*.

Por nuestra parte, consideramos que los términos de Caballero Lozano no deben ser tomados en sentido absoluto, es decir entendiéndose que el cumplimiento parcial de los deberes de cooperación acarreará necesariamente un cumplimiento parcial de la obligación por el deudor.

El ejemplo del pintor demuestra que un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso del acreedor, puede acarrear o bien el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación por el deudor, o que nos encontremos ante un deudor a quien no le resulte difícil remontar las dificultades que le impuso su acreedor.

Se trata, por tal razón, de un asunto en el que no caben términos absolutos sino relativos.

23.3. Los efectos de la mora del acreedor

Albaladejo[248] considera que los efectos que produce la mora del acreedor, que se basan en que el deudor no debe sufrir perjuicios por la misma (es decir, que debe quedar tan indemne, como si hubiese pagado), son los siguientes:

23.3.1. Si la prestación deviene en imposible sin culpa del propio acreedor, la obligación se extingue

Refiere Albaladejo que el acreedor pasa a soportar los casos fortuitos (o hipótesis de fuerza mayor), incluso cuando, si no hubiese incurrido en mora, hubiesen sido de cuenta del deudor.

Por lo que atañe a la imposibilidad de la prestación (o de realizarla exactamente) que procede de culpa (de culpa en sentido estricto, o de dolo) del deudor, sigue siendo, a pesar de la mora del acreedor, responsable aquel; pues no sería justo que, aun siendo el acreedor causante del retraso, resulte perjudicado por algo cuando no depende de tal retraso, sino de culpa de la otra parte.

Puig Brutau[249] comparte este parecer.

Moisset de Espanés,[250] por su parte, comentando las normas sobre la mora del acreedor del Código Civil Peruano de 1984, refiere que a partir del momento en que se constituye en mora al acreedor quedan a su cargo los riesgos de pérdida, deterioro o imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida, salvo que estas circunstancias se produjeran por dolo o culpa inexcusable del deudor (artículo 1340 del Código Civil Peruano).[251]

[248] Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, pp. 156-159.

[249] Puig Brutau, Luis. *Op. cit.*, pp. 495 y 496.

[250] Moisset De Espanés, Luis. *La Mora en el Código Civil de Perú de 1984. Op. cit.*, pp. 16 y 17.

Respecto a la regla citada, el profesor argentino sostiene que esta se limita a hablar de «imposibilidad», pero resulta indudable que si el acreedor es moroso, esta circunstancia, asimismo, sitúa a su cargo los riesgos por los deterioros que sufra la cosa o los menoscabos y limitaciones de cualquier tipo que se produzcan en las obligaciones de hacer o de no hacer.

Moisset de Espanés considera que lo dispuesto en el artículo 1340 del Código Civil Peruano resulta concordante con la previsión contenida en el último párrafo del artículo 1140 del propio Código,[252] que exime al deudor de pagar el valor del bien cierto debido, cuando el acreedor ha sido constituido en mora.

El contenido del artículo 1340[253] del Código Civil, que acabamos de transcribir, establece de manera muy clara que los riesgos por im-

[251] El artículo 1340 del Código Civil prescribe que «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».

[252] El artículo 1140 del Código dispone que: «El deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque éste se haya perdido sin su culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. *Esta regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora*» (el resaltado es nuestro).

[253] **- Fuentes nacionales del artículo 1340**
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; en el Código Civil de 1936; ni en la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.
El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi,

posibilidad de cumplimiento de la obligación, sin culpa de las partes, son asumidos por el acreedor que se encuentra en estado moratorio.

Esta no es otra cosa que la transferencia del riesgo, que constituye uno de los efectos propios de la constitución en mora del acreedor.

Normalmente, dentro del esquema que en materia de teoría del riesgo contempla el Código Civil Peruano de 1984, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación sin culpa de las partes, acarrea la aplicación del principio *periculum est debitoris*. Esto significa que el riesgo de pérdida o deterioro de la prestación o de imposibilidad de ejecución de la misma, en el sentido amplio, habitualmente es asumido por el deudor, vale decir, que será el deudor quien sufra los riesgos y perjuicios de dicha imposibilidad, traducidos en la pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Sin embargo, el estado moratorio hace que se configure una situación distinta; precisamente, la situación que se presentará será la inversa, produciéndose la transferencia del riesgo ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación sin culpa de las partes.

del año 1980, abordaba el tema en su artículo 195: «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»; en tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hacía en el numeral 1358: «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»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1307: «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».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1340 del Código Civil Peruano, entre otros, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 832, primer párrafo) y los Códigos Portugués de 1967 (artículo 815), Helénico (artículo 355), de la República de China de 1930 (artículo 237), Suizo (artículo 92) y Alemán (artículo 300).

En norma de peculiar contenido, el Código Civil Cubano de 1988 (artículo 253) establece que durante la mora del acreedor, el deudor debe conservar en buen estado el bien objeto de la prestación.

Dentro de tal orden de ideas, el principio que se aplicará a partir de la constitución en mora del acreedor, será el *periculum est creditoris* (el acreedor sufre el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere).

Note el lector que en ningún momento hemos hecho referencia al tema de la indemnización por daños y perjuicios, en la medida que esta no se deberá (por lo menos en su aspecto compensatorio) si es que la prestación resultase imposible sin culpa de las partes, por más que el acreedor se encontrara en estado moratorio.

Por otra parte, Moisset de Espanés considera que existe una aparente contradicción entre los artículos 1340 y 1140 del Código Civil —por un lado— y el artículo 1251 —por otro—, precepto, este último, que parece exigir que al ofrecimiento de pago se sume la consignación de la cosa debida para liberar de responsabilidad al acreedor.[254] En este sentido, Moisset de Espanés entiende que una adecuada correlación de estas reglas debe llevar a las siguientes conclusiones:

1. El ofrecimiento de pago, o la correspondiente intimación de que se cumplan las conductas de colaboración debidas por el

[254] El artículo 1251 del Código Civil establece que: «El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos:
1.- 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.
2.- Que, respecto del acreedor, concurran los supuestos del artículo 1338 o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas».

acreedor, lo coloca en situación de mora, pero la obligación todavía existe.

2. Durante la mora del acreedor los riesgos de pérdida o deterioro de la prestación están a su cargo.

3. La mora del acreedor abre camino a la posibilidad de consignar.

4. La consignación válidamente efectuada libera totalmente al deudor y extingue la obligación.

Por nuestra parte, insistimos en que deben entenderse como temas distintos la constitución en mora del acreedor y el pago por consignación.

Ello, porque la situación moratoria acarreará determinadas consecuencias que nos encontramos estudiando, las mismas que son distintas a las del pago por consignación.

Además, la mora del acreedor responde necesariamente a lo que se entiende por actos de ofrecimiento de pago, seguidos de una falta o ausencia de cooperación por parte del acreedor de la obligación. Pero, como sabemos, el ofrecimiento de pago no es sinónimo de consignación, ya que esta es necesariamente un acto posterior al ofrecimiento de pago. Es más, como lo analizamos en su oportunidad, no hay consignación sin previo ofrecimiento de pago, pues el Derecho entiende que sería absurdo consignar sin antes haber ofrecido pagar o, al menos, haber comprobado encontrarse en la imposibilidad material o jurídica de realizar dicho ofrecimiento.

De otro lado, dentro del régimen legal peruano, la consignación, salvo que la ley establezca lo contrario, es voluntaria, vale decir que el deudor deberá realizar un análisis del caso concreto para obtener sus propias conclusiones en el sentido de si le conviene consignar o no, luego de haber ofrecido el pago. Y no siempre será conveniente para el deudor consignar, pues hay ocasiones en las cuales el deudor se

verá beneficiado con no consignar, como sería el caso en el cual mantuviese la posesión de un bien que le fuera útil y que no le reportase el pago de costos de mantenimiento, ni de intereses compensatorios.

Agrega Moisset de Espanés que cuando el acreedor está en mora no se aplica la regla de que, haciéndose imposible la prestación en poder del deudor, se presume que es por su culpa. Dicha presunción, que carga sobre el deudor la prueba de su no culpabilidad, sería perjudicial para él mismo, y lo sería por causa del acreedor, que, al no recibir la prestación, motivó que esta siguiese en poder del deudor. Por ello, parece justo que, en caso de mora del acreedor, se presuma que la imposibilidad de la prestación procede de caso fortuito, permitiéndose que el acreedor pruebe lo contrario.

Por nuestra parte, disentimos de esta opinión.

La divergencia obedece a que no resulta posible dar una lectura distinta a una presunción legal, como la establecida en el artículo 1329 del Código Civil, precepto que señala lo siguiente: «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor». En consecuencia, si se origina el incumplimiento de una obligación, inmediatamente se aplicará la presunción establecida en la norma citada.

Sin embargo, como se trata de una presunción *iuris tantum,* vale decir de una presunción que admite prueba en contrario, el deudor podría demostrar, si fuera el caso, que su incumplimiento no obedeció a causa a él imputable.

Dentro de tal orden de ideas, si el deudor hizo el ofrecimiento de pago respectivo y este ofrecimiento no fue seguido por la aceptación o por los actos de colaboración del acreedor, necesarios para que el deudor pudiera pagar, entonces se configuraría el supuesto previsto por el artículo 1314 del Código Civil, precepto que dispone que «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable

por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Así, no se trata de invertir presunción alguna. Solo se trata de que ante una situación de incumplimiento, el deudor que no ha podido pagar por culpa del acreedor se vea exonerado de responsabilidad, pero, para tal efecto, deberá probar la condición moratoria del acreedor.

Como la mora del acreedor no se presume, ni se entiende por dada, ella deberá ser demostrada por el deudor.

23.3.2. Subsistencia de la contraprestación, si la hubiere

Señala Albaladejo que cuando frente a la obligación del deudor existía otra contra obligación del acreedor (obligaciones recíprocas), esta, a pesar de la extinción de aquélla, subsiste, pero cabe pedir su resolución.

La mora del acreedor implica que aquella prestación todavía es debida por el deudor, quien desea cumplirla; siendo aún factible de cumplimiento, es decir, que reúne todas las condiciones propias de una prestación en situación moratoria, dentro de las cuales se encuentra que el cumplimiento de la prestación todavía resulta posible y útil para el acreedor.

Aquí disentimos de la opinión de Albaladejo, cuando plantea que una de las dos obligaciones recíprocas se extingue. Ello no ocurre en cuanto a la obligación que ha generado la mora del acreedor, y no cabe pensar, por eso, que se va a producir la extinción de la otra obligación (es decir, de la contraprestación).

23.3.3. Hacer cesar la mora del deudor o evitar que se produzca si aún no había incurrido en ella

Si el deudor se encuentra en mora, una de las formas en que puede producirse su extinción es cuando el deudor ofrece el pago al acreedor.

La mora del deudor implica, dentro de otros conceptos, una situación de expectativa del acreedor para que el deudor cumpla con la obligación que le compete.

Esto significa que mientras el acreedor no dé por extinguida la obligación, resolviendo el contrato con el deudor, este último se encontrará apto para cumplir con la obligación que le compete, y su ofrecimiento de pago no podría ser rehusado, a menos que sea inútil para el acreedor. Todo ello, desde luego, con cargo a la indemnización de daños y perjuicios que tendría que asumir el deudor por haber incurrido en mora.

Es claro, entonces, que si el deudor en mora ofrece pagar a su acreedor y este acepta el pago, la situación de mora se extinguiría porque también se habría extinguido la obligación.

Pero no es este el único supuesto factible, en la medida que al ofrecimiento de pago por el deudor moroso podría seguir una negativa de aceptarlo por parte del acreedor.

En este último caso, el deudor habría dejado de estar en mora, y más bien quien incurriría en mora sería el acreedor, con todas las consecuencias que tal situación acarrearía para ambas partes.

23.3.4. Evitar, en general, al deudor toda posible tacha que se siguiese de no haber cumplido

Según Albaladejo, esto se debe a que aunque realmente el deudor aún no cumplió, sin embargo está dispuesto a hacerlo, y no lo realiza, no por su culpa, sino por la del acreedor.

Por nuestra parte, coincidimos con las expresiones de Albaladejo, en el sentido que la mora del acreedor evitará cualquier posible tacha o cuestionamiento relativo a la conducta jurídica del deudor.

23.3.5. El deudor puede liberarse de la obligación consignando la cosa debida

Albaladejo afirma que mientras que el deudor no haya consignado la cosa debida, aunque haya ofrecido el pago, y el acreedor lo haya rechazado injustificadamente, incurriendo así en *mora accipiendi,* la realidad es que no ha cumplido la obligación ni está liberado de ella, aunque no le alcancen las consecuencias propias del incumplimiento, porque este es imputable al acreedor.

Puig Brutau[255] piensa de modo similar que Albaladejo.

Nosotros compartimos el parecer de los profesores españoles citados.

Resulta evidente que constituye requisito indispensable para recurrir al mecanismo de la consignación, que el deudor haya ofrecido pagar al acreedor o que haya agotado todos los medios para poder efectuar dicho ofrecimiento, sin haber tenido éxito.

Esta situación constituirá en la inmensa mayoría de los casos un supuesto de mora del acreedor. Y como fue explicado oportunamente, la mora del acreedor puede derivar en que el deudor decida consignar la prestación debida.

23.3.6. La mora del acreedor excluye la del deudor

Según refiere Puig Brutau, la mora del acreedor excluye la del deudor, según doctrina de la sentencia española de 9 de julio de 1941, pues afirma que el ofrecimiento por parte del deudor, no aceptado por el acreedor, aunque no vaya seguido de la consignación, impide dar al deudor trato moroso.

[255] Puig Brutau, Luis. *Op. cit.*, pp. 495 y 496.

En efecto, la mora del acreedor excluye la del deudor. Como fue explicado oportunamente, cuando el deudor moroso ofrece pagar, automáticamente deja de tener la condición de moroso, para dar paso a la mora del acreedor, que sustituye a aquella del deudor.

Ahora bien, cabría preguntarse si cuando un acreedor se encuentra constituido en mora es posible que posteriormente el deudor también tenga, conjuntamente con el acreedor, esa condición.

Puede ocurrir que el acreedor en mora decida aceptar el pago que oportunamente le había ofrecido su deudor, y que luego sea el deudor quien se niegue a pagar.

En este caso se produciría una situación similar a la del juego de ping pong, pues entonces sería el deudor quien se encontraría en mora y el acreedor quien dejaría de estarlo.

Si luego el deudor quisiera pagar y el acreedor rehusase aceptar el pago, el deudor dejaría de estar en mora, en tanto que el acreedor volvería a encontrarse en ese estado.

Pero, al igual que en el juego de ping pong, la pelota nunca podría estar simultáneamente en los dos lados del tablero. En el caso de la mora resulta absolutamente imposible que las dos partes se encuentren simultáneamente en tal condición respecto a la ejecución de una prestación y de su contraprestación: o estará en mora el deudor o estará en mora el acreedor.

23.3.7. Deber de indemnizar los daños y perjuicios causados al deudor

Moisset de Espanés señala que constituye también un efecto de la mora del acreedor, previsto en el artículo 1339 del Código Civil Peruano de 1984, el deber de indemnizar al deudor por los daños y perjuicios que le origine su actitud.[256]

[256] El artículo 1339 del Código Civil prescribe que: «El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso».

Agrega Moisset de Espanés que esta indemnización comprenderá tanto los gastos originados por el ofrecimiento de pago que no fue aceptado, como los que pueda acarrear la guarda y cuidado de la cosa debida.

- **Fuentes nacionales del artículo 1339**

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; en el Código Civil de 1936; ni en la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.

El tema fue abordado por primera vez en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 194: «El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso»; luego por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, numeral 1357: «El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso»; y, finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, artículo 1306: «El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso».

- **Fuentes y concordancias extranjeras**

Concuerdan con el artículo 1339 del Código Civil Peruano, entre otros, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 832, 2° párrafo), y los Códigos Brasileño de 1916 (artículo 958), Cubano de 1988 (artículo 255), de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 122) y Alemán (artículo 304 —en el caso de mora del acreedor, el deudor puede exigir indemnización por los mayores gastos que tuviese que hacer para el ofrecimiento sin resultado, así como para la conservación y mantenimiento de la cosa debida—).

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1207) dispone que cuando el acreedor se encuentra en mora, queda a su cargo la imposibilidad de la prestación sobrevenida por causa no imputable al deudor. No se deben ya los intereses ni los frutos de la cosa que no hayan sido recibidos por el deudor. El acreedor está también obligado a resarcir los daños derivados de su mora y a soportar los gastos para la custodia y la conservación de la cosa debida. Los efectos de la mora se verifican desde el día de la oferta, si esta es posteriormente declarada válida, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada o si es aceptada por el acreedor.

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 530) establece que si el acreedor se constituye en mora de recibir la prestación, el deudor tiene derecho a

Por nuestra parte, expresamos que es criterio universal que resultan susceptibles de indemnización los daños y perjuicios de carácter moratorio, vale decir aquellos que se generen durante el periodo de la mora, sea esta del deudor o del acreedor.

Por lo demás, esta materia se regulará por las disposiciones generales del Código Civil (artículos 1314 y siguientes).

23.3.8. Otros efectos de la mora del acreedor

Moisset de Espanés piensa que las previsiones sobre los efectos de la mora del acreedor en el Código Civil Peruano son escasas, a diferencia de otros Códigos. Refiere como ejemplo que nada ha previsto dicho cuerpo legal con respecto a los límites que puede tener la restitución de productos cuando un tercero los hubiese separado o percibido sin culpa del deudor; ni tampoco respecto a los intereses compensatorios, aunque estima el citado autor que estos deberían suspenderse si a la interpelación se agrega la consignación de la suma debida.

Finalmente, agrega que tampoco se regula la forma en que el acreedor puede poner fin a su situación de mora. En este sentido, considera que por aplicación de principios generales, el acreedor que cese en su actitud omisiva y ofrezca la colaboración necesaria con relación a los deberes secundarios de conducta, o reclame el cumplimiento mostrándose dispuesto a recibir el pago, pondrá, de esta manera, fin a su estado de mora.

Nosotros disentimos de lo expresado por Moisset de Espanés, ya que consideramos que el Código Civil no podía —ni debía— prever

ser indemnizado por los gastos hechos para la conservación de la cosa debida. Si esta sufriere daños, el deudor solo responde por dolo o culpa grave. Las deudas de dinero no producen interés durante la mora del acreedor.

todas las consecuencias de una determinada situación jurídica de manera conjunta, agrupada o en un mismo lugar del propio Código.

Independientemente del silencio del Código Peruano respecto a otros efectos de la mora del acreedor, no será difícil deducir las consecuencias de los mismos por aplicación de los preceptos específicos que sobre determinados temas prevé el propio Código.

Así, para saber qué ocurre con los frutos y productos, deberemos interpretar las normas generales que sobre el tema contempla nuestro cuerpo normativo.

En lo que respecta a los intereses compensatorios, nos parece adecuado que el Código Civil no se pronuncie al respecto, pues la solución resulta evidente.

Si se tratase de un deudor que adeuda una suma de dinero y se la ofrece pagar a su acreedor, negándose este a recibirla, resulta claro que el deudor tendrá dos caminos. El primero consistirá en retener el dinero debido, si le resultara tolerable que sobre el mismo se sigan devengando los intereses compensatorios correspondientes (si se hubieran pactado intereses compensatorios, pues si ellos no se hubiesen estipulado, la mora del acreedor no sería causa generadora de interés alguno). La segunda vía consistirá en decidir que no le resulta conveniente continuar asumiendo el pago de intereses compensatorios, luego de constituido en mora el acreedor. Esta situación conducirá al deudor a tratar de liberarse a la brevedad posible del devengamiento de dichos intereses compensatorios; y la única forma que tendrá para lograrlo es la de recurrir al pago por consignación, mecanismo que surtirá los efectos liberatorios del pago.

Por otra parte, y a pesar de que resulta evidente, mientras subsista la mora del acreedor, no puede pensarse en la generación de intereses moratorios en perjuicio del deudor; ello en estricta aplicación del antiguo principio «no hay mora sin culpa».

Variando de tema, Caballero Lozano[257] expresa que los efectos de la mora del acreedor son distintos para cada tipo de obligación. Atendiendo al objeto, la pérdida de la cosa debida tiene un sentido distinto en las obligaciones de hacer respecto a las de dar. Con relación al vínculo, la incidencia de la mora, en cuanto al riesgo por pérdida de la cosa, es distinta en las obligaciones simples y en las recíprocas, si no diametralmente opuestas. Asimismo, los efectos dependen de la calificación que merezca la cooperación, si es una obligación o una carga.

Además el autor citado considera que el momento determinante es aquel en el cual coincidan, primero que el deudor haya hecho todo cuanto debía, de modo que a partir de entonces el cumplimiento dependa solo y exclusivamente del acreedor, y segundo, cuando el acreedor se haya negado a colaborar en el cumplimiento. Este es el momento en que un hecho dependiente del acreedor imposibilita la continuación de la actividad solutoria del deudor o su culminación, porque hasta esa fecha cabía esperar, por el deudor, conforme a la buena fe, la actividad positiva del acreedor.

Los efectos de la mora del acreedor, según precisa Caballero Lozano, van dirigidos a evitar al deudor cualquier consecuencia dañosa derivada de la falta de cooperación del acreedor; asimismo, y de modo secundario, el fin que se persigue es mantener, en lo posible, la integridad de la prestación a la que tiene derecho el acreedor, a pesar de estar en una situación reprobada por el Derecho. Así, los citados efectos redundan en beneficio no solo del deudor, sino también —aunque sea de modo indirecto— del acreedor. Agrega Caballero Lozano que esto segundo es notorio, desde el momento en que el deudor continúa obligado a conservar la cosa objeto de la prestación y responde de su pérdida o deterioro culpables.

---

[257] Caballero Lozano, José. *Op. cit.*, pp. 239-245.

Nosotros coincidimos con lo expresado por Caballero Lozano, ya que debe tenerse sumo cuidado en apreciar desde qué momento se produce la situación moratoria del acreedor, para también poder conocer desde qué momento se originarán los efectos estudiados.

Resulta claro, asimismo, que no todas las situaciones de mora tendrán similares características, en la medida que mucho dependerá del tipo de obligación, de su naturaleza y de los términos y condiciones contractuales.

No obstante, la experiencia enseña que en la práctica no resulta difícil identificar estos momentos.

23.4. La mora del acreedor y el pago por consignación judicial

El pago por consignación es consecuencia de la resistencia del acreedor a recibir la prestación que le está ofreciendo el deudor.

En este sentido, la *mora creditoris* opera como un presupuesto para que el deudor haga uso de su derecho a la liberación del vínculo contractual a través de la consignación judicial.

Al respecto, Caballero Lozano[258] considera que frente a la exoneración total de responsabilidad que producen el pago y los subrogados del cumplimiento, entre los que se encuentra la consignación judicial, la mora del acreedor efectúa una liberación parcial de la deuda. La mora y la liberación coactiva tienen presupuestos muy parecidos y finalidades completamente análogas, pero no producen los mismos efectos, porque si bien el ofrecimiento de pago no seguido de consignación es suficiente para constituir al acreedor en mora, sin embargo hasta que se efectúe el depósito judicial, aceptado por el acreedor o declarado válido por el juez, no se extingue la obligación.

[258] Caballero Lozano, José. *Op. cit.*, pp. 327-329.

Agrega dicho autor que el ofrecimiento de pago, ya sea real o verbal, no equivale al cumplimiento, ni aún en el caso de ser rechazado por el acreedor. La razón es sencilla; la oferta malograda no satisface el interés del acreedor, porque no le coloca en la situación de poder beneficiarse inmediatamente de la prestación que le es debida. El deudor ha realizado todo lo que de él dependía, pero no ha desarrollado toda la actividad en que consiste el cumplimiento. Si el deudor pudiese cumplir por sí mismo, carecería de sentido la mora del acreedor, porque esta exige la necesidad de la cooperación del acreedor en orden a la íntegra realización de la prestación, cooperación del acreedor que es suplida por el juez.

Indica Caballero Lozano que el procedimiento de liberación es de libre iniciación por el deudor; él podrá contentarse con haber provocado la mora del acreedor y quedará cubierto de una eventual demanda de resolución y con haber hecho recaer sobre el acreedor las mayores cargas de la subsistencia de la obligación más allá del término previsto, libertad que —en la práctica— queda limitada en el sentido de que el deudor ha de hacer todo lo posible para evitar gastos injustificados al acreedor, lo que exigirá en múltiples ocasiones el depósito judicial de la cosa.

Respecto a las obligaciones de hacer, el autor citado considera que la liberación del deudor puede darse mediante la resolución judicial en la que se declare que estuvo dispuesto a cumplir. En tal caso, la resolución es una auténtica sentencia de liberación.

En suma, Caballero Lozano estima que la mora del acreedor deja expedito el recurso a la consignación judicial de la cosa o a la resolución judicial equivalente, cuando la obligación sea de hacer, alcanzándose la íntegra liberación del deudor.

Por su parte, Moisset de Espanés[259] señala que «El pago por consignación es un mecanismo que la ley prevé para facilitar al deudor que se libere, es decir ejercite su 'derecho a pagar', en los casos en que no cuenta con la colaboración del acreedor, sea porque éste se niega a brindar esa colaboración, sea porque no puede hacerlo. Este procedimiento judicial tiene como finalidad primordial poner fin a la vida de la relación jurídica obligatoria, que no ha podido concluir de manera normal».

Nosotros coincidimos con las expresiones de Caballero Lozano y de Moisset de Espanés. Por lo demás, remitimos al lector a lo estudiado oportunamente en torno a las relaciones entre la mora del acreedor y el pago por consignación y a las diferencias entre ambas figuras, materia que analizamos seguidamente.

23.4.1. Diferencias entre la mora del acreedor y el pago por consignación

23.4.1.1. En cuanto a la causa

Según explica Moisset de Espanés, la regla general para que proceda la consignación es la falta de colaboración del acreedor en recibir el pago; pero esa falta de colaboración puede tener muy diversas causas y ser o no imputable al acreedor.

Al respecto, añade que cuando la falta de colaboración es imputable al acreedor, que obrando culposamente no recibió el pago, se produce la configuración de la mora del acreedor, la cual hace posible la consignación. Pero, también se admite la consignación cuando esta falta de cooperación es inimputable, como sucede cuando el acreedor es incapaz o estuviese ausente; e inclusive puede suceder que la ley le

[259] Moisset De Espanés, Luis. *Diferencias entre Mora del Acreedor y Pago por Consignación. Op. cit.*, pp. 1-9.

imponga el deber de no recibir el pago, como ocurre cuando la deuda ha sido embargada.

Evidentemente estamos de acuerdo con las expresiones del profesor argentino, habida cuenta que una de las principales diferencias entre la mora del acreedor y el pago por consignación está dada por el hecho de que para que exista mora necesariamente debe haber culpa del acreedor (no hay mora sin culpa), en tanto que para que proceda la consignación no necesariamente tiene que haber habido una falta de aceptación dolosa o culposa por parte del acreedor.

23.4.1.2. En cuanto al riesgo y a los intereses

Respecto a los intereses y a los riesgos de la prestación, Moisset de Espanés considera que las normas de la consignación judicial solo tienen interés cuando se llega a la consignación porque el acreedor no puede colaborar; ya que cuando el acreedor no ha querido hacerlo, es un requisito previo para consignar el que se lo constituya en mora, y es desde este momento que los riesgos de la cosa habrán pasado al acreedor, y también habrá cesado el curso de los intereses.

Para nosotros es claro que mientras el deudor no haya constituido en mora al acreedor, correrá con los riesgos de pérdida de la cosa *(periculum est debitoris);* en tanto que después de haberlo constituido en mora se transferirá el riesgo *(periculum est creditoris).*

Sin embargo, este último concepto no rige en el supuesto de que el cumplimiento de la obligación sea imposible por dolo o culpa inexcusable del deudor, caso en el cual este asumirá el riesgo.

En cambio, desde el momento en que se produce el pago por consignación, el deudor se libera de los riesgos de pérdida del bien, en la medida en que él ya no se encontrará dentro de su ámbito de influencia y cuidado.

Con relación al tema de los intereses compensatorios, ya hemos dicho que si ellos se hubiesen estado devengando antes del momento de la constitución en mora del acreedor, continuarán devengándose luego de la mora, a menos que el deudor proceda a consignar lo debido, momento en el cual dejará de deber interés compensatorio alguno.

23.4.1.3. En cuanto a su naturaleza judicial o extrajudicial

Moisset de Espanés al comentar el tratamiento de la consignación por el Código Civil Peruano, piensa que, con respecto al artículo 1252,[260] parece ser que el que se hable de ofrecimiento judicial o extrajudicial de pago, ha llevado a que algunos crean que podría haber consignación extrajudicial; lo cual es erróneo, pues la doctrina más autorizada entiende, basándose en el artículo 1253,[261] que la consignación es siempre un proceso judicial.

---

[260] El artículo 1252 del Código Civil prescribe lo siguiente: «El ofrecimiento puede ser judicial o extrajudicial.- Es judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviera impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera incapaz sin tener representante o curador designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido.- El ofrecimiento extrajudicial debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado. Si no lo estuviera, la anticipación debe ser de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale».

[261] El artículo 1253 del Código Civil dispone que: «El ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso de la manera que establece el Código Procesal Civil.- La oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada, se tramitan en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva».

No cabe duda, en opinión nuestra, que la consignación solo puede efectuarse judicialmente. Nunca será posible hablar de una consignación extrajudicial.

Dentro de la lógica distorsionada del artículo 1252 del Código Civil, únicamente será factible referirnos a un ofrecimiento de pago judicial o extrajudicial, a pesar de que el ofrecimiento de pago es fundamentalmente extrajudicial.

En lo que respecta a la mora del acreedor, esta será extrajudicial en la medida que el ofrecimiento de pago hubiese sido extrajudicial, en tanto que será judicial en la medida que dicho ofrecimiento de pago revista este mismo carácter y —claro está— se trate del primer ofrecimiento.

23.4.1.4. En cuanto a su eventual carácter transitorio o instantáneo

Moisset de Espanés considera que la mora del acreedor da lugar a una situación transitoria, en cuyo transcurso aún existe la posibilidad de que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación, si el acreedor desiste de su actitud y se allana a recibir el pago.

La consignación, en cambio, «aunque se extienda en el tiempo —por la necesidad de sustanciar el proceso— es un hecho 'idealmente' instantáneo, que tiende a poner fin de manera definitiva a la relación jurídica obligatoria».

Nosotros no estamos seguros de que la mora del acreedor sea una situación transitoria y que el pago por consignación sea una situación instantánea; ello, por lo menos, no en términos absolutos.

La mora del acreedor plantea una situación que, en apariencia, está destinada a tener carácter transitorio, debiendo concluir ya sea porque el acreedor finalmente termina cediendo y cobra la prestación; o porque el deudor consigna; o porque la prestación termina

deviniendo en imposible; o, al fin y al cabo, porque se presenta alguna de las circunstancias que ponen fin a la mora.

Sin embargo, no obstante que las situaciones reseñadas serán las de más frecuente ocurrencia, nadie puede conocer cuándo terminará la situación de mora del acreedor en las obligaciones que no tengan carácter de *intuitu personae;* y, en la medida que sean susceptibles de heredarse, si luego de constituido en mora el acreedor, este nunca hubiera cobrado y el deudor nunca hubiera consignado, podría plantearse, al menos en teoría, una situación de mora prácticamente eterna.

23.4.1.5. En cuanto a la justificación de la conducta omisiva

Según Moisset de Espanés, la mora del acreedor exige siempre de su parte una conducta culpable o ilegítima; a la consignación puede llegarse en casos en que el acreedor no ha tenido ninguna culpa y su omisión de colaborar se encuentra justificada.

Este tema, en nuestra opinión, se relaciona con otro que analizamos anteriormente (el de la culpa). Resulta claro que no hay mora sin culpa, pero que sí puede haber consignación sin que haya mediado culpa del acreedor.

No nos queda clara, sin embargo, la afirmación del profesor argentino en el sentido de que en los casos de consignación la omisión de colaborar por parte del acreedor, se encuentra justificada.

De existir justificación jurídica para que el acreedor no realice los actos de colaboración, ello se deberá a que el Derecho lo ampara. Y si así fuese, y el deudor consignara, esta consignación debería ser declarada improcedente.

23.4.1.6. En cuanto a la obligatoriedad de consignar

Otra diferencia que señala Moisset de Espanés, es que el «deudor que ha constituido a su acreedor en mora no está obligado a consignar, sino que puede esperar que el acreedor purgue su mora, y pagar recién cuando el acreedor se avenga a recibir la prestación».

Lo señalado nos parece evidente, pues el deudor que ha constituido en mora a su acreedor no tiene obligación alguna de consignar.

23.4.1.7. En cuanto a sus efectos

Según Moisset de Espanés, «La constitución en mora del acreedor tiene solamente como efecto trasladar los riesgos de la prestación y hacer cesar el curso de los intereses. La consignación va más allá, puesto que extingue la obligación, y en tal caso ya no podrá hablarse de riesgos de la prestación, ni de intereses [...]».

Estamos plenamente de acuerdo con lo anotado por el profesor argentino, en la medida en que el deudor consigne el bien debido.

23.5. Extinción de la mora del acreedor

Los supuestos de extinción de la mora del acreedor son los siguientes:

23.5.1. Renuncia de la parte afectada o perjudicada

Según Vas Serra,[262] esto demuestra que no existe interés en los efectos producidos. Ello puede darse cuando las partes convengan un nuevo plazo para el cumplimiento. La renuncia puede ser más o menos amplia, conforme al interés de las partes.

Llambías señala, además, que la mora del acreedor también puede cesar por decisión del deudor, cuando este renuncia —total o parcial-

---

[262] Vas Serra. Citado por Caballero Lozano, José. *Op. cit.*, p. 340.

mente— a la prestación de hacer valer los derechos a su favor, producto de aquella mora. Anota que dicha renuncia puede ser expresa o tácita.

Esta causa de cesación de la mora del acreedor —precisa Llambías—, no altera, en principio, los efectos ya producidos por ese estado. Así, si se conviniera un plazo para recibir una máquina que antes fue rechazada por el acreedor, esto importaría, por renuncia tácita del deudor, la purga de la mora precedente de aquel, pero no extinguiría la obligación accesoria de indemnizar los daños y perjuicios moratorios experimentados hasta ese momento por el deudor.

En efecto, si el deudor, como parte perjudicada por la mora del acreedor, acuerda con este dar por concluida la situación moratoria, y conviene un nuevo plazo para el pago o extingue la obligación por un medio distinto al pago, dicho deudor podría o no renunciar a la indemnización por el lapso en que estuvo en mora el acreedor.

El caso previsto es el de una renuncia a la mora acordada entre deudor y acreedor. Pero la renuncia podría tener carácter unilateral, en la medida en que el deudor decidiera no hacer valer los derechos que le confiere la condición moratoria del acreedor. Entonces ella estaría circunscrita a tal renuncia, el acreedor ya no se encontraría en mora, y el deudor podría o no ejercitar su derecho a la indemnización por el período moratorio.

23.5.2. El acreedor efectúa el acto de cooperación que omitió ofreciendo todo lo que debe en virtud de la mora

Según Caballero Lozano, la declaración de querer cooperar contendrá una interpelación al deudor para que realice la prestación.

Si el deudor no cumple, incurre en *mora solvendi*. Con la extinción de la mora del acreedor comienza la del deudor. Por el cumplimiento de la obligación, posterior a dicha mora, no se extinguen los

derechos del deudor consecuencia de aquella, salvo que haya renuncia expresa o tácita.

Convenimos en que la mora del acreedor se extinguirá cuando este efectúe los actos de cooperación que debió realizar en su momento y cuya ausencia determinó que se configurara la mora.

Tales actos de colaboración deberán ajustarse, desde luego, a lo establecido en el título constitutivo de la obligación.

23.5.3. Por la extinción de la obligación

Caballero Lozano[263] indica que también se extingue la mora del acreedor por la extinción de la obligación; la mora cesa porque carece del soporte jurídico necesario, ya que no hay mora sin obligación. La pérdida de la cosa después de la mora (el riesgo lo soporta el acreedor), la prescripción, la compensación, la confusión, etc., ponen definitivamente término a la mora.

Por su parte, Llambías refiere que cesa la mora del acreedor por la extinción de la obligación a que se refiere, cualquiera sea la causa de la extinción: pago, imposibilidad de pago, etc.; lo que se explica porque la mora es una calificación jurídica que se aplica a un modo de ser de la obligación, y que naturalmente desaparece con la disolución del mismo vínculo, pues no queda nada que sea susceptible de tal calificación.

Sobre esta causa de extinción de la mora del acreedor, el autor citado resalta que es más enérgica e intensa que las anteriores, ya que al disolverse el vínculo obligacional se termina con las prestaciones accesorias a la obligación principal.

---

[263] Caballero Lozano, José. *Op. cit.*, pp. 340-343.

Desde nuestra perspectiva, también consideramos que la extinción de la obligación, sea por la causa que fuere, constituye el medio más claro de extinción de la mora del acreedor. El tema resulta tan evidente que no requiere de mayor explicación.

23.5.4. Cuando el deudor vuelve a ofrecer el pago y este es aceptado por el acreedor

La mora del acreedor también se extingue mediante una nueva oferta del deudor seguida de la aceptación del acreedor. El problema reside en determinar quién abonará los gastos de ese segundo intento de pago. En opinión de Caballero Lozano, corresponde al acreedor suplir las cantidades satisfechas para tal fin por el deudor, ya que todos los gastos generados por la conducta omisiva del acreedor son de cuenta de este. Asimismo, se pone término a la *mora creditoris* cuando acreedor y deudor fijen, de mutuo acuerdo, un momento ulterior para el cumplimiento, o este conceda una prórroga a aquel.

Si el acreedor, en nuestra opinión, se encontrase constituido en mora y el deudor le efectuara un nuevo ofrecimiento de pago, sería claro que dicho ofrecimiento no estaría constituyendo nuevamente en mora al acreedor (pues solo se constituye en mora una vez, por una prestación ya incumplida).

Pero si ese nuevo ofrecimiento de pago es seguido por la aceptación del acreedor y el pago efectivo a este, entonces habría terminado la mora creditoria y se extinguiría la obligación como consecuencia del pago, quedando en aptitud el deudor de exigir al acreedor la reparación de los perjuicios que le originó durante el período moratorio.

23.5.5. El discutible supuesto del retiro de la cosa consignada

Caballero Lozano considera que el retiro de la cosa consignada no pone término, por sí mismo, a la mora del acreedor. Esto significa un desistimiento en el procedimiento de consignación, pero no supone

necesariamente una renuncia del deudor a toda protección que le otorgue el Derecho ante la conducta omisiva del acreedor; prueba de ello es que puede consignar nuevamente.

Refiere el profesor citado que todo dependerá de si se mantienen las condiciones de la oferta, en especial, la prontitud. Además, el deudor puede retirar la oferta, así como renunciar a los efectos de la mora ya producida. Por el contrario, no sería válida la renuncia a los efectos futuros ni a los efectos de una futura mora del acreedor.

En principio, coincidimos con la opinión de Caballero Lozano. Sin embargo, a pesar de que el retiro de la cosa consignada no impide que el deudor pueda consignar nuevamente, es discutible sostener que el retiro de lo consignado no implica una tácita admisión de que la prestación consignada no se debía.

Ello podrá o no ser así, y precisamente por esto pensamos que existen elementos de juicio para cuestionar el tema.

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES

CUARTA PARTE

Cláusula Penal

CAPÍTULO TERCERO

No hay duda que la importancia práctica, relevancia teórica y normatividad legal de la cláusula penal han determinado que desde antes y después de la promulgación del Código Civil Peruano, en julio de 1984, haya merecido el mayor debate académico.

Como podremos apreciar en el análisis que iniciamos, el principal cuestionamiento que se formula es el relativo a la primera parte del artículo 1346[1] del Código Civil, la misma que establece que el juez,

---

[1] **- Fuentes nacionales del artículo 1346**
Dentro de la legislación colonial, en lo relativo a la reducción de la pena excesiva, podemos mencionar a la Ley 247 de Estilo: «La pena puesta en gran quantidad no se entiende mas de al dos tanto».
También puede hacerse mención, en lo relativo al caso de cumplimiento parcial de la obligación, del Fuero Real, Ley 9, Título XX, Libro III: «Todo home que fuere tenido de pagar deuda à plazo con pena, si paga alguna cosa del deudo ante del plazo, ò en plazo, no le pueda después demandar á aquel a quien habíe de pagar toda la pena por lo que fincó de pagar».
Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.
El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, trataba el tema en sus artículos 737: «La pena convencional no debe comprender todos los bienes, ni exceder el duplo de su legítimo valor». (precepto que se en-

contraba entre las normas de obligaciones de dar); y 825: «La pena puede modificarse por el juez, en el caso de haberse cumplido en parte la obligación principal».

Por otra parte, el Código Civil de 1852, trataba el tema en su artículo 1275: «Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, debe observarse lo pactado»; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en una serie de normas, los artículos 1443: «Si se pacta el pago de cierta cantidad de dinero por daños y perjuicios, para el caso de que no se cumpla una obligación, debe observarse lo pactado»; 1568: «Cuando la obligación tiene por objeto entregar cantidad determinada, y la pena consiste en otra cantidad también determinada, no pueda esta exceder del duplo de aquélla»; 1569: «Si la obligación es de valor indeterminado, y excesiva la pena estipulada, puede el deudor, caso de incurrir en ella, pedir al Juez que la reduzca prudencialmente»; 1572: «En las obligaciones con cláusula penal, no hay lugar a indemnización de daños y perjuicios, cuando el deudor incurre en mora, y el acreedor sólo tiene derecho para exigir la aplicación de la pena estipulada, aunque pruebe que ella no es suficiente indemnización, salvo pacto diverso o contrario»; 1575: «El deudor no tiene derecho para eximirse del cumplimiento de la obligación, cumpliendo la pena, a no ser que expresamente se haya reservado este derecho»; y 1577: «Si el deudor cumple la obligación sólo en parte, o de un modo indebido, o fuera del lugar, o del tiempo designados, y el acreedor acepta semejante cumplimiento, la pena debe disminuirse proporcionalmente, correspondiendo al Juez fijar la rebaja, si no hay acuerdo entre acreedor y deudor».

Es necesario señalar que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regulaba el tema en sus artículos 179: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»; y 186: «El valor de la pena impuesta en la cláusula penal no puede exceder al de la obligación principal»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en los artículos 170: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»; y 177: «El valor de la pena impuesta en la cláusula penal no puede exceder al de la obligación principal»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en los artículos 1213: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»; y 1217: «El valor de la pena impuesta, no puede exceder al de la obligación principal»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1227: «El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trataba sobre este punto en su artículo 77: «El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o en caso de cumplimiento irregular o parcial, aceptado por el acreedor.- El acreedor no

tendrá derecho a un resarcimiento más elevado, aunque pruebe que el convenido es insuficiente, salvo que establezca la culpa del deudor»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en los artículos 201: «El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.- Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.- En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto de interés máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.- Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo»; y 202: «El juez sólo podrá reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en los artículos 1364: «El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.- Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.- En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.- Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo»; y 1365: «El juez sólo podrá reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1313: «El juez puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1346 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Venezolano de 1942 (artículo 1260), Venezolano de 1880 (artículo 1159), Chileno (artículo 1539), Boliviano de 1831 (artículo 822), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 775), Portugués de 1967 (artículo 812), Paraguayo de 1987 (artículo 459), Español (artículo 1154), Etíope (artículo 1893), Egipcio (artículo 181), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 167), Suizo (artículo 163), Holandés (Libro 6, Sección 8, artículo 18) y Argentino (artículos 656, segunda parte, y 666), entre otros.

Adicionalmente debemos mencionar que algunos Códigos Civiles difieren del Peruano. Es el caso de los Códigos Panameño (artículo 1041), Hondureño de 1906 (artículo 1419) y Portorriqueño de 1930 (artículo 1108) que no requieren de solicitud del deudor para reducir la pena. El Proyecto de Código Civil Brasileño (artículo 412), dice, además, que se debe tener en cuenta la naturaleza y la finalidad del «negocio».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Portugués (artículo 398) señala, que tal reducción se hace cuando la pena se muestra manifiestamente excesiva en relación a los intereses del acreedor, aun por circunstancias sobrevinientes. El Código de la Provincia de Québec (artículo 1135) dispone que el monto de la pena no puede ser reduci-

a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva.

Ante un precepto de esta naturaleza, el investigador debe ingresar, necesariamente, al examen de los diversos sistemas que existen en la legislación de nuestra tradición jurídica en torno de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal.

Resulta evidente, además, que el tema suscita apasionados debates, pues sea cual fuere la opción que se elija, habrá razones académicas, prácticas y éticas para defender la tesis escogida. En esta materia, ciertamente, la solución no es pacífica. Parece que lo único concreto es que no existe una solución perfecta que quede exenta de crítica.

Tratando de conservar el menor apasionamiento y la mayor sindéresis, hemos decidido iniciar el tema de la cláusula penal desde la perspectiva de su funcionalidad. Dentro de tal orden de ideas, analizamos el concepto y las funciones de la cláusula penal, vale decir, cuál es su utilidad; estudiamos el sistema adoptado por el Código Civil Peruano de 1984 en torno a la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal, comparándolo con otros textos legales; evaluamos la funcionalidad del sistema peruano —vinculado con cada una de las

do por el tribunal, salvo que la obligación principal haya sido ejecutada parcialmente en beneficio del acreedor, a menos que se haya estipulado en contrario.
De otro lado, el Código Boliviano de 1976 (artículo 535) prescribe que la pena puede ser equitativamente disminuida por el juez, si se ha cumplido en parte la obligación principal o si la pena fuese manifiestamente excesiva, considerando la persona del deudor, la importancia de las prestaciones y las demás circunstancias del caso.
El Código Civil Brasileño de 1916 establece (artículo 924) que cuando se cumpla en parte la obligación, podrá el juez reducir proporcionalmente la pena estipulada para el caso de mora, o de incumplimiento.
De otro lado, el Código Argentino (artículo 660) dispone que si el deudor cumple solo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el juez puede arbitrarla si las partes no conviniesen.

funciones que teóricamente debe cumplir la cláusula penal—, lo que equivale a determinar su utilidad.

Este estudio no estará exento, desde luego, de comparaciones con otros ordenamientos jurídicos, en especial con el brasileño y el italiano, en cuyos Códigos Civiles de 1916 y 1942, respectivamente, se inspiró el legislador peruano de 1984.

Finalmente, intentaremos sugerir algunos aportes para la mejor comprensión del tema y para un eventual perfeccionamiento legislativo sobre este aspecto puntual, habida cuenta que el problema suscitado por el artículo 1346 sí constituye una materia notoriamente importante, a diferencia de los otros temas sobre la cláusula penal consignados por nuestra legislación civil que, en nuestra opinión, no requieren ser alterados, tal como podrá apreciar el lector en el análisis que oportunamente hacemos de ellos.

1. Concepto y funciones de la cláusula penal

Al iniciar nuestros comentarios sobre la cláusula penal, es preciso tener en cuenta que las definiciones formuladas por diversos autores ponen de relieve, de alguna manera, las distintas funciones que cumpliría esa modalidad obligacional.

Así, recordaremos algunos de los conceptos más representativos de la doctrina, para luego emitir nuestros propios puntos de vista.

1.1. Función compulsiva de la cláusula penal

En primer lugar, la cláusula penal cumplirá una función compulsiva.

Un sector de la doctrina la considera como una pena que se dirige a castigar una conducta antijurídica, asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación.[2]

[2] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *La cláusula penal.* Buenos Aires: Ediciones Depalma,

En esta línea de pensamiento también encontramos a Salvat,[3] quien expresa que «la cláusula penal es un medio para asegurar el cumplimiento de la obligación», agregando que la función compulsiva, dentro de las demás funciones que desempeña la cláusula penal, constituye su función principal.

Asimismo, Guillermo A. Borda[4] señala que la cláusula penal es un medio de compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción, por lo común más gravosa que la obligación contraída, exponiendo al deudor a un grave peligro para el caso de incumplimiento.

Por su parte, Josserand,[5] en relación con la función compulsiva que cumple la cláusula penal, manifiesta que por medio de esta, las partes le dan a su acuerdo una fuerza obligatoria mayor, estipulando para el supuesto de inejecución una pena muy elevada, que tomará así la significación y la importancia de una vía de ejecución de naturaleza particular, cuyo valor preventivo será muy interesante, de modo tal que el deudor tendrá mayor interés en hacer honor a sus compromisos, cuya inejecución sería ruinosa para él.

1981, pp. 3 y 4. Es preciso señalar que Aída Kemelmajer de Carlucci nos habla de dos funciones adicionales, las mismas que ya están contenidas dentro de la función compulsiva. Estas son: 1) La función aflictiva, la cual manifiesta que por medio de la cláusula penal el deudor está constreñido psicológicamente al pago de la prestación principal, pues sabe que si no cumple deberá afrontar graves consecuencias patrimoniales; y 2) La función satisfactoria, ya que para el acreedor, gracias a la cláusula penal, entran en su patrimonio bienes que de otro modo no hubiesen asegurado satisfacerlo en un interés patrimonial por el deudor; por el contrario, significa un modo de coercibilidad que no hubiese ejercido presión sobre él, de no existir la cláusula penal.

3 Salvat, Raymundo M. *Op. cit., Obligaciones en general*, tomo I, p. 105.

4 Borda, Guillermo A. *Manual de Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1975, tomo I, p. 196.

5 Josserand, Louis. *Op. cit., Teoría General de las Obligaciones*, vol. I. tomo II., pp. 522 y 523.

Respecto al carácter compulsivo de la cláusula penal, Jorge Joaquín Llambías[6] también sostiene que ella adopta esta función, pues agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir con la prestación principal para eludir la pena que suele ser hasta gravosa. Dice Savigny —citado por Llambías—[7] que «la cláusula penal incita al cumplimiento por el temor de la pena, con lo cual viene a reforzar la sanción del contrato principal».

Conviene aquí precisar la posición de Jesús María Lobato de Blas,[8] con referencia a la función que cumple la cláusula penal. Este autor expresa, al igual que Bonet Ramón, que la cláusula penal tiene conceptualmente siempre el mismo fin y una sola función:

> [...] reforzar el vínculo ofreciendo al acreedor un medio más intensamente eficaz que la acción derivada del crédito simple; la mayor intensidad de la eficacia de este medio consiste en la amenaza hecha al deudor de agravar su responsabilidad ordinaria si no cumple exacta y puntualmente su obligación.

Compartiendo estos conceptos, Diez Picazo[9] afirma que la cláusula penal cumple una función esencial, es decir, aquella que se pue-

6 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones*, tomo I, p. 419.

7 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones*. tomo I, p. 419.

8 Lobato De Blas, Jesús María. *La cláusula penal en el Derecho Español*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1974, p. 32.
En este mismo orden de ideas, De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1944, p. 152. Citado por Busso, Eduardo B. *Op. cit., Obligaciones*, tomo IV, p. 460.
Asimismo, Castán (en Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, p. 128. Citado por Lobato De Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 31) manifiesta que «A la función coercitiva o de garantía se le puede considerar como la finalidad más general, normal y típica de la cláusula penal. Puede decirse, en efecto, que la pena convencional actúa siempre en el sentido de reforzar el vínculo obligatorio y estimular a su cumplimiento normal».

9 Diez-Picazo y Ponce de León, Luis. *Op. cit.*, tomo I, p. 572.

de considerar común a todas sus variedades. Se refiere, naturalmente, a la función compulsiva, o como él la llama, función de garantía, ya que la cláusula penal garantiza la obligación principal, reforzando el vínculo obligatorio, asegurando de alguna manera especial, frente al crédito ordinario, la efectividad del derecho del acreedor.

Agrega el profesor citado que esta función es reconocida por la generalidad de la doctrina que estudia y coloca sistemáticamente la cláusula penal dentro de las garantías de la obligación.

Por nuestra parte, pensamos que la expresión «garantía» debería emplearse entrecomillada, en la medida que la cláusula penal no constituye una garantía propiamente dicha de la obligación.

No olvidemos que dentro de nuestro ordenamiento jurídico las garantías pueden ser personales o reales.

Las garantías personales, como es el caso de la fianza o del aval, son tales por cuanto el fiador y el avalista responden con todo su patrimonio personal respecto al cumplimiento de la obligación asumida por el deudor a quien están garantizando.

Dichas garantías personales revisten tal condición porque el acreedor podría dirigirse contra un patrimonio distinto al del deudor, para obtener la satisfacción del crédito. En las garantías personales el universo de los patrimonios que el acreedor tiene a su disposición va más allá de aquel del propio deudor.

Ello no significa que el acreedor necesariamente vaya a ver satisfecho su crédito, pues el fiador o el avalista podrían ser tan insolventes como el propio deudor, en cuyo caso el acreedor verá frustradas sus expectativas de cobro.

Pero en estos casos la garantía tuvo como objeto, si bien no asegurar el cumplimiento en términos absolutos, sí ampliar el universo de los patrimonios contra los que se podría dirigir el acreedor.

En el caso de las garantías reales, el tema de la garantía propiamente dicha se aprecia de manera más nítida que en el caso de las garantías personales, pues el acreedor tendrá, por efecto de la constitución del derecho real de prenda o hipoteca, derecho preferente de cobro, ejecutando la garantía sobre el bien gravado y hasta por el importe convenido.

En estos casos los bienes gravados podrán ser o no de propiedad del deudor. Si los bienes no fueran de propiedad del deudor, es evidente que se estaría ampliando el universo patrimonial respecto del cual el acreedor podría hacer efectivo su crédito. En caso contrario, vale decir si fuere el propio deudor de la obligación quien hubiese afectado en garantía bienes de su propiedad, no estaríamos hablando de una ampliación del patrimonio con respecto al cual se puede hacer efectivo el cobro, pero sí estaremos colocando en una situación excepcional (de especial preferencia para el acreedor) a los bienes materia de dicha afectación.

Por tanto solo en los casos de una fianza, de un aval, de una hipoteca, de una anticresis o de una prenda, podemos hablar de garantías propiamente dichas, vale decir, en el sentido estrictamente jurídico del término.

La cláusula penal, en cambio, no es una garantía en sentido estricto, pues ni amplía ni refuerza el patrimonio respecto al cual el acreedor podrá intentar hacer efectivo su crédito, ya que la penalidad deberá ser pagada, de ser el caso, por el propio deudor.

Así, ante el eventual incumplimiento de la obligación principal por el deudor, si el acreedor decidiera hacer efectiva la penalidad convenida, ante la insolvencia del deudor, el acreedor nada cobraría.

En tal sentido, no podríamos afirmar que la cláusula penal constituye una garantía propiamente dicha. Lo único que podríamos decir válidamente es que la cláusula penal, en cierta forma, refuerza o «ga-

rantiza de mejor manera» los intereses del acreedor en ver satisfecho su crédito o, subsidiariamente, en cobrar la penalidad estipulada.

No siendo una obligación de objeto plural, la obligación pactada con cláusula penal otorga una posibilidad adicional al acreedor afectado por el incumplimiento del deudor, para —mientras dicho deudor sea solvente— satisfacer sus intereses con el cumplimiento, voluntario o forzoso, de la prestación accesoria.

Por su parte, Ana María Sanz Viola[10] coincide con lo expresado por Diez Picazo, al señalar que la cláusula penal cumple una función de «garantía», lo que implica considerar la pena como un refuerzo de la obligación principal. Añade que con el término «garantía» lo que se le quiere atribuir es la mayor probabilidad de conducir a feliz término la relación obligatoria; es decir, lograr la satisfacción del interés del acreedor a través del cumplimiento regular del deudor. Sanz Viola también afirma que

> [...]la especialidad de la cláusula penal consiste en el estímulo al cumplimiento regular de la obligación que supone para el deudor la amenaza de una prestación adicional en el caso de no cumplir puntual y exactamente la prestación debida.

En este punto cabría formular una interrogante. ¿La cláusula penal constituye un estímulo al cumplimiento regular de la obligación, como dice Sanz Viola, o un estímulo a no dejar de cumplir?

[10] Sanz Viola, Ana María. *La Cláusula Penal en el Código Civil.* Barcelona: José María Bosch Editor S.A. 1994, p. 24. Para reforzar su posición, Sanz recoge lo expresado por Amorós (Amorós Guardiola, M. *La Garantía Patrimonial y sus formas,* pp. 560-592. R.G.L.J. Mayo 1972. Citado por Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.,* p. 27), quien señala que «con la cláusula penal se produce una ampliación objetiva del débito, no de la responsabilidad patrimonial, aunque indirectamente también se puede entender que existe una agravación de la responsabilidad patrimonial del deudor, ya que en última instancia va a ser la ejecución de un importe superior a la prestación originariamente debida».

Esta pregunta, que parecería ser un juego de palabras, no lo es tal pues la cláusula penal no induce al deudor a que cumpla, ya que las motivaciones del cumplimiento se derivan, en el terreno jurídico, de la propia naturaleza de la obligación y, en el terreno moral, del cumplimiento de la palabra empeñada.

La cláusula penal, si su cuantía o magnitud es determinada como suficientemente severa, hará que el deudor pueda disuadirse de incumplir con la obligación, dado que las consecuencias del incumplimiento podrían ser mucho más severas que las del cumplimiento regular.

Finalmente, en torno de este tema, Sanz Viola considera que en la cláusula penal las partes de la relación obligatoria regulan las consecuencias del incumplimiento de tal forma que incitan al deudor a cumplir de manera regular y que esa previsión particular de las partes debe suponer una agravación de la posición del deudor que incumple en relación con lo establecido por la ley, por un lado, y una mejoría para el acreedor, por el otro.

En el afán de sostener esta posición, Aída Kemelmajer de Carlucci[11] señala algunas pautas de las cuáles surgirá la función compulsiva de la cláusula penal.

En primer lugar, manifiesta que podría pactarse la acumulación de la cláusula penal compensatoria y el cumplimiento de la principal (la pena se pagó), aunque no se haya referido a perjuicio alguno, por cuanto también se ha cumplido con la prestación principal.

Aquí consideramos que se confunden conceptos. Si el deudor cumple rigurosamente su prestación, mal podría estar obligado al pa-

[11] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* pp. 8 y 9.

go de penalidad alguna. La pena se paga en adición a la obligación principal solo en el caso de mora, esto es como penalidad moratoria; o cuando se estipula en seguridad de un pacto determinado.

En esta materia hay Códigos explícitos. Por ejemplo, el artículo 1383 del Código Civil Italiano de 1942, cuando establece que «El acreedor no puede demandar conjuntamente la prestación principal y la pena, si esta no hubiera sido estipulada para el simple retardo». O el propio Código Civil Peruano de 1984, cuando preceptúa en su artículo 1342 que si la cláusula penal se estipula para el caso de mora, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

Luego, Kemelmajer de Carlucci sostiene que la cláusula penal se debe a pesar de que el deudor acredite que el acreedor no sufrió daño alguno. Precisamos señalar que este tema, cuestionado por algunos autores, será estudiado en el segundo punto de este trabajo.

La autora citada agrega que por medio de la cláusula penal podría, incluso, accederse al pago de obligaciones naturales, es decir, a aquellas donde no existe acción para exigir el cumplimiento de la prestación principal.

Abrigamos serias dudas sobre la validez de esta tesis. Podría afirmarse que si la prestación principal no es exigible, la accesoria —esto es la cláusula penal— sigue la suerte de la principal.

Jorge Mosset Iturraspe[12] construye una definición en la que claramente se vislumbra la finalidad compulsiva que cumpliría la cláusula penal. Expresa este autor que consiste en una «pena de origen convencional por la cual se somete al sujeto pasivo a un deber jurídico,

[12] Mosset Iturraspe, Jorge. «La cláusula penal». *Revista del Notariado*, 755, Buenos Aires, 1977, pp. 73 y ss.

con la finalidad de reforzar o garantizar el cumplimiento de dicho deber».

Acogiendo esta tesis, Gustavo Palacio Pimentel[13] señala que

> [...] la cláusula penal es la estipulación accesoria añadida a un contrato para asegurar la ejecución de la prestación y por la cual el deudor se somete a pagar una multa o realizar otra prestación en caso de retardo o incumplimiento. Se le llama también pena convencional y tiene por fin ofrecer al acreedor un medio severo y conminativo para que el deudor cumpla la prestación o la realice oportunamente [...].

Giorgi[14] también había asumido lo expresado. El maestro italiano define la cláusula penal como el «pacto accesorio por el cual el deudor, a fin de asegurar la obligación principal, promete una prestación determinada para el caso de que no cumpla la obligación contraída».

De opinión similar, Rosendo Badani[15] precisa que

> [...] para asegurar mejor el cumplimiento de una obligación, puede establecerse que el deudor quedará sometido a una pena determinada, generalmente el pago de una multa, en caso de retardo o de incumplimiento. Se dice entonces que la obligación es con cláusula penal.

Héctor Lafaille,[16] quien pone de relieve su carácter compulsivo, la considera como el recurso conminatorio que logra obtener del deudor el cumplimiento de la obligación y que consiste en establecer una pena convencional para el caso de mora o de no ejecutarse aquella.

[13] Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo I, pp. 389 y 390.
[14] Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, vol. IV, p. 465.
[15] Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, p. 115.
[16] Lafaille, Héctor. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Tipografía A.G. Rezzónico, 1926, vol. I, tomo VI, p. 155. El autor tiende también a subrayar el carácter punitivo que siempre reviste la cláusula penal, pues afirma que cabe exigirla aun cuando faltara el perjuicio en absoluto.

Agrega que por lo común reemplaza a la indemnización, pero sin necesidad de acreditar la existencia o cuantía del daño, lo que revela que subsiste el rasgo compulsivo y que no cabe equipararla siempre al supuesto de ejecución indirecta.

Reafirmándose en lo expresado, Lafaille recuerda la definición del artículo 652 del Código Civil Argentino:[17] «La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación».

Por su parte, François Laurent[18] añade que en caso de estipulación de una pena hay dos obligaciones: una a la que la ley llama principal; la otra a la que la doctrina llama accesoria. La cláusula penal es accesoria, a tal punto que no se concibe sin una obligación, en la que tiene por objetivo asegurar el cumplimiento. Todas las cláusulas que tienen este objetivo, precisa el citado autor, son accesorias pues solo pueden existir si hay una obligación principal.

En opinión de Laurent, se llama a esta principal porque el acreedor estipula no la pena, sino la cosa o el hecho que es el objeto del convenio, siendo principalmente este objeto que él considera y es únicamente para asegurarse el cumplimiento por lo que él estipula una pena.

---

17 El profesor colombiano Antonio De la Vega Vélez (De la Vega Vélez , Antonio. *Bases del Derecho de obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, p. 230) sigue el mismo criterio que impuso Vélez Sarsfield en el Código Civil Argentino, y expresa que «la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal».

18 Laurent, François. *Principes de Droit Civil Français*. Quinta Edición. Bruxelles: Editorial Bruyland, 1893, tomo XVII, pp. 427 y 428.

De la misma forma, con relación al carácter compulsivo de la cláusula penal, Luis Diez Picazo,[19] lo reiteramos, señala que «la estipulación de una pena convencional puede ser considerada como una garantía de la obligación en cuanto que su existencia asegura al acreedor el cumplimiento y facilita la exigibilidad del crédito».

Ya Savigny,[20] en esa línea conceptual, había anotado que la cláusula penal es «una promesa condicional de dar alguna cosa cuando se hace con la intención de obtener que suceda lo contrario de lo que ha sido puesto en condición».

Finalmente, en este mismo sentido, Enneccerus, Kipp y Wolf[21] también resaltan la finalidad compulsiva de la cláusula penal. Así, señalan que esta contiene la promesa condicional de una prestación, pero esta promesa sirve exclusivamente a la obligación principal, debiendo asegurar el cumplimiento de la misma como medio de presión, y hace superflua, en muchos casos, la prueba del daño y de su cuantía si la obligación no es cumplida o es cumplida de un modo no pertinente.

Frente a la posición que subraya el carácter compulsivo de la cláusula penal, hay autores que le niegan esta función. Entre ellos, Planiol[22] sostiene que la cláusula penal, en principio, no tiene carácter compulsivo, pues por regla general todas las convenciones son obligatorias por sí mismas y la ejecutabilidad de las obligaciones lícitas está asegurada por la ley. Solo en ciertos casos excepcionales, afirma, la cláusula penal sirve para dar acción a una persona que sin ella no la tendría; lo que ocurre en las promesas y estipulaciones por otro.

---

19 Diez-Picazo y Ponce De León, Luis. *Op. cit.*, tomo I, p. 583.

20 Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 19.

21 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, p. 187.

22 Planiol, Marcel. Citado por Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 460.

Por nuestra parte, consideramos de extrema importancia las expresiones de Planiol, pues nos parece pertinente que se precise en qué consiste el carácter compulsivo de la cláusula penal.

Es claro, como dice el maestro francés, que la cláusula penal no le da mayor fuerza obligatoria a una relación jurídica, pues tal situación se presenta por el solo hecho de haber nacido una obligación en virtud de una norma legal o de la voluntad humana.

En otras palabras, asumiendo un sentido coloquial, podríamos afirmar que una obligación no es más obligación que otra por el hecho de haberse pactado en ella una penalidad.

Pero pensamos que Planiol aprecia el carácter compulsivo desde una perspectiva distinta de la habitual, hecho que no enerva el carácter compulsivo de la cláusula penal, en el sentido de constituir un elemento adicional o, si se quiere, un «refuerzo» para disuadir al deudor del incumplimiento y conducirlo al camino de la ejecución.

En resumen, Planiol tiene razón, pero a pesar de ello la cláusula penal sigue teniendo una finalidad compulsiva.

En ese orden de ideas, estimamos mucho más acertado al profesor Jorge Bustamante Alsina, quien recogiendo el pensamiento de Salvat,[23] afirma que

> [...] el acreedor tiene siempre el derecho de reclamar la ejecución forzada de la obligación, no por vía directa, sino por vía indirecta de indemnización de daños y perjuicios. Bajo este aspecto, la cláusula penal nada agrega a la eficacia del vínculo jurídico que ella crea. Pero es racional pensar, y éste es el propósito de la ley, que colocado en la necesidad de cumplir la obligación o pagar la pena, muchas veces el deudor optará por lo primero, porque una cosa es que para llegar a la indemnización el acreedor tenga que empezar por probar y hacer liquidar sus perjuicios, y otra, mucho más simple, que le baste demandar el pago de la pena o multa estipulada.

[23] Salvat, Raymundo M. Citado por Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil. Op. cit.*, p. 161.

Sobre el particular, Eduardo B. Busso[24] plantea que la función compulsiva no hace a la esencia de las cláusulas penales. Expresa que es un elemento circunstancial y adventicio, que puede o no corresponder a la finalidad de la institución y a la intención de las partes. Además, señala que el acreedor tanto puede incluir la cláusula penal para presionar al deudor, como para tener un modo rápido y expeditivo de disolver la obligación y reclamar indemnizaciones. En este último supuesto, la inclusión de la pena es, en mayor medida, un incentivo para obtener la resolución que una presión dirigida al cumplimiento.

Nosotros compartimos el parecer de Busso en el sentido de que la función compulsiva no es de la esencia de la cláusula penal.

Es claro que una cláusula penal podría pactarse, como expresa el ilustre profesor argentino, con una finalidad fundamentalmente distinta, como sería el caso de una finalidad resolutoria.

No obstante ello, las expresiones de Busso nos conducen a reflexionar en el sentido que la cláusula penal no tiene por esencia, vale decir, *per se,* todos los matices compulsivos que venimos estudiando.

Esta afirmación obedece a que la cláusula penal puede prescindir de algunas de las funciones analizadas, que —según se ha podido comprobar— cita la doctrina con regularidad como propias de la

[24] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 460 y 461.

cláusula penal, pero no de todas, porque entonces simplemente no sería cláusula penal.

Busso agrega que la cláusula penal solo funcionará como medio de compulsión cuando su monto supere en mucho el valor de la prestación principal.

No coincidimos necesariamente con esas expresiones.

Consideramos que bastará que la penalidad supere el valor de la prestación principal, sin requerirse que lo supere notoriamente.

Esto es claro, en la medida que la compulsión será mayor o menor en función de la desproporción que exista entre el valor de la prestación pactada y el valor de la penalidad convenida.

En teoría podríamos pensar en la existencia de una penalidad que supere en un céntimo el valor de la prestación pactada, así como en otra penalidad que supere en diez veces el valor de dicha prestación.

La compulsión que tendrá como efecto la primera cláusula penal, será notoriamente menor que la segunda. No obstante, no podríamos decir que la primera carecerá de función compulsiva. Solamente podríamos afirmar que ella tendría un grado de compulsión mucho menor que la segunda, pero las dos lo tendrían, sin lugar a dudas.

Creemos que de adoptarse el criterio opuesto, vale decir, aquel que considera que solo tendrá función compulsiva la penalidad que supere notoriamente el valor de la prestación pactada, determinaría que ingresáramos al ámbito de las matemáticas, mezclándolas con aspectos jurídicos, al establecer proporciones o porcentajes en donde algunos de los cuales nos mostrarían cláusulas penales no compulsivas, y otros nos ubicarían ante penalidades compulsivas. Situaciones como estas escaparían a la naturaleza de la figura y a la función del Derecho de Obligaciones, además de correr el riesgo de encasillar inútilmente una institución de tanta riqueza teórica y práctica.

Por otra parte, el maestro José León Barandiarán[25] manifiesta que la cláusula penal hace posible el surgimiento de una responsabilidad que se concreta en el pago de la misma en casos en que de otro modo no cabría acción propia y eficaz contra el que se ha sometido a la cláusula —así, en el caso de la promesa del hecho de un tercero, el promitente, frente al incumplimiento por el tercero, puede garantizarla con una cláusula penal, a exigirse de parte del estipulante—.

Borda y Bonnecase[26] coinciden con lo expresado por León Barandiarán, cuando señalan que la cláusula penal constituye un recurso del que se vale el acreedor para asegurar la seriedad de la promesa hecha por un tercero, de quien no se tiene mandato. El promitente —agrega Borda— se compromete a pagar una pena si la persona cuya prestación prometió se niega a cumplirla.

Sin lugar a dudas, el caso citado por León Barandiarán, Borda y Bonnecase constituye un supuesto extraño de penalidad. Incluso podría discutirse la naturaleza jurídica de dicha pena, en el sentido de si debiéramos considerarla o no como cláusula penal.

Como se recuerda, el Código Civil Peruano de 1984 prevé la figura de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero en sus artículos 1470 a 1472.[27]

---

25 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil Peruano*. Obligaciones-modalidades y efectos. Buenos Aires: Editorial Ediar, S. A. Editores, 1956, tomo II. pp. 180 y 181.

26 Borda (Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 196) coincide con Bonnecase (Bonnecase, Julien. *Op. cit.*, tomo II, pp. 435 y 436), quien afirma que la cláusula penal también sirve para dar fuerza a la estipulación por tercero.

27 Artículo 1470.- «Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente».

Pensamos que la vinculación del tema con la cláusula penal podría provenir de que el artículo 1470 establece que el promitente deberá indemnizar al promisario si el tercero no asume la obligación o no cumple con el hecho prometido, respectivamente; a lo que el artículo 1472 agrega que puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización.

Lo expresado parecería ubicarnos dentro del campo de la cláusula penal.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo previsto por el artículo 1471 del propio Código Civil, en el sentido de que en cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero.

Estimamos que la última de las normas citadas puede conducirnos, válidamente, a discutir la naturaleza de la prestación sustitutoria, ya que si bien es cierto que tiene semejanzas con la cláusula penal, en otros aspectos difiere de ella.

Pero no es el caso incorporar a este estudio ese tema en particular.

1.2. Función indemnizatoria de la cláusula penal

Como señala Kemelmajer de Carlucci,[28] para otro sector de la doctrina, la cláusula penal está exclusivamente destinada a limitar el resarcimiento de los daños que puedan originarse por el incumplimiento de la obligación. Opera a la manera de tope convencional y anticipado

Artículo 1471.- «En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero».

Artículo 1472.- «Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización».

[28] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 6 y 7.

de los daños, como liquidación de su cuantía. Precisa Kemelmajer de Carlucci que la indemnizatoria sería la función principal que desempeñaría la cláusula penal.

Este criterio es compartido por Raimundo Emiliani Román[29] y Elvira Martínez Coco,[30] quienes señalan que la función indemnizatoria que cumpliría la cláusula penal es la predominante en el Derecho moderno, porque mediante su fijación las partes determinan anteladamente el monto que deberá pagar el deudor en caso de incumplimiento.

Esta posición se ve reforzada por el pensamiento de Cazeaux y Trigo Represas,[31] cuando manifiestan que la cláusula penal es una valuación anticipada hecha por las partes de los daños e intereses; y entienden que se trata de un pacto accesorio que se agrega a un acto jurídico, por el cual el deudor o un tercero se comprometen a una prestación indemnizatoria para el caso de incumplimiento de la obligación o de no cumplirla en debida forma.

Asimismo, Martínez Coco recoge lo expresado por Lafaille,[32] quien resaltando una vez más el carácter indemnizatorio de la cláusula penal señala que esta es concebida como «un sucedáneo convencional de los daños e intereses o indemnización convencional».

[29] EMILIANI ROMÁN, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 294-296) señala que «la finalidad principal de la cláusula penal es el vínculo convencional de la indemnización de perjuicios».

[30] MARTÍNEZ COCO, Elvira. *Ensayos de Derecho Civil.* tomo I. Lima: Editorial San Marcos, 1997, pp. 161 y 162.

[31] CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, pp. 239 y 240.

[32] LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, vol. I, tomo VI, pp. 219 y ss. Citado por MARTÍNEZ COCO, Elvira. *Op. cit.*, pp. 161 y 162.

Con relación a este punto, es pertinente tener en cuenta los conceptos de Colin y Capitant,[33] quienes sostienen —al igual que los autores citados— que la función primordial de la cláusula penal sería indemnizatoria.

A su vez, Isabel Espín Alba[34] afirma que la función más utilizada de la cláusula penal es la fijación de una liquidación anticipada de los daños.

En opinión nuestra, la función indemnizatoria de la cláusula penal reviste, sin duda, carácter relevante.

Es verdad que la cláusula penal tiene una evidente e insustituible función indemnizatoria. Sin embargo, apreciamos que dicha función debe verse en sí misma, separada de la idea de evitar la probanza ulterior de los daños y perjuicios ocasionados por el deudor ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, o de limitar los daños y perjuicios que eventualmente se causen en el futuro.

Como consecuencia de lo dicho, la función indemnizatoria debe ser apreciada única y exclusivamente como el avalúo anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento pudiera causar. Esto equivale a decir que, en teoría, es la penalidad convenida y no los daños y perjuicios realmente causados, la que deberá considerarse como monto indemnizatorio a pagar.

En este caso —agrega Espín Alba— las partes fijan de forma previa los posibles daños que el acreedor pudiera sufrir, sustituyendo una futura indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Además, señala que la principal ventaja de este tipo de cláusulas es

[33] Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Op. cit.*, tomo III, pp. 49 y 50.
[34] Espín Alba, Isabel. *La Cláusula Penal.* Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1997, p. 53.

evitar todas las dificultades relativas a la necesidad de aportar pruebas de la existencia de los daños y de su cuantía. De esa manera, precisa dicha autora, no habría que discutir posteriormente la indemnización, pudiendo el acreedor reclamar directamente la cuantía prefijada.

Para sustentar estas ideas, Espín Alba cita a Amunátegui Rodríguez,[35] quien manifiesta que

> [...] los contratantes acuden al establecimiento de cláusulas penales liquidatorias, en las que con carácter previo se fija el valor de la indemnización derivada del incumplimiento o cumplimiento inexacto, fijando normalmente cantidades superiores a la que estimarían los tribunales como resarcimiento por daños y perjuicios, lo que fuerza el exacto cumplimiento de lo pactado.

No obstante, debemos precisar, como luego será analizado, que tal concepto no es determinante, pues él dependerá de lo establecido en cada ordenamiento jurídico.

Bajo esta misma perspectiva, Eduardo B. Busso[36] sostiene que la cláusula penal es la estipulación incluida accesoriamente en un acto jurídico, por la cual el deudor o un tercero se obligan a pagar una prestación indemnizatoria para el caso de incumplimiento y el acreedor limita sus eventuales derechos indemnizatorios al monto de esa prestación que en el mismo acto queda determinado.

Busso[37] fundamenta su pensamiento en lo expresado por Planiol y anota que la cláusula penal es «la liquidación convencional de los

[35] Amunátegui Rodríguez. *La Función Liquidatoria de la Cláusula Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Barcelona, 1993, p. 16. Citado por Espín Alba, Isabel. *Op. cit.*, p. 53.
[36] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 452.
[37] *Idem.*

daños e intereses que se hace a pérdidas y ganancias puesto que no se sabe por anticipado cuál será el daño real».

Añade[38] que la cláusula penal constituye una liquidación anticipada de la indemnización que corresponderá al acreedor por inejecución o retardo, calculada sobre la base de una representación de los daños que las partes han tenido en cuenta al contratar. Busso agrega que la estipulación de la cláusula penal hace más cómoda la situación del acreedor, ya que en caso de mora puede optar por la obligación principal y la pena, sin necesidad de justificar perjuicio alguno. En cambio, el deudor no podría elegir el pago de la pena para liberarse de la obligación principal.

No obstante dichas expresiones, conviene señalar que la penalidad pactada por las partes no siempre representará el monto de lo que ellas juzguen como eventuales daños y perjuicios, pues resulta evidente que, a pesar de que se estime como tales una cantidad determinada, podría pactarse —con la finalidad de cumplir otras funciones propias de la cláusula penal— un monto mucho mayor o incluso sustancialmente menor que el previsto para efectos del incumplimiento.

Busso señala, además, que se limita la responsabilidad del deudor, pues se determina el máximo de indemnización que deberá pagar en caso de incumplimiento.

A modo de conclusión, Busso manifiesta que la cláusula penal cumple una función indemnizatoria, en cuanto facilita la liquidación de los daños, al determinar anticipadamente el monto de los derechos y responsabilidades de las partes en caso de incumplimiento.

[38] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 461 y 462.

Por su parte, Christian Larroumet,[39] compartiendo esta línea de pensamiento, expresa que la cláusula penal es una evaluación global de los daños y perjuicios a la cual proceden los contratantes de antemano para el caso en que el deudor no ejecute o ejecute de una manera defectuosa o con retardo su obligación.

Emiliani Román,[40] siguiendo este mismo criterio, indica que mediante la llamada cláusula penal, las partes hacen el avalúo anticipado y convencional de los perjuicios del incumplimiento. En este caso, la cláusula penal consiste, esencialmente, en un avalúo convencional de la indemnización de los perjuicios y, por consiguiente, se sujeta a las reglas generales de la responsabilidad contractual.

Añade Emiliani Román que el Código Napoléon, en su artículo 1229, restringe la cláusula penal al solo desempeño de una indemnización convencional. «La cláusula penal —reza el citado artículo— es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la inejecución de la obligación principal. Este no puede demandar al mismo tiempo el principal y la pena, a menos que haya sido estipulada por el simple retardo».

Como consecuencia de este precepto, dice Emiliani Román, no cabe duda que el Código Napoléon trata a la cláusula penal como un simple avalúo convencional de los perjuicios, sometiéndola rígidamente a los principios de la indemnización contractual.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, Rodrigo Becerra Toro[41] enseña que la inejecución o retardo en el cumplimiento del

[39] Larroumet, Christian. *Op. cit.*, vol. II, p. 124.
[40] Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 293 y 294.
[41] Becerra Toro, Rodrigo. *Obligaciones Civiles. Fuentes y formas*. Bogotá: Editorial Temis, 1987, pp. 313-316.

contrato impone la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se causen. La determinación de estos puede corresponder unas veces a la ley, al juez o a las partes contratantes. La «convencional» —precisa Becerra Toro— es aquella que las partes hacen en el contrato, fijando guarismos o las bases concretas para su liquidación. Se trata de un cálculo anticipado que evita el debate procesal acerca de la ocurrencia de los perjuicios y su cuantía.

Esta forma de determinación sobre daños y perjuicios, según Becerra Toro, es lo que se conoce como «cláusula penal»; concluye señalando que la cláusula penal, a más de garantizar el cumplimiento de la obligación principal, es la estimación de los perjuicios por retardo o incumplimiento, hecha de manera anticipada.

Por su parte, Elvira Martínez Coco[42] también resalta el carácter indemnizatorio de la cláusula penal, cuando expresa que se trata de una indemnización anteladamente prevista por las partes para los casos de incumplimiento total o de un cumplimiento parcial o irregular de la obligación.

Martínez Coco señala que, según el artículo 1341 del Código Civil Peruano, la cláusula penal cumpliría una función exclusivamente indemnizatoria y no compulsiva, pues afirma que esta última función solo tiene lugar en aquellos ordenamientos que se han inclinado por la inmutabilidad de la cláusula penal, es decir, por el hecho de que luego de pactado su monto no puedan discutirlo judicialmente, principio que no ha sido consagrado por nuestro ordenamiento, según el

[42] Martínez Coco, Elvira. *Op. cit.*, p. 163.

[43] Como se recuerda, el artículo 1346 del Código Civil Peruano establece que: «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida».

artículo 1346[43] del Código Civil. Agrega que este precepto, por el contrario, señala la mutabilidad parcial de la cláusula penal, es decir que la pena puede ser reducida por el juez cuando a solicitud del deudor resulte manifiestamente excesiva.

Sin perjuicio del análisis que efectuaremos en detalle sobre la función indemnizatoria de la cláusula penal en el Derecho Civil Peruano, debemos subrayar que los sistemas jurídicos en los cuales se recoge la mutabilidad de la pena —entre los cuales se encuentra el Código Civil Peruano de 1984—, relativizan notoriamente la función indemnizatoria de la cláusula penal, no llegándola a eliminar, tal como apreciaremos en su oportunidad.

Ahora bien, por lo expuesto consideramos que el Código Civil Peruano de 1984, en el artículo 1341,[44] define los rasgos característicos de la cláusula penal, aludiendo claramente a su finalidad indemnizatoria, sin descartar otras funciones que, como veremos, también está destinada a cumplir.

[44] El artículo 1341 del Código Civil Peruano de 1984, establece lo siguiente con respecto a la cláusula penal: «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores».

- Fuentes nacionales del artículo 1341

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, trataba el tema en tres de sus normas, los artículos 730: «La obligación de dar trae consigo la de entregar la cosa, y conservarla ilesa hasta su entrega, bajo la pena convencional que se haya impuesto; y en defecto de ésta, la de satisfacer daños e intereses al acreedor por autoridad judicial»; 820: «Cláusula penal es aquella por la que, para la seguridad de un convenio, se obliga una persona a alguna cosa en caso de faltar a su compromiso»; y 823: «La cláusula penal es una compensación de los intereses

y daños, que el acreedor sufre por no haber cumplido la obligación. Por una simple demora no puede exigirse el principal al mismo tiempo que la pena, a menos que se haya estipulado así».

Por su parte, el Código Civil de 1852, lo hacía en el artículo 1301: «Puede celebrarse el contrato con cláusula penal, esto es, con obligación de pagar cierta cantidad en los casos de demora o falta de cumplimiento»; en tanto el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en los numerales 1563: «La cláusula penal debe consistir necesariamente en el pago de cantidad de dinero, o en otra prestación cualquiera que, conforme a este Código, pueda ser objeto de obligación»; y 1570: «Incurre en la pena anexa a la obligación, el deudor que no cumple ésta en el tiempo convenido, aunque sea por justas causas salvo pacto diverso o contrario».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; ni el Código Civil de 1936, registran antecedentes sobre el particular.

La Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, abordaba el tema en su artículo 73: «La cláusula por la que se convenga que, en el caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento, uno de los contratantes queda obligado a efectuar determinada prestación, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior.- La pena se debe independientemente de la prueba del daño»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el numeral 196: «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1359: «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1308: «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueron mayores».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1341 del Código Civil Peruano, entre otros los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1106), Uruguayo (artículo 1363), Ecuatoriano (artículo 1578), Venezolano de 1880 (artículo 1154), Venezolano de 1942 (artículo 1257), Chileno (artículo 1535), Boliviano de 1831 (artículo 817), Boliviano de 1976 (artículo 532), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 165), Suizo (artículo 160) y Holandés (Libro 6, Sección 8, artículo 16).

El Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 454) señala además que la penalidad puede ser a favor del acreedor o de un tercero; en tanto el Proyecto de Código Civil Portugués (artículo 396, incisos 1 y 2), utiliza los términos «convención» en vez de «pacto» e «indemnización exigible» en lugar de «penalidad». Además, este Proyecto hace expresa mención de que la penalidad se pacta tan solo por falta de cumplimiento del deudor.

Por su parte, el Código Helénico (artículo 404) dispone que el deudor puede prometer al acreedor, a título de penalidad, una suma de dinero u otro bien por el incumplimiento o la ejecución inapropiada de la prestación.

De otro lado, debe mencionarse que el Código Egipcio (artículo 152) establece que si la obligación determinada fue convenida a título de pena en caso de inejecución de otra obligación, el acreedor tiene la opción entre la ejecución de la obligación principal o la penal, pero el deudor puede extinguir esta opción ejecutando la obligación principal en todos sus términos, a menos que la pena no sea pronunciada por simple retardo.

El Código Chileno (artículo 1541), el Código Ecuatoriano (artículo 1584) y el Código Uruguayo (artículo 1374) señalan que si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar.

Por su parte, el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 462) establece que es válida la pena a que se obliga un tercero para el caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor. En cuanto sea procedente, la estipulación de la pena se regirá por las normas de la fianza. Igualmente válida es la pena a que se obliga el tercero para el caso de que el deudor alegare la nulidad del crédito, siempre que aquel conociere la causa de la nulidad y esta no proviniere de que el objeto del acto estuviere fuera del comercio, fuere prohibido por las leyes, o fueren hechos imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres, que se opongan a la libertad de las acciones, o de la conciencia, o que perjudiquen a terceros.

El Código Argentino (artículo 652) prescribe que la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación; agregando (artículo 653) que la cláusula penal solo puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero.

Dicho razonamiento se sustenta, adicionalmente, por lo expresado en la propia Exposición de Motivos del Código Civil,[45] cuando se señala que este sistema «está destinado a asegurar al acreedor que ve incumplida la obligación por dolo o por culpa del deudor, la cobranza del íntegro de la penalidad, que constituye el resarcimiento fijado anteladamente».

1.2.1. Pautas de la función indemnizatoria de la cláusula penal

Aída Kemelmajer de Carlucci[46] señala tres pautas de las cuales surge la función indemnizatoria como predominante de la cláusula penal.

1.2.1.1. Indemnización

Expresa, en primer término, que la pena entraría en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses.

1.2.1.2. Disminución

En segundo lugar, cabría la posibilidad, según Kemelmajer de Carlucci, de reducir la cláusula penal, lo que vendría a ser un efecto de su carácter indemnizatorio.

En torno al tema de la disminución, el mismo solo será aplicable en aquellos sistemas en los cuales la ley faculta al juez a reducir el

Resulta de interés lo dispuesto por el artículo 654 del Código Civil Argentino, que establece que incurre en la pena estipulada, el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo. Este Código agrega (artículo 657) que el deudor incurre en la pena, en las obligaciones de no hacer, desde el momento que ejecute el acto del cual se obligó a abstenerse. Además establece (artículo 658) que el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho.

45 OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones. Op. cit.*, p. 583.

46 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 9 y 10.

monto de la penalidad establecida por las partes, ya sea de oficio o a solicitud del deudor (caso, este último, propio del Derecho Peruano).

Queda claro que en los sistemas de inmutabilidad de la cláusula penal no podrá disminuirse el monto de la penalidad convenida.

1.2.1.3. Aumento

Finalmente, Kemelmajer de Carlucci señala que muchas veces la cláusula penal se tornaría insuficiente y es entonces evidente que ella no cumplirá ninguna presión psicológica sobre el deudor.

Independientemente del estudio que luego efectuaremos sobre este tema, adelantamos que no todos los ordenamientos jurídicos prevén la posibilidad de aumento de la penalidad, cuando los daños y perjuicios verdaderamente causados fueren mayores al monto de la cláusula penal convenida.

Ello solo resulta posible en los sistemas que han optado por la mutabilidad de la cláusula penal.

En el caso concreto del Perú, la posibilidad de que el monto de la penalidad aumente, solo se contempla para el supuesto en que las partes hubieren convenido la indemnización del daño ulterior (argumento del artículo 1341 del Código Civil).

1.2.2. Posición que asume el carácter no forzoso indemnizatorio de la cláusula penal

Algunos autores sostienen que aunque de ordinario la cláusula penal cumple función resarcitoria, no es forzoso que tenga tal carácter.

En este sentido se pronuncia Llambías,[47] quien afirma que los deberes de conducta que no imputan obligaciones *strictu sensu*, por no

47 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 104 y 105. El punto de vista de

ser de contenido patrimonial (no susceptibles de apreciación pecuniaria), pueden ser fortalecidos en su cumplimiento mediante la estipulación de cláusulas penales; ahí no se puede decir que tal cláusula tenga función resarcitoria, puesto que, por hipótesis, la persona en cuyo favor se ha comprometido la conducta esperada, no experimenta daño patrimonial alguno por la frustración de esa expectativa.

Cita como ejemplo el caso en que dos amigos conciertan hacer un viaje de placer conjunto en determinada fecha y convienen en que uno de ellos pagará al otro una suma de dinero si por su culpa hiciera fracasar la excursión; allí —precisa el autor— la cláusula penal asume el papel de una pena privada, y no tiene carácter indemnizatorio.

Pensamos que el ejemplo empleado por Llambías para ilustrar su posición en el sentido de que no es forzoso el carácter indemnizatorio de la cláusula penal, no resulta del todo feliz, fundamentalmente porque se podría dudar que la «obligación» asumida sea, precisamente, una obligación.

Tal concertación podríamos entenderla como parte de un trato coloquial entre los dos amigos materia del ejemplo. Y, como sabemos, los tratos sociales de esta índole generan compromisos que no constituyen, jurídicamente hablando, obligaciones.

Ahora bien, dentro del propio ejemplo, también resultaría discutible considerar que la penalidad convenida sea, propiamente, una cláusula penal, tanto por el contexto en el que se inscribe, como por

Llambías es compartido por Eduardo B. Busso (Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 461 y 462), para quien «la indemnización que la cláusula penal implica, es ficticia y arbitraria, pues no guarda relación con la existencia de perjuicios ni con el monto de éstos».

ser cuestionable que una situación de esta naturaleza corresponda, en la realidad de los hechos, a un caso idóneo.

Nosotros pensamos que la función indemnizatoria sí resulta esencial a toda cláusula penal, independientemente de la obligación principal de que se trate y con prescindencia del sistema de mutabilidad o inmutabilidad que rija en el medio jurídico correspondiente.

En pocas palabras, si una estipulación no tiene por finalidad indemnizar, jamás podrá ser llamada cláusula penal.

1.3. Función compulsiva e indemnizatoria de la cláusula penal

Ante las posiciones señaladas que ven en la cláusula penal un carácter exclusivamente compulsivo o indemnizatorio, se ubican otros autores, quienes sostienen que la cláusula penal tiene una función ambivalente, es decir que cumple a la vez una función compulsiva e indemnizatoria.[48]

En este sentido, Giorgi[49] manifiesta que

> Cuando se pacta una cláusula penal se añade al contrato una convención accesoria, por la que el deudor si deja de cumplir su promesa principal, queda tenido a dar alguna cosa al acreedor para compensarlo de la pérdida que le produce la falta de ejecución del contrato. La finalidad de la cláusula penal es reforzar el vínculo contractual y establecer una indemnización convencional.

[48] Entre los autores que sostienen esta posición se encuentran Ripert y Boulanger (Ripert, Georges y Jean Boulanger. *Op. cit.*, tomo IV, p. 494. Citados por Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit., Obligaciones*, tomo I, p. 418) y Dávila Gonzales (Dávila Gonzales, J. *La Obligación con Cláusula Penal.* Madrid, 1992 pp. 53 y ss. Citado por Espín Alba, Isabel. *Op. cit.*, p. 50).

[49] Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, vol. IV, pp. 462-466.

Asimismo, Clemente de Diego[50] adopta una posición ambivalente con relación a la función que cumple la cláusula penal, cuando expresa que

> [...] o es un medio de garantía para el cumplimiento de la obligación principal, ya que los deudores serán más acuciosos, como decían *las Partidas*, en cumplir la promisión por medio de la pena, o es una anticipada valuación de los daños y perjuicios que sufre el acreedor con el incumplimiento de la obligación principal.

Por último, es preciso tener en cuenta el pensamiento de Aída Kemelmajer de Carlucci,[51] quien respecto al carácter conminatorio e indemnizatorio que presenta la cláusula penal, añade que para algunos ambas funciones son igualmente importantes, en tanto que otros hacen prevalecer una sobre otra y no faltan quienes advierten que las diversas funciones aparecen en distintos momentos.

Por ejemplo, para Chironi, afirma Kemelmajer de Carlucci, el carácter resarcitorio no se manifiesta en la concertación, sino solo cuando la obligación principal se incumple o se cumple tardíamente. En cambio, la función compulsiva —por ser preventiva del incumplimiento—, se muestra *ab initio.*

Bustamante Alsina[52] también señala que la cláusula penal es una estipulación accesoria a otra obligación, por la cual el deudor o un tercero se obliga a favor del acreedor o de un tercero a una determinada prestación con el fin de asegurar el cumplimiento y de fijar el límite del resarcimiento en caso de retardarse o de no ejecutarse la obligación principal.

---

[50] De Diego, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho Civil Español.* Artes Gráficas Julio San Martín. Madrid, 1930, p. 68. Citado por Lobato De Blas, Jesús María. *Op. cit.,* p. 31.

[51] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* p. 7.

[52] Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.,* p. 159.

En este sentido, Hedemann[53] opina que la cláusula penal es un arma del acreedor, ya que está prevista para el supuesto en que el deudor no cumpla su obligación (o no la cumpla «del modo pertinente»), en cuyo caso ha de pagar al primero la pena estipulada. De esta manera, afirma el citado autor, el deudor es estimulado a pagar y al acreedor se le ofrece la posibilidad de garantizarse la indemnización.

Por nuestra parte, al afirmar la posibilidad de que la cláusula penal pueda cumplir por lo menos una, pero incluso más de una función, consideramos que ella puede tener una función ambivalente, siendo a la vez compulsiva e indemnizatoria.

Los autores que se adhieren a esta dualidad han percibido que la cláusula penal puede cumplir más de una función, y por ello se refieren a las dos funciones que tradicionalmente se consideran más relevantes.

Tal concepto nos parece acertado. Sin embargo, también nos da pie para afirmar que no se trata solo de una dualidad, sino de una eventual pluralidad de funciones de la cláusula penal, como luego lo apreciaremos.

1.4. Función punitiva de la cláusula penal

Por otro lado, cierto sector de la doctrina pone de relieve el carácter punitivo de la cláusula penal.

Así, Luis Diez Picazo[54] la considera como «una sanción convencionalmente establecida del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. De ahí su nombre de pena y de multa convencional».

---

[53] Hedemann J.W. *Op. cit., Derecho de Obligaciones,* vol. III, pp. 54 y 55.

[54] Diez-Picazo y Ponce De León, Luis. *Op. cit.,* tomo I, p. 160.

En la misma línea de pensamiento, Manuel Albaladejo[55] llama cláusula penal a «la sanción (consistente generalmente en cumplir la prestación de entregar una suma de dinero, pero que puede consistir en cualquier otra) que se establece que ha de sufrir el deudor en el caso de que no cumpla debidamente su obligación».

Cazeaux y Trigo Represas,[56] por su parte, expresan que el acreedor y el deudor pueden convenir que para la hipótesis del incumplimiento absoluto o relativo de la obligación, el deudor deberá pagar una pena o multa que se denomina cláusula penal.

Bajo esta misma perspectiva, De Diego[57] la concibe como «la convención por la que el deudor se obliga a realizar una prestación (generalmente a pagar una cantidad de dinero) para el caso de que aquél no cumpla la obligación principal de la forma, tiempo y lugar convenidos».

Por último, Casso[58] comparte esta posición, al sostener que

> [...] la cláusula penal es aquella en que se estipula una prestación (generalmente de pagar una suma de dinero) a cargo del deudor y a favor del acreedor, para el caso de que aquél no cumpla lo que le incumbe o al cumplir contravenga el tenor de la obligación.

Por nuestra parte, creemos acertado considerar el carácter punitivo de la cláusula penal.

---

[55] Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, pp. 249 y 250.

[56] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, pp. 238 y 239. Ludwig Enneccerus (Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Martín Wolff. *Op. cit.*, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, tomo II, p. 187) también aduce este parecer, al considerar cláusula penal a «la prestación, generalmente de carácter pecuniario, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente».

[57] Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 20.

[58] *Idem.*

Sin embargo, lo hacemos cuidadosamente, pues la punición puede ser entendida como sanción justa o como sanción injusta o desproporcionada.

Creemos que en ambos casos la cláusula penal tendría función punitiva y, más allá de los sistemas de la mutabilidad o inmutabilidad de la institución, en los dos supuestos se admite el pacto de las penalidades que correspondan, en la realidad de los hechos, al monto de los daños y perjuicios causados o a montos que superen tales daños y perjuicios.

Consideramos que la finalidad punitiva de la cláusula penal siempre estará presente, sea en un caso o en el otro, pero se apreciará con mayor nitidez su carácter sancionatorio cuando ella guarde desproporción, por exceso, con la prestación incumplida.

Por lo demás, resulta evidente que no podríamos hablar de una función punitiva en aquellas cláusulas penales diminutas, pactadas fundamentalmente con el objeto de limitar la responsabilidad del deudor ante el incumplimiento de sus obligaciones, porque aquí no habría sanción alguna.

1.5. Función de simplificación probatoria de la cláusula penal

Parte de la doctrina[59] observa en la cláusula penal, además del carácter compulsivo y/o indemnizatorio que presenta, un pacto relativo a la carga de la prueba del daño. En este orden de ideas, el acreedor podría exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin probar la exis-

---

[59] Se encuentran en esta línea de pensamiento, entre otros, Louis Josserand (Josserand, Louis. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, pp. 522 y 523), José León Barandiarán (León Barandiarán, José. *Op. cit.*, pp. 180 y 181), Julien Bonnecase (Bonnecase, Julien. *Op. cit.*, tomo II, pp. 435 y 436) y Elvira Martínez Coco (Martínez Coco, Elvira. *Op. cit.*, pp. 161 y 162).

tencia misma del daño, ni demostrar el *quantum* del perjuicio. Sin embargo, ella no se deberá si el deudor prueba que no se ha producido daño. Se trata, en suma, de una reversión de la carga probatoria.

No obstante, Aída Kemelmajer de Carlucci[60] sostiene que la función de simplificación probatoria no puede admitirse sin reservas en aquellos ordenamientos en los cuales el deudor no se libera, acreditando que el daño no se ha producido, como es el caso del Derecho argentino y del peruano.

El artículo 1343[61] del Código Civil Peruano señala que la cláusula penal solo podrá exigirse cuando el incumplimiento se deba a causa imputable al deudor, es decir, cuando el deudor haya incumplido totalmente su obligación o la haya cumplido irregularmente por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, salvo que mediara pacto en contrario. Por eso no se exige, en principio, probar los daños y perjuicios sufridos.

Resulta evidente que la cláusula penal, dentro de sus funciones, tiene una de simplificación probatoria en la medida que si las partes efectúan un avalúo convencional y anticipado de los eventuales y futuros daños y perjuicios que podría ocasionar el incumplimiento de

---

[60] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 13. Lo expresado por la citada profesora se basa en el artículo 656 del Código Civil Argentino.

[61] El artículo 1343 establece que: «Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario».

- Fuentes nacionales del artículo 1343

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; ni en el Código Civil de 1852.

El Proyecto de Código Civil de 1890 regula el tema en sus artículos 1572: «En las obligaciones con cláusula penal, no hay lugar a indemnización de daños y perjuicios, cuando el deudor incurre en mora, y el acreedor sólo tiene derecho para exigir la aplicación de la pena estipulada, aunque pruebe que ella no es suficiente indemnización, salvo pacto diverso o contrario»; y 1573: «El acreedor, para pedir la aplicación de la pena no tiene obligación de probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, aunque acredite que aquél no los ha sufrido».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el tema en el artículo 181: «Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.- El deudor no puede eximirse de cumplirla, bajo pretexto de ser excesiva»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el artículo 172: «Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.- El deudor no puede eximirse de cumplirla, bajo pretexto de ser excesiva»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1214: «Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.- El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1224: «Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, no regulaba el tema; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 198: «La pena se debe independientemente de la prueba del daño. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1361: «La pena se debe independientemente de la prueba del daño. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1310: «Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario».

- Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1343 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Chileno (artículo 1542), Boliviano de 1976 (artículo 533, inciso 2), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 415), Paraguayo de 1987 (artículo 454, tercer párrafo), Brasileño de 1916 (artículo 927), Helénico (artículo 405), Suizo (artículo 161) y Argentino (artículo 656, primera parte), entre otros.

El Código Civil Mexicano (artículo 1842) establece que «al pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno».

la obligación o su cumplimiento irregular, tal avalúo tendría por objeto evitar el debate en un proceso judicial acerca de su existencia y cuantía.

Pensamos que dentro del terreno teórico, y sin entrar al análisis de la legislación nacional, la función de simplificación probatoria reviste gran utilidad, en tanto y en cuanto, como sabemos, la probanza del monto de los daños y perjuicios constituye uno de los temas de mayor dificultad en todo proceso judicial, en el que con frecuencia puede probarse la efectiva producción de dichos daños y perjuicios, pero no se llega a acreditar el monto o cuantía exacta de los mismos.

El caso más notorio donde podría presentarse este problema, es cuando los daños y perjuicios comprenden el daño moral, el mismo que, según parecer absolutamente mayoritario de la doctrina, resulta aquel de más difícil probanza en lo que respecta a su exacta magnitud.

También es evidente que la finalidad de simplificación probatoria de la cláusula penal, se verá reforzada en aquellos sistemas que han recogido la inmutabilidad de la pena, en tanto que se atenúa en aquellos otros que han acogido la mutabilidad —absoluta o relativa— como regla.

1.6. Función resolutoria de la cláusula penal

De las diversas funciones que la doctrina suele asignar a la cláusula penal, la resolutoria es una de las más discutibles.

Es claro, para quienes están en desacuerdo con este principio, que la ejecución de la cláusula penal no implica la resolución del contrato, dado que la cláusula penal y la resolución contractual son dos figuras jurídicas distintas.

Por ello corresponde analizar si la cláusula penal, cuando se hace efectiva, conduce a la resolución del contrato, fuente de la obligación principal.

Para tal efecto, precisa distinguirse si se trata de una cláusula penal compensatoria o moratoria.

Dentro de los supuestos susceptibles de presentarse en las cláusulas penales compensatorias, estaría aquel en el cual la obligación incumplida garantizada con la cláusula penal, fuese la única que tenía que ejecutar el deudor o la más importante de todas.

Como hemos expresado, la cláusula penal compensatoria tiene por finalidad sustituir la prestación incumplida. En tal sentido, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, es evidente que ya no podría subsistir la obligación principal; o, dicho en otras palabras, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal.

En tal orden de ideas, si en los hechos ese deudor ya no está obligado a cumplir con la prestación principal, tal situación configuraría un caso muy similar al de la resolución de los contratos, pues la resolución tiene por finalidad dejar sin efecto un contrato por la existencia de un vicio sobreviniente al tiempo de su celebración. En este caso, analógicamente, dicho vicio se configuraría por el incumplimiento de la obligación principal del deudor.

Es claro que si la obligación principal ya no se debe, porque el acreedor perjudicado prefirió sustituirla por la penalidad pactada, el contrato seguiría existiendo, por ser válido, pero ya no surtiría efectos ni sería capaz de generarlos.

En tal sentido, dicha situación podría describirse como un acto de efectos similares a los de la resolución, pero sin ser, en estricto, un caso de resolución contractual.

Esta última afirmación obedece a que el Código Civil prescribe con claridad los supuestos de resolución contractual, los mismos que pueden tener carácter judicial o extrajudicial, de conformidad con lo dispuesto por sus artículos 1428, 1429 y 1430. Y entendemos, por tanto, que si el acreedor perjudicado no acudiera a alguno de estos mecanismos, no podríamos hablar de una resolución contractual propiamente dicha.

Es factible, desde luego, que el acreedor perjudicado también recurra a resolver el contrato, utilizando los mecanismos legales correspondientes. En estos casos no solo tendremos una situación similar, en los hechos, a las consecuencias de la resolución de un contrato, sino que estaríamos ante un contrato jurídicamente resuelto.

Por otra parte, el incumplimiento de una obligación asegurada por una cláusula penal no siempre debe ser apreciado con carácter totalizante, vale decir que dicho incumplimiento no necesariamente va a determinar que el acreedor resuelva el contrato, pues podríamos imaginar la existencia de una relación contractual en la que el mismo deudor se comprometa a la ejecución de diversas prestaciones, de las cuales ejecute todas ellas menos una.

Siguiendo con el ejemplo anotado, sería factible que el acreedor aplique la penalidad compensatoria pactada para obtener la indemnización de la prestación incumplida, pero que se vea satisfecho con el cumplimiento de las otras prestaciones asumidas por el deudor.

Dentro de tal orden de ideas, al acreedor le convendría que el contrato continúe surtiendo efectos, pues habría alcanzado sus intereses patrimoniales por la ejecución de las demás prestaciones cumplidas voluntariamente por el deudor, así como por el pago de la cláusula penal en sustitución de la prestación que el deudor incumplió.

Ahora bien, lo expresado se refiere, naturalmente, a un supuesto en el que la cláusula penal convenida hubiera tenido carácter compensatorio, y en este caso la aplicación de la pena no tendría como correlato, necesariamente, la voluntad de resolver la relación contractual.

Consideramos que si la prestación incumplida garantizada con la cláusula penal fuese la de mayor importancia o una de importancia sustancial, o incluso la única asumida por el deudor, sería factible pensar que la cláusula penal tendría una finalidad resolutoria, debido a que el acreedor, en muchos casos, carecería de interés en que el deudor siguiese ostentando jurídicamente tal condición.

La conclusión es distinta, sin duda, cuando la cláusula penal es moratoria. Aquí no se resuelve contrato alguno y el deudor, además de la penalidad por mora, deberá cumplir la prestación principal.

1.7. Función de pena acumulativa de la cláusula penal

Por su parte, Puig Brutau[62] manifiesta que según los ordenamientos jurídicos, además de las funciones antes analizadas, la cláusula penal puede cumplir otras funciones adicionales, como es el caso de ser una pena acumulativa.

Tendría función de pena acumulativa, cuando el ordenamiento permita la agravación de responsabilidad, consistente en pactar de manera expresa que el acreedor podrá pedir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena.

Pensamos que en lo que respecta a las cláusulas penales compensatorias, ellas carecen de función acumulativa, lo que queda en evidencia en el sistema italiano, dada la norma expresa que prohíbe su acumulación, contenida en el artículo 1383 del Código de 1942.

---

[62] Puig Brutau, Luis. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, pp. 538-540.

Situación contraria podemos apreciar cuando estamos en presencia de cláusulas penales moratorias, caso en el cual resultará clara la función acumulativa de la penalidad.

1.8. Función de pena de arrepentimiento de la cláusula penal

A decir de Puig Brutau, la cláusula penal también puede cumplir una función de pena de arrepentimiento, por lo que se reconoce la posibilidad de estipular expresamente que el deudor pueda, a su libre arbitrio, librarse de la obligación principal pagando la pena convenida, es decir que el deudor tiene el derecho de elegir entre cumplir la prestación principal o pagar el dinero de arrepentimiento.

Compartimos en parte la opinión de Puig Brutau.

Si bien es verdad que la función de arrepentimiento no es considerada por la doctrina mayoritaria como propia de la cláusula penal, ella podría presentarse en ciertos casos.

El Derecho, como regla general, no ampara el arrepentimiento. Lo tolera como excepción.

Concretamente recordamos el caso de las arras penitenciales o de retractación (artículos 1480 a 1483 del Código Civil Peruano de 1984), propias de los contratos preparatorios.

Si un deudor decidiera incumplir su obligación, y esta estuviese respaldada por una cláusula penal, en principio el acreedor tendría derecho a exigir al deudor el cumplimiento de la prestación principal en especie; vale decir, la ejecución de la prestación debida.

Lo expresado se presentará fundamentalmente en las obligaciones de dar en que es posible la ejecución forzosa de la prestación principal.

Sin embargo, en las obligaciones de hacer y de no hacer, en las que no se pueda exigir el cumplimiento forzoso de la obligación (porque para ello el acreedor tendría que emplear violencia contra la persona del deudor), el acreedor deberá resignarse al incumplimiento de la prestación debida, pudiendo únicamente recurrir a la vía indemnizatoria que, en estos casos, estaría respaldada por la indemnización anticipada contenida en la cláusula penal.

Es a esta clase de obligaciones a las que entendemos se refiere Puig Brutau, al afirmar que la cláusula penal puede tener una función de arrepentimiento, en la medida que dicho arrepentimiento podría conducir al deudor a incumplir la obligación principal y cumplir con la penalidad pactada, porque es claro que en estas situaciones el acreedor no tendría expedito el camino de exigir el cumplimiento forzoso *in natura.*

1.9. Función de cobertura de riesgo de la cláusula penal

Puig Brutau agrega que la cláusula penal puede cumplir, además, una función de cobertura de riesgo, cuando se pacta la posibilidad de que el deudor pague cierta suma, aun cuando la obligación resulte imposible por caso fortuito o fuerza mayor; es decir, existirá responsabilidad incluso en aquellos sucesos que no hubiesen podido preverse, o que previstos fueran inevitables. No se tratará de una verdadera pena convencional —precisa el autor— sino de la cobertura de un riesgo.

Por nuestra parte, pensamos que la práctica no impone el pacto de cláusulas penales de este estilo. Sin embargo, resulta evidente que si la ley no prohíbe convenios de esta naturaleza, estos estarán permitidos.

Lo objetable de esta tesis sería la naturaleza jurídica de la cláusula penal, pues la cobertura de riesgo se asemeja más a un contrato de seguro que a una penalidad, sobre todo si esta comprende el resarci-

miento por el incumplimiento del deudor en los casos en que no hubiera habido culpa ni dolo.

1.10. Función moratoria de la cláusula penal

Puig Brutau reflexiona en el sentido que según cada ordenamiento legislativo, la cláusula penal puede cumplir una función de pena moratoria, cuando se conviene por medio de ella que se liquide por anticipado el daño que pueda resultar si el deudor incurre en mora.

Añade que su reclamo será compatible con el de la obligación principal, ya que la indemnización por mora siempre tiene esa compatibilidad, y lo mismo ha de suceder cuando la pena convencional sustituye mediante pacto a la indemnización por mora. Será normal —afirma Puig Brutau— que la cuantía de la sanción se haya establecido en proporción a los días de retraso.

El ordenamiento jurídico peruano recoge expresamente esta función de la cláusula penal en el artículo 1342[63] del Código Civil.

[63] El artículo 1342 del Código Civil Peruano establece que: «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación».
- Fuentes nacionales del artículo 1342
Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 34, Título XI, Partida Quinta: «Fueras ende, si quando fizo la promission se obligo, diziendo que fuesse tenudo a todo; a pechar la pena, e a cumplir la promission en todas guisas, quantas vegadas viniesse contra el pleyto. Ca estonce bien se puede demandar la pena, e la cosa prometida».
El artículo 1342 del Código de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.
El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, trataba el tema en tres de sus normas, los artículos 820: «Cláusula penal es aquella por la que, para la seguridad de un convenio, se obliga una persona a alguna cosa en caso de faltar a su compromiso»; 822: «El acreedor en lugar de pedir al deudor moroso la pena estipulada, puede exigir de él la ejecución de la obligación principal»; y 823: «La cláusula penal es una compensación de los intereses y daños, que el acreedor sufre por no haber cumplido la obligación. Por una simple demora no puede exigirse el principal al mismo tiempo que la pena, a menos que se haya estipulado así».
Por su parte, el Código Civil de 1852, abordaba la materia en su artículo 1301: «Puede celebrarse el contrato con cláusula penal, esto es, con obligación de pagar cierta cantidad en los casos de demora o falta de cumplimiento»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en sus artículos 1562: «Cuando, a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación, se impone al obligado, por vía de pena, una carga o multa para el caso de no realizar, o de sólo retardar aquel cumplimiento, se dice que hay en la obligación cláusula penal»; 1566: «Tiene efecto la cláusula penal puesta para asegurar una obligación cuyo cumplimiento no puede exigirse judicialmente, si la obligación no es prohibida por la ley»; 1572: «En las obligaciones con cláusula penal, no hay lugar a indemnización de daños y perjuicios, cuando el deudor incurre en mora, y el acreedor sólo tiene derecho para exigir la aplicación de la pena estipulada, aunque pruebe que ella no es suficiente indemnización, salvo pacto diverso o contrario»; y 1576: «Aunque el deudor incurra en mora, el acreedor no puede pedir a la vez el cumplimiento de la obligación, y la aplicación de la pena, sino únicamente ésta, o aquél, a su elección; a menos que se haya establecido que la pena es para el caso de simple retardo, o que, por la aplicación de ella, no se entiende extinguida la obligación».
El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba sobre el particular en sus artículos 183: «La cláusula penal puede referirse a la ejecución completa de la obligación, o de alguna cláusula especial, o simplemente a la mora»; y 185: «Cuando se estipuló la cláusula penal para el caso de mora, o en seguridad de alguna cláusula determinada, tendrá el acreedor el derecho de exigir la satisfacción de la pena estipulada, juntamente con el cumplimiento de la obligación principal»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en sus artículos 174: «La cláusula penal puede referirse a la ejecución completa de la obligación, o de alguna cláusula especial, o simplemente a la mora»; y 176: «Cuando se estipuló la cláusula penal para el caso de mora, o en seguridad de alguna cláusula determinada, tendrá el acreedor el derecho de exigir la satisfacción de la pena estipulada, juntamente con el cumplimiento de la obligación principal».
De otro lado, precisa mencionarse que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, abordaba el tema en el numeral 1216: «Cuando se estipuló la cláusula penal para el caso de mora, o en seguridad de algún pacto determinado, tendrá el acreedor derecho de exigir la satisfacción de la obligación principal»; mientras el Código Civil de 1936, lo hacía en su artículo 1225: «Cuando se estipuló la cláusula penal para el caso de mora, o en seguridad de algún pacto determinado, tendrá el acreedor derecho de exigir la satisfacción de la pena estipulada, juntamente con el cumplimiento de la obligación principal».
Finalmente, dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de

Necesariamente coincidimos con el pensamiento de Puig Brutau, cuando la función moratoria de la cláusula penal se restringe única y exclusivamente a aquellas penalidades destinadas a indemnizar la mora

---

la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trataba sobre el particular en su artículo 75: «El acreedor no puede demandar conjuntamente la prestación principal y la pena, si ésta no hubiera sido estipulada para el caso de mora, o en seguridad de algún pacto determinado»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 197: «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, se aplican reglas similares a las previstas por el artículo anterior, manteniéndose expedito el derecho del acreedor para exigir, adicionalmente, el cumplimiento de la obligación»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1360: «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, se aplican reglas similares a las previstas por el artículo anterior, manteniéndose expedito el derecho del acreedor para exigir, adicionalmente, el cumplimiento de la obligación»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1309: «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación».

- **Fuentes y concordancias extranjeras**

Concuerdan con el artículo 1342 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1107), Chileno (artículo 1537), Boliviano de 1831 (artículo 820), Boliviano de 1976 (artículo 533, inciso 1), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 410), Brasileño de 1916 (artículo 919), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 166), Código de la Provincia de Québec (artículo 1133) y Argentino (artículo 659).

Adicionalmente, el Código Civil Uruguayo (artículo 1366) establece que el acreedor cuyo deudor ha incurrido en mora puede, a su arbitrio, exigir la pena estipulada o la ejecución de la obligación principal, no pudiéndose pedir a la vez las dos cosas, a no ser por pacto expreso. El Código Ecuatoriano (artículo 1580) prescribe que antes de constituirse al deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal, ni constituido en mora puede pedir el acreedor a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal.

Por su parte, el Código Venezolano de 1942 (artículo 1259) dispone que el acreedor puede pedir al deudor que está constituido en mora, la ejecución de la obligación principal, en lugar de la pena estipulada.

en el pago. Esa función, desde luego, es ajena a las cláusulas penales de naturaleza exclusivamente compensatoria.

1.11. Función polivalente de la cláusula penal

En adición a lo expresado, conviene mencionar la posición que atribuye un carácter polivalente a la cláusula penal, en el sentido de que esta cumple varias funciones a la vez.

Dentro de este orden de ideas, Gómez Calero[64] expresa que la cláusula penal

> [...] es una declaración de voluntad mediante la cual, y para predeterminar las consecuencias del incumplimiento de una obligación principal, se establece una prestación accesoria lo suficientemente onerosa como para mover al cumplimiento, prestación que, si éste no efectúa, sirve para sancionar al incumplidor y para satisfacer al perjudicado.

Concuerda con este parecer Lacruz Berdejo,[65] quien sostiene que la cláusula penal es la estipulación que impone sanciones para prevenir el incumplimiento; sanciones ordinariamente severas, destinadas a disuadir al posible incumplidor y a sustituir la evaluación de daños y perjuicios hecha *a posteriori* del incumplimiento, por una cantidad alzada convenida en el momento de contratar.

Tal como hemos expresado en páginas anteriores, consideramos que la cláusula penal tiene una función polivalente, pudiendo cumplir alguna, algunas o casi todas las funciones que hemos estudiado, en la medida en que ellas no sean contradictorias entre sí.

---

[64] Gómez Calero, Juan. *Contratos Mercantiles con Cláusula Penal.* Madrid: Editorial Civitas, 1980, pp. 30 - 58. Citado por Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, p. 24.

[65] Lacruz Berdejo, José Luis. *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho.* Barcelona: José María Bosch Editor S. A., 1980, p. 292.

Si bien es cierto que las funciones compulsiva e indemnizatoria de la cláusula penal resultan las más relevantes dentro de las concepciones recogidas por la doctrina de nuestra tradición jurídica, no por ello deben descartarse otras funciones, como la punitiva, de simplificación probatoria, resolutoria, acumulativa, de arrepentimiento y moratoria, pues cada una de ellas tiene la importancia y las limitaciones que hemos analizado.

No mencionamos la función de cobertura de riesgo, pues consideramos, como antes lo expresamos, que ella es ajena a la naturaleza jurídica de la cláusula penal.

2. Mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal

Para comprender cabalmente el problema de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal, debemos remontarnos a los orígenes de la institución y estudiar su evolución histórica y la legislación comparada, así como el régimen legal vigente en el Derecho Peruano.

2.1. Evolución histórica y legislación comparada

La cláusula penal se originó en el antiguo Derecho Romano, con el objeto de establecer una reparación pecuniaria por el incumplimiento de las obligaciones.

En el antiguo Derecho Romano solo era exigible el cumplimiento forzoso de obligaciones de dar sumas de dinero. Las demás obligaciones de dar, así como las obligaciones de hacer y de no hacer, no eran susceptibles de ejecución forzada. Los jueces, por su parte, tampoco estaban facultados para fijar una indemnización en caso de incumplimiento.

Así, la cláusula penal vino a solucionar la deficiencia del sistema. Ella se estipulaba con el fin de que el acreedor pudiera exigir el pago de una indemnización, en caso de que el deudor incumpliera su obligación de dar —distinta a la de entregar una suma de dinero—, de hacer o de no hacer.

La nota característica de la cláusula penal era su inmutabilidad. La única limitación conocida consistía en que la cláusula penal no podía utilizarse para encubrir un pacto de intereses usurarios. En este caso, la cláusula penal sí podía ser modificada, pero no porque su naturaleza así lo exigiera, sino porque ella atentaba contra una norma de orden público. En el Libro VII, título XLVII, del Código de Justiniano, se lee que

> [...] como se han llevado hasta el infinito las antiguas deudas respecto a intereses [...] mandamos que en todos los casos que contienen una cantidad o cosa cierta, como en las ventas o en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna la cantidad del duplo [...].[66]

Más tarde, cuando el Derecho Romano llegó a hacer exigibles las obligaciones de dar de toda clase y las obligaciones de hacer y de no hacer, la cláusula penal conservó la utilidad que tradicionalmente le han reconocido todas las legislaciones, esto es, evitar la necesidad de probar los perjuicios y su cuantía, y usarla como instrumento destinado a obligar al deudor a cumplir con los compromisos asumidos.

Pero las doctrinas del antiguo Derecho Francés y de Dumoulin y Pothier fueron distintas. En el caso de Pothier, hasta contradictoriamente distintas con el espíritu liberal que informó al Código Napoléon, en cuyo contenido tuvo tanta influencia.

---

[66] Mordeglia, Eugenio. «Inmutabilidad de la Indemnización pactada en la llamada Cláusula Penal». *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*. Año XIV, n.º 3. Córdoba, julio-septiembre de 1950.

Consideraba Pothier,[67] siguiendo a los tratadistas del antiguo Derecho Francés y a Dumoulin, «que es contraria a su naturaleza el que pueda llevarse más allá de los límites de lo que la ley prescribe para daños y perjuicios»; y que la cláusula penal debía ser modificada cuando ella se había utilizado para imponer a alguna de las partes una indemnización arbitraria. Agregaba el maestro de Orléans que la cláusula penal era, generalmente, una estipulación de estilo que el deudor aceptaba en la falsa confianza de que no faltaría a su obligación, creyendo, al someterse a ella, no obligarse a nada. Y que, desde este punto de vista, su cumplimiento riguroso podía consagrar una injusticia.

No obstante la influencia del pensamiento de Pothier en la elaboración del Código Napoléon, su doctrina acerca de la cláusula penal difícilmente podía prevalecer en esta legislación, imbuida de preceptos liberales y excesivamente respetuosa de la autonomía de la voluntad. Cabe recordar que el Código Francés establece, en el artículo 1134, la fórmula terminante de que el contrato tiene fuerza de ley *(lieu de loi)* para las partes.

Fue por ello que el artículo 1152 del Código Napoléon —posteriormente modificado por Ley Nº 75-597, artículo primero, de 9 de julio de 1975 y Ley Nº 85-1097, artículo primero, de 11 de octubre de 1985— originalmente no concedió a los jueces la facultad de variar el monto de la pena estipulada.

Como es sabido, la doctrina francesa tuvo singular importancia durante el siglo XIX. La mayoría de las legislaciones adoptaron la antigua fórmula del artículo 1152 del Código Napoléon. Tal es el caso del antiguo Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1214), del antiguo Código Civil Portugués (artículo 675), del texto original del Código Civil Argentino (artículo 656, luego reformado en 1968, por la Ley N° 17.711), y del Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1275).[68]

[67] Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 13.

[68] Podemos referir que entre los criterios que adoptan las legislaciones de nuestra tradición jurídica para reducir el monto de la cláusula penal, tenemos los que se mencionan a continuación:

(a) El monto desproporcionado de la pena.
Esta desproporción puede ser ponderada de acuerdo a las siguientes pautas:
(a.1) Gravedad de la falta. Se refiere al grado de reproche que merece quien incumple. En nuestro ordenamiento jurídico, esta graduación pasa por tres niveles: culpa leve, culpa inexcusable y dolo; pero no es tomada como referencia por la ley nacional.
(a.2) Valor de las prestaciones. Se refiere al interés que tenga el acreedor en el cumplimiento de la prestación. Para ello se ha de tener en cuenta todo interés legítimo del acreedor y no solo su interés patrimonial.
Se señala que para determinar el importe adecuado deberá tenerse como momento en que se juzgue el interés del acreedor aquel en que se deba dictar la sentencia.
(a.3) Ventajas que genera el incumplimiento para el deudor. Se encuentra en concordancia con el principio de equidad que inspira la reducción de la penalidad, pues, aparentemente, lo correcto sería que el deudor pague al acreedor aquello que le hubiese sido de provecho como resultado de la inejecución de la obligación.
A nuestro entender, este criterio debe ser desestimado, habida cuenta que, si atendemos a la naturaleza de la cláusula penal, lo que ella pretende es una evaluación previa de los daños y perjuicios que pudieran irrogarse al acreedor como resultado del incumplimiento. En este sentido, no cabe reducir el monto de la penalidad atendiendo a los beneficios que hubiera obtenido el deudor, pues estos suelen generarse independientemente de los daños que eventualmente se infrinjan al acreedor.

(b) Lesión subjetiva: aprovechamiento abusivo de la situación del deudor.
Este criterio se refiere a los supuestos en que una de las partes, aprovechándose de la necesidad, ligereza o inexperiencia de su contraparte, consigue pactar una cláusula penal evidentemente desproporcionada y sin justificación.
Cabe señalar que la excesiva desproporción, valorada objetivamente, entre la cláusula penal y el daño irrogado o el valor de la prestación, genera una presunción *iuris tantum* de que se ha producido un aprovechamiento del acreedor al momento de fijar el monto de la penalidad.

La regla en el Derecho Germánico tuvo una evolución distinta. Las antiguas legislaciones germánicas, cuyo origen se encuentra en el Derecho Romano, consagraban la regla de la inmutabilidad de la cláusula penal. Y solo aceptaban la misma excepción que en el Derecho Romano, o sea la revisión de la pena cuando ella estaba destinada a disfrazar un pacto de intereses usurarios. El Proyecto de Código Civil Alemán siguió esta misma doctrina. Pero el Código Civil Alemán volvió a las concepciones del antiguo Derecho Francés y de Dumoulin y Pothier, al permitir la modificación de la pena.

Las normas del Código Civil Alemán del año 1900 (artículos 340, parágrafo 2, y 343, parágrafo 1) tuvieron acogida legislativa poco tiempo después, en el año 1911, al promulgarse el Código Federal Suizo de las Obligaciones (artículos 161, párrafo 2, y 163, párrafo 3). Estos textos legales permiten modificar la cláusula penal estipulada, tanto para aumentarla como para disminuirla, a solicitud del acreedor o del deudor, respectivamente.

Dicen Enneccerus, Kipp y Wolff[69] que el Código Civil Alemán «ha dispuesto que la pena convencional, desproporcionalmente elevada, ya vencida, pero aún no pagada, puede ser reducida a un importe prudencial a petición del deudor». Y agregan que

> [...] si, como ocurre casi siempre, corresponde al acreedor una pretensión de indemnización por incumplimiento, puede exigir la pena, como importe mínimo del daño y, si el interés de cumplimiento es superior a la pena, puede exigir este plus, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad, pero no una limitación, de la pretensión de indemnización.

[69] Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit., Derecho de Obligaciones*, vol. I, Doctrina General, pp. 188 y 189.

El principio jurídico de la mutabilidad de la pena que consagraron los Códigos Alemán y Suizo fue recogido por numerosos proyectos y legislaciones, tales como el Proyecto de Código uniforme Franco-Italiano de 1927 (artículo 166), el Proyecto de Código Civil Argentino de 1936, el Anteproyecto Brasileño de Código de Obligaciones de 1941 (artículo 351), el Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 142), el Código Civil Italiano del año 1942 (artículo 1384) y el propio Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1227); pero ya no en los términos originales concebidos por el legislador alemán, que permiten la revisión de la cláusula penal, a solicitud del acreedor o del deudor, para aumentarla o disminuirla, sino únicamente para reducirla, prescindiendo de la voluntad de los contratantes, cuando ella es «manifiestamente excesiva» o cuando «excede considerablemente los perjuicios que en efecto se causó al acreedor».

Ninguna de estas normas optó, sin embargo, por la solución de suprimir la pena cuando se probaba que el acreedor no había sufrido perjuicios.

Algunas legislaciones, como hemos visto, no permiten la modificación de la pena. Otras admiten el aumento o disminución de la cláusula penal estipulada, a pedido de parte. Otras tan solo su reducción, de oficio, por iniciativa del juez, o a petición de parte. Pero ninguna permite la supresión de la pena.

Ángel Ossorio y Gallardo,[70] autor del Anteproyecto de Código Civil Boliviano de 1943, consigna en el último párrafo del artículo 767 que la cláusula penal, si no hay daños y perjuicios, no será exigi-

[70] Ossorio y Gallardo, Ángel. *Anteproyecto de Código Civil Boliviano. Publicaciones de la Comisión Codificadora Nacional de Bolivia*, vol. II de la Colección. Buenos Aires: Imprenta López, 1943, p. 352.

ble. Expresa el famoso jurista español que si la pena sirve para sustituir la indemnización de daños y perjuicios solo será aplicable cuando existan estos. De otra manera, agrega, la cláusula penal implicaría una lotería. La cláusula penal solo sirve para evitar la demostración de la cuantía del perjuicio, que aparece previamente determinada. Pero los perjuicios tienen que ser reales. De otro modo, ¿por qué satisfacer el resarcimiento de perjuicios que no existen?

Frente a estas corrientes legislativas antagónicas, el Código Civil Brasileño de 1916 adoptó, en el artículo 920, una fórmula intermedia al estatuir que el juez no está facultado para reducir la pena estipulada, pero que ella, en ningún caso, puede exceder a la obligación principal.

La solución brasileña ha inspirado algunas legislaciones, particularmente latinoamericanas, por ejemplo al Código Civil de Nicaragua (artículo 2002) o al Código Civil Mexicano (artículo 1843).

A criterio de algunos autores, como Alterini,[71] tal solución es objetable porque relaciona el monto de la pena con el de la obligación, y no con la cuantía del daño efectivo que es el objeto de la reparación. Además, señala que este sistema implica despojar a la cláusula penal de su función estimulativa, puesto que desaparece el incentivo para cumplir la obligación que deriva del mayor monto de la pena, comparado con el de la obligación principal.

Mediante Ley N° 10.406 del 10 de enero de 2002, el Congreso de la República Federativa do Brasil promulgó el nuevo Código Civil de ese país. De conformidad con su artículo 2044, dicho Código tuvo una *vacatio legis* de un año, a partir de la fecha consignada antes de entrar en vigencia.

[71] Alterini, Atilio Aníbal. *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 299.

Este nuevo Código regula la posibilidad de modificar el monto de la cláusula penal en sus artículos 412, 413 y 416.[72] La primera de estas normas mantiene el precepto del Código anterior, en el sentido de que la penalidad no podrá exceder el monto de la obligación principal. Sin embargo, en el siguiente artículo se establece que la penalidad debe ser reducida por el juez cuando fuese manifiestamente excesiva, atendiendo a la naturaleza y finalidad del contrato. Asimismo, el artículo 416 dispone que, aun cuando el perjuicio exceda lo previsto en la cláusula penal, el acreedor no podrá exigir indemnización suplementaria, a menos que así se hubiese pactado. De ser el caso, el acreedor estará obligado a probar el perjuicio excedente.

Estas disposiciones determinan que el sistema adoptado por el nuevo Código Civil Brasileño haya abandonado la inmutabilidad absoluta de su predecesor, para acogerse a un sistema de inmutabilidad relativa. En efecto, si bien es cierto que el monto de la penalidad se mantiene limitado por el valor de la prestación objeto de la obligación principal, ahora el juez brasileño estará facultado para reducirlo equitativamente. No obstante, la penalidad no podrá ser incrementada, a menos que se haya pactado la indemnización por daño ulterior.

[72] Código Civil Brasileño de 2003:
Artículo 412.- «O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal».
Artículo 413.- «A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio».
Artículo 416.- «Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.
Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente».

Por otra parte, cabe advertir la uniformidad legislativa y doctrinaria respecto de la reducción equitativa de la pena, cuando la obligación es cumplida en parte o irregularmente por el deudor. No es nuestro propósito polemizar sobre el tema, pues la solución jurídica, en ese caso, es inobjetable.

No sucede lo mismo cuando la obligación es incumplida totalmente por el deudor. Cualquier solución, sobre la conveniencia o inconveniencia de modificar la cláusula penal estipulada en esta hipótesis, invita al debate.

2.2. La cláusula penal en el Derecho Peruano

En el Perú el sistema de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal ha evolucionado de acuerdo con las corrientes predominantes en cada época.

El Código Civil de 1852, siguiendo la tradición del Código Napoléon, establecía lo siguiente:

> Artículo 1275.- Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado.
>
> Artículo 1301.- Puede celebrarse el contrato con cláusula penal, esto es, con obligación de pagar cierta cantidad en los casos de demora, o falta de cumplimiento.

Resultaba evidente que dichos preceptos correspondían al Derecho Francés. La penalidad era intangible.

Al nombrarse la Comisión Reformadora del Código Civil, el Doctor Manuel Augusto Olaechea,[73] en la sesión de 28 de octubre

[73] OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. En *Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil*. Quinto Fascículo, pp. 173 y ss.

de 1925, sometió al estudio de la Comisión la Sección Segunda del Libro Quinto, referente a las obligaciones y sus modalidades.

El artículo 179 del Anteproyecto presentado por el Doctor Olaechea establecía lo siguiente: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Esta norma, según expresiones de Olaechea, encontraba su antecedente en los artículos 1231 del Código Civil Francés (luego reformado por los preceptos antes indicados), 1154 del Código Civil Español, 656 del Código Civil Argentino (luego reformado por Ley N° 17.711, del año 1968) y 924 del Código Civil Brasileño de 1916.

El artículo 181 del mismo Anteproyecto disponía que:

> Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.
>
> El deudor no puede eximirse de cumplirla, bajo pretexto de ser excesiva.

La fuente de esta disposición estaba constituida por el artículo 927 del Código Civil Brasileño de 1916 y por el texto original del artículo 656 del Código Civil Argentino.

Finalmente, el artículo 186 del Anteproyecto prescribía que: «El valor de la pena impuesta en la cláusula penal no puede exceder al de la obligación principal».

Esta regla sí era propia del Código Civil Brasileño de 1916 y estaba destinada a conservar el espíritu de la antigua Ley N° 2760, contra el agio y la usura, que restringía la libertad de las convenciones por razones de carácter social.

Escribe el Doctor Olaechea, fundamentando el Anteproyecto presentado a la Comisión, lo siguiente:

Se discute acerca del excesivo rigorismo de la cláusula penal, cuando la desproporción existente entre el valor económico de la prestación y la pena pactada es resaltante; y también sobre el derecho del acreedor para solicitar la agravación de la pena estipulada, cuando interviene a su favor una razón análoga pero inversa. Sobre el particular se observan varias tendencias legislativas. El Sistema Francés sancionado por el Código Napoléon, reconoce la soberanía de las partes para fijar la amplitud de la pena convencional; y aunque el artículo 1231 del precitado Código contempla un caso de mitigación de la pena, esa ley no contradice, y antes bien confirma el principio general definido por el artículo 1226, pues dicho artículo se refiere a la hipótesis de cumplimiento parcial de la obligación por el deudor, cuando la deficiente ejecución del compromiso aporte alguna ventaja al acreedor. Otros Códigos, como el Alemán (artículo 343) y el Suizo de las Obligaciones (artículo 161), facultan al juez para reducir equitativamente las penas excesivas. El Código de Brasil (artículo 413) estatuye simplemente que el valor económico de la pena no puede nunca sobrepasar al de la obligación principal.

Y agregaba Olaechea lo siguiente:

El anteproyecto adopta la fórmula brasileña, que es ecléctica. Esta fórmula intermedia pone a salvo la función primaria de la cláusula penal cuyo doble fin jurídico es impedir la arbitrariedad judicial y suprimir las dificultades procesales de carácter probatorio sobre la estimación de los daños y perjuicios. Al propio tiempo, esta fórmula reprime el abuso, eliminando el riesgo frecuente de que las estipulaciones contractuales pueden ser en algún caso fuente de enriquecimiento injusto para algunas de las partes. Yo estimo que la solución suizo-alemana, que rechazo, sería de una peligrosidad alarmante en un medio jurídico-social tan imperfecto y mediocre como el nuestro.

El Anteproyecto del Doctor Olaechea, en lo relativo a los tres artículos comentados, fue aprobado por la Comisión Reformadora del Código Civil, con ligeras modificaciones de redacción que no alteraban su significado ni alcances jurídicos.

En el Proyecto de Código Civil presentado por la Comisión Reformadora al Poder Ejecutivo el 7 de marzo de 1936 se consignaban las normas siguientes:

Artículo 1213.- El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Artículo 1214.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.

El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva.

Artículo 1217.- El valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal.

Estos textos fueron modificados por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, a propuesta del Doctor Francisco R. Lanatta, secundado por los doctores Ernesto de la Jara y Ureta y Pedro M. Oliveira, en su sesión de 6 de agosto de 1936. Y esta modificación dio origen a los artículos 1224 y 1227 del Código Civil que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1936, a saber:

Artículo 1224.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.

Artículo 1227.- El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Cabe recordar que en el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, presentado en julio de 1981, se optó por el principio brasileño, o sea por preceptos similares

a los que había acogido la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852.

En este orden de ideas, el artículo 1364 del Proyecto establecía lo siguiente:

> Artículo 1364.- El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.
>
> Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.
>
> En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo.

El artículo 1365 del Proyecto, por su parte, autorizaba al juez a reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor. Esta norma era perfectamente coherente y, sin duda, estaba fuera de discusión.

La Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, al examinar el artículo 1364 trascrito, conjuntamente con uno de los autores de este Tratado, Felipe Osterling Parodi —quien insistió en la idoneidad de los artículos 1364 y 1365 del Proyecto—, consideró que la regla contenida en el artículo 1227 del Código Civil de 1936 había operado adecuadamente y que, por tanto, ella debía subsistir en el nuevo Código. Sin embargo, la Comisión Revisora aceptó que la reducción equitativa de la pena no operara de oficio —como ocurría en el Código Civil de 1936— sino tan solo a solicitud del deudor.

Por ello el artículo 1346 del nuevo Código quedó redactado en los términos siguientes:

> Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Por otra parte, la Comisión Revisora entendió que limitarse a reducir una penalidad excesiva podía ser injusto para el acreedor. Bien puede ocurrir, en efecto, que el acreedor pacte una penalidad diminuta y que no tenga la oportunidad, luego de inejecutada la obligación principal, de solicitar que ella se eleve. Fue por ello que atendiendo a tales razones dejó intacto el artículo 1359 del Proyecto, que luego adoptó forma de ley en el artículo 1341 del Código Civil de 1984, con el texto siguiente:

> Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

Como se observa, la norma del Código Civil de 1984, a diferencia de lo preceptuado por el Código de 1936, admite dos hipótesis. La primera, que no se pacte indemnización por el daño ulterior. En este caso, el acreedor deberá conformarse con percibir, como indemnización, el monto de la cláusula penal, con la contingencia de que ella pueda ser eventualmente reducida en el caso previsto por el artículo 1346. La segunda, que el acreedor tenga la precaución de estipular la indemnización del daño ulterior. En este caso, si el acreedor

considera que la penalidad no resarce los daños y perjuicios que le ha irrogado el deudor por su incumplimiento, puede accionar contra él y exigir un monto adicional a la penalidad estipulada. Para ello tendrá que haber pactado la indemnización del daño ulterior y probar, en el juicio correspondiente, que los perjuicios que le ha ocasionado el incumplimiento son superiores a los previstos por la cláusula penal.

Se logró así una solución de cierto equilibrio en virtud de la cual el deudor —quien no es necesariamente la parte más débil en la relación obligacional— puede, a su solicitud, exigir que se reduzca la pena. Pero la solución prevista también permite al acreedor, cuando estipula la indemnización del daño ulterior y luego de la inejecución estima que la penalidad es insuficiente, exigir el pago de un monto adicional.

Cabe advertir que, con excepción de las normas sobre dación en pago, este fue el único caso en que la Comisión Revisora introdujo una modificación sustancial respecto al Proyecto del Libro VI sobre Obligaciones, presentado en julio de 1981.

2.2.1. La influencia italiana

El Código Civil Italiano de 1942 tuvo —en muchos aspectos— notable influencia sobre el legislador de 1984. Es el caso de la cláusula penal.

Así, observamos que el sistema de mutabilidad relativa adoptado por ambos Códigos es muy similar, y la norma fundamental del tema en el Perú, el artículo 1341, se basa en el numeral 1382 del Código Italiano, precepto del siguiente contenido:

> Artículo 1382.- Efectos de la cláusula penal.- La cláusula por la que se convenga que en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento uno de los contratantes quedará obligado a efectuar determinada prestación, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior.

La pena se debe independientemente de la prueba del daño.

La otra norma del Código Italiano que queremos destacar es el artículo 1384, similar —aunque no idéntico— al artículo 1346 del Código Peruano de 1984:

> Artículo 1384.- Reducción de la pena.- La pena podrá ser disminuida equitativamente por el juez, si la obligación principal hubiera sido ejecutada en parte o si el monto de la pena fuese manifiestamente excesivo, teniendo siempre en consideración el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento.

Como vemos, el Código Italiano acoge al sistema de inmutabilidad relativa, lo cual implica que se podría reducir el monto de la penalidad, pero no aumentarlo. No obstante, se establece la posibilidad de pactar el daño ulterior.

Francesco Messineo,[74] al comentar el artículo 1384 del Código Italiano, señala que el deudor no puede exigir una reducción de la pena; solo el juez —y *únicamente* en los casos en que el deudor haya cumplido en parte, o que el monto de la pena sea *manifiestamente excesivo* (es decir, adquiera un carácter usurario)—, tiene la facultad de reducirla equitativamente, tomando en cuenta, sin embargo, el interés del acreedor en el cumplimiento. En cambio, al juez no se le atribuye ningún poder en el caso de *penas insuficientes*.

Por su parte, Renato Scognamiglio[75] agrega que, en previsión de posibles abusos, el artículo 1384 del Código Civil Italiano faculta al

---

[74] Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato. Op. cit.*, tomo I, p. 220.

[75] Scognamiglio, Renato. *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 152.

juez para disminuir equitativamente el monto de la pena si la obligación fue ejecutada parcialmente o si puede estimarse excesiva en consideración del interés del acreedor en el cumplimiento —aspecto, este último, no incluido en el artículo 1346 del Código Civil Peruano de 1984—.

Por lo demás, apreciamos como perfectamente aplicables al Código Civil Italiano de 1942 los comentarios vertidos con relación al sistema de inmutabilidad relativa, en lo atinente a la desnaturalización y cumplimiento de las funciones de la cláusula penal.

Asimismo, teniendo en cuenta que el Código Civil Peruano de 1984 tuvo como referente al Código Italiano, son aplicables a este cuerpo legal los comentarios expuestos con ocasión del análisis de las normas de nuestro Código Civil, en lo que fuera pertinente, dada su notoria similitud.

2.3. Nuestra opinión

a) Como se ha visto, la doctrina y la legislación comparada ofrecen variadas soluciones al problema que suscita la modificación de la cláusula penal, que renueva, una vez más, el antiguo conflicto que plantea la vida del Derecho: la seguridad, mediante la inmutabilidad de la cláusula penal, y la equidad, permitiéndose su revisión.

Las alternativas son numerosas.

Puede optarse por el sistema del Derecho Alemán y del Derecho Suizo, que permite la modificación de la cláusula penal, para aumentar o disminuir la indemnización fijada convencionalmente por los contratantes, a solicitud de cualquiera de ellos. O por el sistema del Código Civil Peruano de 1936, que obligaba al juez a reducir la pena cuando era «manifiestamente excesiva», pero no permitía aumentarla. Por la doctrina de Ángel Ossorio y Gallardo, que admite la supresión

de la pena cuando se prueba que el acreedor no ha sufrido perjuicios por la inejecución o por el retardo en el cumplimiento de la obligación. Por la regla original del Código Napoléon, que sancionaba la inmutabilidad de la cláusula penal. O, finalmente, por la norma del Código Civil Brasileño de 1916, que no permite modificar la cláusula penal, pero que la limita en su cuantía.

b) El aumento o disminución de la indemnización convencional prevista por el acreedor y por el deudor, a solicitud de cualquiera de ellos, a pesar de los diversos fundamentos que se han señalado a su favor «con referencia a la moral y a las buenas costumbres, al enriquecimiento sin causa, al abuso del derecho, a la necesidad de moralizar el derecho y reprimir el negocio usurario, etc.»,[76] parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba.

Si la cláusula penal, como hemos dicho, se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en numerosos casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto.

Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes —con la misma libertad con la que concertaron la obligación cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal—, por un juicio complejo y costoso en que se objeta ese pacto, pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía.

---

[76] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 245.

Los jueces tienen la obligación de pronunciarse según las pruebas que aporten las partes. Mal podría un juez, a falta de ellos, aumentar o reducir la indemnización fijada contractualmente cuando el deudor se obligó a entregar costosas máquinas industriales (obligación de dar) y no cumplió el contrato; o cuando el deudor se obligó a construir una fábrica (obligación de hacer) e incumplió la obligación; o cuando el deudor se obligó a no revelar un secreto (obligación de no hacer) y violó esta obligación.

¿Podría un juez, en estos casos, decidir si la indemnización es excesiva o insuficiente tan solo con criterio de conciencia y sin que se actuaran las pruebas de la existencia o inexistencia de los perjuicios, o de su cuantía? ¿O sería necesario para que el juez modificara la pena, que se demostrara indubitablemente que el acreedor sufrió perjuicios superiores o inferiores a los pactados? Parece claro que es esta última solución la que debe prevalecer.

Hay que reconocer que en algunos casos la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez, que actúe con criterio de conciencia, a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente. Pero también hay que recordar que en numerosas ocasiones las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, no permiten al juez pronunciarse sin pruebas. Y si el juez, en estos casos, modifica la pena sin que se acrediten los perjuicios, se arriesga a cometer una arbitrariedad.

Desde este punto de vista, cuando es el acreedor quien pretende que el monto de la indemnización fijado por la cláusula penal es insuficiente para reparar los perjuicios que le ha ocasionado la inejecución de la obligación, deberá probar su cuantía. Obviamente, dentro del marco legal peruano, solo lo podría hacer de haberse pactado la indemnización del daño ulterior.

Y cuando es el deudor quien manifiesta que la pena es excesiva, porque el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los pactados o no sufrió perjuicios por el incumplimiento, entonces es a tal deudor a quien le corresponderá probar estos hechos.

Pero en ambos casos se da paso a un debate que las partes, justamente por haber estipulado una cláusula penal, quisieron evitar.

Cuando el deudor solicita la reducción de la cláusula penal existe una simple reversión de la carga de la prueba. Recordemos que en los casos en que opera la indemnización judicial corresponde al acreedor probar la existencia de los perjuicios y su monto (artículo 1331 del Código Civil Peruano de 1984). Pero cuando se estipula una indemnización convencional, y el deudor pretende que sea reducida, toca a él acreditar que la pena es excesiva o injustificada, demostrando que el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los previstos en la cláusula penal, o que no sufrió perjuicio alguno.

Aun en estos casos de reversión de la carga de la prueba, un acreedor prudente —en la práctica— tendría que demostrar la existencia de los perjuicios y su cuantía, para evitar que el juez, no obstante que el deudor alegó, pero no probó que la pena fuera excesiva, ordenara su reducción.

El riesgo de que el acreedor pudiera ver reducida la cláusula penal, con pruebas o sin pruebas, lo conduciría, necesariamente, a acreditar los perjuicios y su cuantía.

Y bien, si admitimos que generalmente es necesario incursionar en el terreno probatorio, y si se demuestra fehacientemente que el acreedor no sufrió perjuicios, ¿cómo se justificaría mantener la obligación del deudor al pago de una indemnización? Porque debe observarse que las legislaciones alemana y suiza, iniciadoras de estas nuevas corrientes en el Derecho moderno, aceptan la reducción de la pena, mas no su supresión.

¿Debe el juez mantener una sanción pecuniaria, aunque sea simbólica, si se demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios por el incumplimiento del deudor?

Si se acepta lo que se quiso evitar con la cláusula penal, si se admite el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, y si el deudor demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios, no debería el juez estar obligado a mantener vigente el pago de una indemnización.

Parece pues congruente la tesis de Ángel Ossorio y Gallardo, cuando consigna, en el artículo 767 del Anteproyecto de Código Civil Boliviano de 1943, que si no hay daños ni perjuicios no será exigible la pena.

Puede agregarse, en apoyo de la tesis que rechaza la modificación de la cláusula penal, que el pacto por el que se fija esta indemnización convencional no compromete normas de orden público. Por consiguiente, de acuerdo con el principio de libertad de las convenciones, debía reconocerse y respetarse el monto de la pena que las partes hubiesen determinado libremente.

Asimismo, es importante señalar que el principio de la inmutabilidad condice con la finalidad práctica de la institución, otorgando al negocio jurídico gran seguridad sobre las perspectivas futuras.

Este carácter se vincula con la función compulsiva; de nada valdría prever la imposición de una pena si llegado el incumplimiento no se tuviese la seguridad de contar con su importe. Si se permitiese volver sobre lo pactado para elevarlo o reducirlo, bien podría no preverse nada y remitirse desde el principio a la apreciación judicial.

Al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía

que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio.

Se ha llegado incluso a afirmar que ninguna vinculación tiene el tema con el de la reducción de los intereses usurarios, porque tradicionalmente la disminución de estos ha sido referida a los compensatorios o lucrativos, intentando con ello disminuir ganancias ilícitas de un acreedor que se sitúa frente a un deudor que cumple con la prestación a su cargo. En cambio, en el terreno de la cláusula penal existe un deudor, incumplidor, por lo que nadie sino él debe asumir los riesgos de su obrar antijurídico.[77]

A modo de conclusión, debemos afirmar que nadie mejor que las partes mismas para fijar de antemano, por medio de la pena, el monto de los perjuicios que el acreedor cree justo recibir por la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación, y que el deudor también considera justo pagar en estas mismas eventualidades.

Asimismo, no debe perderse de vista que la cláusula penal solo es exigible en los casos de incumplimiento por dolo o por culpa del deudor. La inculpabilidad del deudor, salvo pacto en contrario, extingue la obligación (artículo 1343 del Código Civil Peruano de 1984).

c) Las críticas expuestas son aplicables, con mayor severidad, a las legislaciones que solo permiten la reducción de la pena estipulada. Nos referimos, concretamente, al artículo 1227 del Código Civil Peruano de 1936 y al artículo 1346 del Código de 1984.

Estas normas parecen tener su origen en el supuesto erróneo de que es siempre el deudor la parte más débil de la relación jurídica y que merece, por tanto, tutela especial.

---

[77] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 89 y 90.

Este concepto, propio de relaciones de otra naturaleza, según parecer de un sector importante de la doctrina de nuestra tradición jurídica, debe ser proscrito de las legislaciones vigentes, «sobre todo en países nuevos y cosmopolitas —expresa Lafaille—,[78] donde es necesario reforzar ciertos conceptos éticos y de convivencia».

Los legisladores de 1936 y 1984 parecieron no haber tenido presente que también es deudor el empresario importante que se obliga a suministrar mercaderías; o el contratista que se obliga a construir una obra; o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías; o, en fin, todo aquel que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea siempre la parte más débil en la relación jurídica (aunque en muchas ocasiones lo sigue siendo). El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio.

Y es ese deudor quien podría haber impuesto al acreedor una penalidad simbólica para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento de su obligación. En esta hipótesis, el acreedor carecería de instrumentos legales para solicitar el aumento de la pena estipulada, aun cuando el monto de los perjuicios que realmente sufrió fuera superior al monto de la indemnización convencional. Los artículos 1227 del Código Civil Peruano de 1936 y 1346 del Código Civil de 1984 facultan a los jueces para reducir la pena, no para aumentarla.

La objeción es más grave si recordamos que el acreedor puede ser víctima del incumplimiento por dolo o culpa inexcusable del deudor. Para estos casos dispone el artículo 1321 del Código Civil que el

[78] Lafaille, Héctor. *Op. cit., Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*, vol. I, tomo VI, p. 226.

deudor responde de los daños previstos e imprevistos, llámense daño emergente o lucro cesante, en cuanto sean consecuencia directa e inmediata de tal inejecución.

Este precepto funciona plenamente cuando se trata de la indemnización que determina el juez en ausencia de pacto. Pero si se ha estipulado una cláusula penal y, conforme a la ley peruana, ella no puede ser aumentada, el acreedor, víctima del incumplimiento doloso de su deudor, podría ver frustrado el pago de una indemnización por los perjuicios sufridos. Si bien algunos autores franceses aceptan, para estos casos, como fórmula de solución a la doctrina de la inmutabilidad que originalmente consagró el Código Napoléon, que vendría a prolongarse el daño, esta regla no es de valor incontestable y debe ser vista con beneficio de inventario frente al texto expreso de la ley. No obstante ello, nos ocuparemos posteriormente del tema con detenimiento.

Si admitimos la revisión de la pena no debemos analizar tan solo las tribulaciones del deudor. Prestemos igual consideración al acreedor que vio incumplido el contrato, inclusive por dolo o culpa inexcusable del deudor.

El acreedor cuyo contrato no se cumple merece, por lo menos, un trato igual que el deudor. Si se admite la modificación de la cláusula penal, si se introduce en las legislaciones el principio jurídico de su revisión, si se persigue una solución equitativa, entonces que este principio de equidad rija en igual medida para el acreedor y para el deudor.

Dentro de tal orden de ideas, un sistema de mutabilidad absoluta (que permita aumentar o reducir la penalidad) salvaría la incoherencia planteada bajo el sistema de la inmutabilidad relativa, el cual concede la facultad de reducir el monto de la penalidad, pero no admite la posibilidad de aumentarla. La fórmula resulta por demás lógica,

puesto que si lo que se pretende rescatar con la reducción de la pena es el principio de equidad entre acreedor y deudor, el buen sentido indica que debería otorgarse a ambos la posibilidad de modificar el monto de la penalidad, ya sea para aumentarla o para reducirla.

No obstante ello, este sistema no soluciona el problema de la desnaturalización de la cláusula penal, que conlleva la posibilidad de modificar su monto. En efecto, la solicitud de disminución o aumento de la penalidad por parte del deudor o del acreedor, según corresponda, inducirá a las partes, necesariamente, a entrar al tema de la probanza de los daños. De este modo las partes habrían caído, irremediablemente, en el supuesto que quisieron evitar mediante la liquidación convencional anticipada de los daños que, de manera previsible, pudieran derivarse del incumplimiento. ¿Cuál habría sido, entonces, la finalidad de pactar una penalidad que, en los hechos, no cumple ni con la función resarcitoria ni con la función compulsiva propia de su naturaleza?

Este cuestionamiento podría llevarse a extremos, pues si la penalidad no cumple con ninguna de las funciones que le son inherentes, en realidad ¿se trataría de una cláusula penal?

d) Si doctrinariamente la solución de modificar la pena es susceptible de graves objeciones, la aplicación de la norma, en el campo contractual, puede originar serias intromisiones.

La indemnización que fija el juez en ausencia de pacto está constituida necesariamente por dinero, pues es lo único de valor general.

La indemnización convencional, o sea aquella que se determina por la cláusula penal, es de naturaleza distinta. Ella puede estipularse en dinero, pero también puede estar constituida por cualquier otra prestación de dar, o por alguna prestación de hacer o de no hacer, divisible o indivisible. Este es el principio uniforme de la doctrina y la regla del Código Civil Peruano (artículos 1347 y 1348).

Si se pacta como penalidad alguna prestación de dar, de hacer o de no hacer indivisible, o cualquier prestación divisible, pero no susceptible de ser reducida en términos equitativos, entonces el juez, para cumplir con el precepto del artículo 1346 del Código Civil, tendría que sustituir la prestación de la cláusula penal por dinero, y reducir la suma resultante en forma equitativa.

Esta modificación judicial se justifica plenamente cuando la obligación es cumplida en parte o en forma irregular por el deudor. Es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello (artículos 1220 y 1221 del Código Civil Peruano de 1984).

Si el acreedor convino con el deudor en aceptar el pago de modo distinto al estipulado, o sea en forma parcial o defectuosa, y nada se acordó sobre la cláusula penal, entonces es justo que ella sea reducida, y que el juez, para efectuar tal reducción, quede autorizado a modificar la prestación sustituyéndola por dinero. En caso contrario, el acreedor se enriquecería indebidamente a expensas del deudor.

Pero esa doctrina no entra en juego cuando las partes acordaron una cláusula penal y se inejecutó totalmente la obligación. Variar la naturaleza jurídica de la prestación, en estos casos, para reducir una penalidad que después de concertado el convenio y de incumplida la obligación se consideró excesiva, parece constituir una intervención injustificada en los asuntos ajenos, que atenta contra la seguridad de los contratos.

e) Justo es reconocer, por otra parte, que el sistema de la inmutabilidad previsto originalmente por la ley se presta a abusos. Los abusos pueden ser de cualquiera de las partes, tanto del acreedor como del deudor.

Es cierto, en efecto, que la cláusula penal puede utilizarse para imponer una indemnización que podría llegar a ser arbitraria. Pero

también es verdad que esta indemnización puede ser arbitraria tanto para el deudor, quien se vería obligado a pagar en exceso, como para el acreedor, quien podría no ver satisfechos los perjuicios que realmente sufrió.

El cumplimiento riguroso de la cláusula penal, en ciertos casos, puede realmente convertir la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad.

Las críticas a la doctrina de la inmutabilidad de la pena prevalecen.

f) Frente a estas tesis contrapuestas debe buscarse una solución adecuada que respete la autonomía de la voluntad, restringiéndola mas no aniquilándola. Esta solución, en nuestro concepto, está constituida por el principio que consagra el Código Civil Brasileño de 1916.

La legislación brasileña de 1916 (a diferencia de la de 2003), como hemos expresado, estatuye que el juez no está facultado para modificar la pena estipulada, pero que su valor, en ningún caso, podrá exceder al de la obligación principal.

Esa fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal, con todas sus ventajas, entre ellas la de la inmutabilidad, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por el incumplimiento no sobrepasarán el valor de la obligación principal. Si el acreedor estima que el incumplimiento ocasionará perjuicios superiores al valor de la obligación principal, entonces, simplemente, no pactará la indemnización convencional, y tendrá el derecho de exigir oportunamente el pago de la indemnización que fije el juez.

La limitación propuesta viene a constituir un freno a las pretensiones inmoderadas del acreedor.

Asimismo, no se diga que existen dificultades para determinar, comparativamente, los valores de la obligación principal y de la cláu-

sula penal. Más dificultades, por cierto, existen para valorizar los perjuicios. Por lo demás, la contraprestación de la obligación principal, al igual que la cláusula penal, es generalmente en dinero, reduciéndose el problema a una simple apreciación de dos cifras —contraprestación y cláusula penal— preestablecidas por las partes. En los demás casos un peritaje determinaría con relativa sencillez el valor de las prestaciones estipuladas.

Si la cláusula penal excede el valor de la obligación principal sería reducida por el juez, en la misma medida que se reduce cuando la obligación es parcial o defectuosamente cumplida.

En este caso se justifica plenamente tal reducción, y eventualmente, para llegar a ella, la modificación de la prestación pactada como cláusula penal y su sustitución por dinero, porque las partes habrían estipulado en contra de la ley, sabiendo de antemano que el valor de la cláusula penal excedía el valor de la obligación principal. Aquí las partes podían seguir una pauta objetiva —el valor de la obligación principal— señalada por el legislador para determinar el monto de la penalidad. Y esta pauta fue violada.

Naturalmente que la solución propuesta no es perfecta pues también puede dar origen a abusos. Sería el caso del acreedor que impone al deudor, arbitrariamente, pero dentro del límite previsto por la ley, una cláusula penal excesiva. O el caso del deudor que acogiéndose a la regla de la inmutabilidad impone al acreedor una cláusula penal insuficiente.

Pero esos peligros no justifican que se descarte de la vida del Derecho una institución que, como la cláusula penal, fomenta el respeto de la palabra empeñada y asegura eficazmente el resarcimiento en caso de que el deudor incumpla la obligación.

Los riesgos anotados se ciernen sobre toda la contratación. Tal sucede cuando se paga un precio excesivo por un bien mueble, o cuan-

do se paga un precio insuficiente por ese mismo bien. O cuando en un contrato de arrendamiento se pacta una renta exagerada, o una renta ínfima.

Conceder con generosidad asideros legales para que el acreedor o el deudor violen lo que convinieron, es propiciar la impugnación del contrato siempre que las partes no vieran plenamente satisfechas sus expectativas.

La legislación contractual debe utilizar fórmulas intermedias destinadas únicamente a restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, pero no para interferir en cada contrato permitiendo su revisión. Para cautelar a los contratantes se dictan otras normas de orden público, relativas a la capacidad de las personas o a la libre manifestación de su voluntad.

Creemos, en suma, que el límite de la función tutelar, en el caso de la cláusula penal, está señalado por la legislación brasileña de 1916. Lamentablemente el nuevo Código del Brasil del 2003 permite —adicionalmente— la reducción de la pena, con lo que desnaturaliza el sistema del Código de 1916 y desvirtúa su utilidad práctica.

g) Pero, aun dentro de la doctrina restrictiva del Código Brasileño de 1916, la regla debería admitir ciertas excepciones.

En este sentido, podemos expresar que, a diferencia de lo que sucede en el caso de los contratos paritarios, donde los contrayentes ostentan cierto grado de simetría de condiciones, en el supuesto de que las partes contratantes se relacionen mediante un contrato por adhesión, o celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación, en el cual una de las partes colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar, no podría mantenerse intangible la cláusula penal, cuando esté destinada a la cobranza de intereses usurarios, por-

que en estos casos se estaría enmascarando, bajo esa apariencia, una convención ilícita.

Dentro de tal orden de ideas es preciso afirmar que, cumpliendo la cláusula penal una función indemnizatoria, no puede desconocerse que las partes contratantes no siempre se encuentran realmente en un pie de igualdad que permita aducir categóricamente que contratan con la misma libertad. La idea tradicional de que existe una paridad jurídica de los contratantes no puede sostenerse como verdad absoluta en nuestros días. La difusión que hoy tienen los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, en los que las partes tienen un poder de negociación desequilibrado y en los que es frecuente que una de ellas se vea obligada por necesidad a adherirse a lo predispuesto por la parte fuerte, pues de lo contrario no podrá acceder a los bienes o servicios que se le ofrecen y que se encuentran en manos de entes monopólicos, determinan lo contrario.

Como expresa el profesor Carlos Cárdenas Quirós,[79]

> La libertad e igualdad jurídicas no concurren necesariamente al lado de la libertad e igualdad económicas, por lo cual se hace necesaria la intervención del legislador para restablecer el equilibrio que las desigualdades de hecho rompieron. El juez debería ser autorizado a intervenir con el objeto de conformar las relaciones obligatorias con los principios de justicia y equidad, limitándose así la autonomía de la voluntad.

h) También resultaría discutible si el principio de la inmutabilidad de la pena podría prevalecer cuando el deudor pretendiese burlar las responsabilidades procedentes del dolo o de la culpa inexcusable.

---

[79] Cárdenas Quirós, Carlos. «Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual». En *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1990, pp. 348-351.

Si el deudor impone al acreedor una cláusula penal simbólica, diminuta, que no constituya un verdadero resarcimiento, y luego incumple su obligación por dolo o por culpa inexcusable, entonces debería concederse al acreedor el derecho a pedir el aumento de la pena estipulada. La cláusula penal, en estas circunstancias, importaría una verdadera renuncia al derecho de exigir el pago del íntegro de la indemnización. El artículo 1328 del Código Civil Peruano dispone que la responsabilidad, en los casos de dolo o de culpa inexcusable, es exigible en todas las obligaciones y que es nula su exclusión o límite.

Por lo demás, el acreedor debería tener el derecho, en todos los casos en que se incumpla la obligación por dolo o culpa inexcusable del deudor, de exigir una reparación superior a la pactada. En estos casos el acreedor solo pudo estipular la reparación de los daños y perjuicios previsibles. Pero —recordemos— el deudor responde, además, de los daños y perjuicios imprevisibles.

El ordenamiento jurídico peruano, al haber acogido el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal, solo permite su modificación para reducirla, pero no para aumentarla. No obstante, la posibilidad de aumentar la indemnización en nuestro sistema jurídico, cuando no se hubiera pactado el daño ulterior y la pena resultara manifiestamente diminuta, podría intentarse en los supuestos de incumplimiento por dolo o culpa inexcusable.

En estos casos el deudor respondería por todos los daños causados, inclusive por aquellos que no hubiesen sido previsibles al momento de la celebración del contrato.

Dentro de tal orden de ideas, debemos recordar lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

> El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
>
> Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

De la lectura de la norma citada podemos deducir que sería posible señalar —como lo hace Bustamante Alsina—[80] que

> [...] la regla según la cual el acreedor no puede pretender otra indemnización aunque el daño sufrido por él sea mayor, sufre excepción cuando el incumplimiento del deudor es doloso, pues no es admisible que invoque la cláusula penal para disminuir la responsabilidad del daño que él ha ocasionado con su inejecución a designio.

Según refieren Enneccerus, Kipp y Wolff,[81] esta es la teoría propugnada por el Código Civil Alemán, pues si como ocurre casi siempre, corresponde al acreedor una pretensión de indemnización por incumplimiento, puede exigir la pena como importe mínimo del daño y, si el interés de cumplimiento es superior a la pena, puede exigir este bono puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad, pero no una limitación de la pretensión de indemnización.

En efecto, como anota Estela Ferreiros,[82]

---

[80] BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Op. cit.*, p. 203.

[81] ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martín WOLFF. *Op. cit., Derecho de Obligaciones*, vol. I, tomo II, p. 188.

[82] FERREIROS, Estela. *Incumplimiento obligacional* («astreinte» y cláusula penal). Buenos Aires: La Rocca, 1998, p. 132.

> [...] el dolo agrava la responsabilidad del deudor, y sería inmoral aceptar que por medio de una actitud dolosa se limite el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor; aceptarlo sería permitir que se enarbole la ilicitud.

A estas consideraciones debe añadirse el supuesto de que, si se hubiese pactado una pena ínfima, esta tendría claramente la función de limitar la responsabilidad del deudor.[83] De acuerdo con el artículo 1328 del Código Civil Peruano, este pacto sería nulo, siempre que el incumplimiento se hubiere producido por dolo o culpa inexcusable.

Así, el artículo 1328 de dicho Código establece lo siguiente:

> Artículo 1328.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.
>
> También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

Al analizar esta norma se debe tener presente que la cláusula penal cumple una función resarcitoria, esto es, la de servir como liquidación convencional anticipada de los daños. En este sentido, cabría preguntarse si es posible pactar que la cláusula penal prevea el incumplimiento doloso y, de ser así, si ella debe ser inmutable.

Sobre el particular, creemos que si bien es factible pactar una cláusula penal que contemple el incumplimiento doloso dentro del ordenamiento jurídico peruano vigente, ella será inmutable en tanto

[83] Alterini, Atilio Aníbal. *Op. cit.*, p. 303.

y en cuanto no sea inferior a la indemnización que correspondería, de haber sido fijada judicial o legalmente.

Como anota Aída Kemelmajer de Carlucci,[84] la solución contraria resultaría atentatoria al orden público, habida cuenta que si bien se puede permitir que el incumplimiento del contrato debido a fuerzas exteriores (o incluso a culpa leve del deudor) no produzca responsabilidad o la genere disminuida, suprimirla o disminuirla por dolo, equivaldría a eliminar el contrato, que es uno de los pilares básicos de la sociedad moderna.

Sin embargo, no se trata de un tema pacífico, pues podrían existir elementos para considerar que el artículo 1328 del Código Civil Peruano no resultaría aplicable a la cláusula penal. Así, a criterio de García Amigo,[85] cuando el daño es superior al monto de la pena, la cláusula penal puede asumir la función de cláusula limitativa de responsabilidad. No obstante, la diferencia entre estas dos instituciones radicaría en lo siguiente:

- La cláusula limitativa de responsabilidad nace para proteger al deudor; mientras que la penalidad generalmente se pacta a favor del acreedor.
- Asimismo, mientras la cláusula limitativa de responsabilidad se refiere al daño, la cláusula penal presupone el incumplimiento, independientemente del daño.

No obstante los argumentos expuestos por García Amigo, consideramos que si bien pueden existir diferencias conceptuales entre la cláusula penal y las cláusulas limitativas de responsabilidad, la fun-

[84] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 144 y 145.
[85] Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 144 y 145.

ción que cumplen las penalidades diminutas es idéntica: limitar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento.

De ahí que, a criterio nuestro, la norma bajo análisis (el artículo 1328 del Código Civil Peruano de 1984) resulta plenamente aplicable para los supuestos de cláusulas penales irrisorias en las que no se hubiese pactado la posibilidad de resarcir el daño ulterior.

Ahora bien, la consecuencia que se derivaría de la aplicación del referido principio sería la nulidad de la cláusula penal, cuando esta tuviera por finalidad la limitación de la responsabilidad del deudor que incumple por dolo o culpa inexcusable. Bajo este criterio, el órgano jurisdiccional debería ordenar a quien incumpla, el pago de la indemnización por los daños efectivamente irrogados y por el monto que el acreedor consiga demostrar.

i) Por otra parte, debemos referirnos a los principios aplicables en el Derecho Peruano para reducir el monto de la penalidad.

En lo que respecta a los criterios que, de acuerdo con el artículo 1346 del Código Civil Peruano de 1984, pueden adoptarse a efectos de reducir el monto de la penalidad, la norma citada admite el empleo tanto de criterios objetivos como de criterios subjetivos.

En el primer supuesto, estimamos que el órgano jurisdiccional no podría negarse a reducir el monto de la penalidad cuando el deudor demuestre —de manera objetiva— que el monto de los daños derivados de su incumplimiento se encuentra por debajo de lo pactado en la cláusula penal.

No obstante la lógica de este argumento, cabría preguntarse si además de la prueba de los daños y perjuicios es preciso que el juez verifique que la penalidad es «manifiestamente excesiva».

Dicho en otros términos, ¿sería posible la reducción de una penalidad que no fuera «manifiestamente excesiva» cuando el deudor hu-

biese demostrado que los daños efectivamente irrogados por el incumplimiento son menores?

El cuestionamiento resulta perfectamente válido, pues podría darse el caso en que se haya pactado una penalidad razonable —inclusive diminuta, si nos ubicamos en un supuesto extremo—, pero que, sin embargo, los daños irrogados por el incumplimiento estén por debajo del monto pactado y así lo demuestre la parte que ha incumplido.

Si nos atenemos al texto del dispositivo citado, en el ejemplo referido, no se habría verificado el supuesto de hecho que establece la norma, por lo cual no sería procedente la reducción de la penalidad.

La segunda solución posible al problema sería la de obviar la interpretación literal del precepto e indemnizar por los daños efectivamente irrogados, reduciendo de manera proporcional el monto de la pena.

Sin perjuicio de las opciones propuestas, consideramos que, siempre dentro del sistema acogido por el Código Civil Peruano, la solución podría encontrarse en adoptar un criterio subjetivo para determinar la reducción de la penalidad.

El fundamento de esta posición se encuentra en el requisito que establece la norma bajo análisis para la reducción de la penalidad.

A nuestro parecer, la referencia a la reducción equitativa de la pena «manifiestamente excesiva» denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no solo se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además, se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva y hasta grosera.

Una primera forma de ver el problema nos indica que la verificación de este supuesto no le correspondería al deudor incumpliente,

que solicite la reducción de la penalidad, sino al juez. Asimismo, tampoco sería susceptible de ingresar al terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendría que evaluar cuándo el monto de la pena pactada es «manifiestamente excesivo».

A la luz de estas consideraciones, pareciera que la probanza de los daños que corre por cuenta de las partes del contrato, solo podría tener lugar una vez que el órgano jurisdiccional haya determinado que nos encontramos ante una cláusula penal «manifiestamente excesiva», que cumple con el requisito previsto por la norma y, por ende, que debe ser reducida.

No obstante, la objeción que se puede formular a tal planteamiento consiste en que no podría haber apreciación meramente subjetiva, en la medida que para considerar a una penalidad como «manifiestamente excesiva» tendría que haberse acreditado el monto de los daños y perjuicios verdaderamente sufridos por el acreedor, pues en caso contrario no habría forma de comparar, y luego de llegar a la referida conclusión.

Cabe señalar que el artículo 1346 del Código Civil Peruano no es el único precepto de dicho cuerpo normativo que otorga al juez la facultad de emplear su leal saber y entender para la evaluación del monto de los daños y perjuicios. Así, por ejemplo, el artículo 1332 del acotado Código establece el deber del juez de fijar, con valoración equitativa, el resarcimiento del daño que no pudiera ser probado en su monto preciso.

Frente a estos argumentos, siempre podrá objetarse que la determinación de si una cláusula penal es «manifiestamente excesiva» solo podrá hacerse una vez efectuada la probanza de los daños, esto es, mediante criterios objetivos y no subjetivos.

Sin embargo, ello no excluye la necesidad de efectuar una apreciación subjetiva, pues el hecho de que el monto de la penalidad supere a los daños y perjuicios efectivamente irrogados, aun cuando se pueda comprobar la desproporción, no necesariamente significa que la pena sea «excesiva» y, mucho menos, «manifiestamente excesiva». En este sentido, la necesidad de la apreciación subjetiva del juez parece ser imprescindible.

La presencia del criterio subjetivo del juez podría ser llevada a sus extremos, en el supuesto de que la parte que haya incumplido solicite la reducción de la penalidad que, de acuerdo con el sentido común, es sin lugar a dudas «manifiestamente excesiva», pero que, sin embargo, omita aportar pruebas conducentes a demostrar la inferioridad del monto del daño. En este supuesto no parece ser lo más sensato declarar infundado el pedido del deudor por falta de pruebas. Por el contrario, parece razonable que el juez emplee su leal saber y entender a efectos de reducir prudencialmente, y de manera equitativa, el monto de la penalidad.

La jurisprudencia nacional parecería haber adoptado este criterio, asumiendo como válida la subjetividad del juez al respecto. Así, entre los principios que han seguido los Tribunales Nacionales, a efectos de determinar la reducción de la penalidad, tenemos los siguientes:

- La Corte Suprema ha considerado que la reducción de la penalidad procede «con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales. Esto, en un caso referido a los pactos usurarios a que puede estar sometido el deudor al momento de la celebración del contrato». (Sentencia Casatoria N° 1753-97, del 24 de septiembre de 1998).

- En el Sexto Considerando de esta misma Resolución, la Corte Suprema señaló que, en el caso materia de casación, la reducción de la penalidad obedecía «a una apreciación subjetiva del

Magistrado». Este criterio ha sido nuevamente aplicado mediante Sentencia de fecha 31 de julio de 2001, expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N° 6653-2000.

- De otro lado, mediante sentencia de fecha 20 de mayo de 1998, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolvió reducir equitativamente la penalidad atendiendo a que «el pago de US$ 50.00 por día, en caso de incumplimiento desde la entrega de la propiedad, es excesivo».

  Cabe señalar que de la lectura de la citada resolución se desprende que los magistrados concluyeron que la penalidad pactada era excesiva, sin que fuera necesario que el deudor incumpliente demostrara que los daños producidos por el incumplimiento se encontraban por debajo del monto pactado como penalidad. De ahí que resulte posible afirmar que en este caso la reducción se efectuó de acuerdo con el criterio subjetivo y la valoración equitativa de la Sala.

- Otro criterio, no menos interesante, seguido por nuestros Tribunales a efectos de reducir el monto de la cláusula penal, ha sido el de considerar que «la suma adeudada a la parte demandante está garantizada con la hipoteca sobre un inmueble de propiedad del demandado, lo que limita también los daños que pudieran sufrir los acreedores ante el incumplimiento del obligado, puesto que la obligación se encuentra debidamente garantizada». (Sentencia Superior de fecha 31 de julio de 1997, recaída en el Expediente N° 276-97).

- En un contrato de arrendamiento, cuya renta ascendía a US$ 480.00 mensuales, se había pactado una penalidad ascendente al 15% de dicho monto por cada día de atraso en que el

arrendatario no cumpliera con la desocupación del inmueble a la finalización del contrato.

Verificada la demora en la entrega del bien e iniciado el proceso orientado a cobrar la penalidad correspondiente, mediante Sentencia expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 1 de octubre de 1999, se resolvió reducir el monto de la cláusula penal «en aplicación del artículo II del Título Preliminar del Código Civil».

En este proceso, la norma invocada por el órgano jurisdiccional se orienta a proscribir el abuso del derecho, supuesto que, a criterio de la Sala, se habría verificado con la estipulación de la penalidad que el demandante reclamaba.

- Finalmente, la Corte Suprema decidió reducir el monto de la penalidad en atención a que el incumplimiento del deudor generaba, además del pago de la penalidad, la obligación de pago de intereses, los cuales constituían el medio más idóneo para indemnizar la falta de pago de una suma de dinero en el plazo concertado. (Sentencia Casatoria N° 3192-98, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia con fecha 1 de junio de 1999).

No es nuestra intención comentar las resoluciones jurisprudenciales citadas; sin embargo, de su lectura se aprecia que en ninguna de ellas se resuelve reducir el monto de la penalidad en atención a la evaluación de pruebas aportadas por las partes.

En efecto, lejos de abocarse al análisis de los medios probatorios presentados por los litigantes, los tribunales peruanos han resuelto con criterio de conciencia, de acuerdo con aquellas que —a su leal saber y entender— constituyen penas «manifiestamente excesivas».

j) No obstante haber hecho referencia tangencial al tema, queremos profundizar en el análisis de los criterios de orden económico que atentan contra el principio de mutabilidad relativa de la cláusula penal, contemplado en el Código Civil de 1984.

Cabe advertir que el sistema de regulación que propugna la inmutabilidad relativa no necesariamente cumple con proteger al deudor que se encuentra en desventaja, pues, lo reiteramos, como expresa Aída Kemelmajer de Carlucci,[86] «al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio».

En este sentido, resulta claro que la posibilidad de reducir la cláusula penal no puede brindar una protección completa al deudor frente a los abusos que pudiera cometer el acreedor mediante la estipulación de pactos draconianos.

Por el contrario, la inseguridad que representa para el acreedor tener que desenvolverse en un sistema legislativo en que las penalidades no cumplen las funciones compulsiva y resarcitoria, que les son inherentes, podría generarle la necesidad de proteger sus intereses valiéndose del empleo de otros mecanismos. Así, la desnaturalización de la cláusula penal puede originar el aumento de los costos de transacción, así como el encarecimiento del crédito lo que, de manera indirecta, puede contribuir al aumento de dificultades para hacer empresa en el Perú, con la consecuente disminución de oportunidades de empleo y desarrollo económico.

Desde esta perspectiva, las buenas intenciones del legislador para proteger a los deudores en desventaja en la contratación, podrían terminar repercutiendo en su propio perjuicio, al ser ellos quienes tengan que asumir los pasivos de la falta de seguridad jurídica y de confianza en el cumplimiento de los contratos, que el sistema de inmutabilidad relativa (o mutabilidad relativa) de la penalidad adoptado por la legislación nacional, contribuye a configurar en el Perú.

[86] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 89.

3. Conclusiones en torno a la funcionalidad de la cláusula penal en el marco de la legislación peruana

Para finalizar esta parte de nuestro estudio, y tal como lo adelantáramos en las palabras iniciales del mismo, nos corresponde confrontar el primer y segundo acápites del presente trabajo, analizando la funcionalidad de la cláusula penal en el marco concreto del Código Civil Peruano de 1984.

Para tal efecto, vamos a referirnos a cada una de las funciones que en teoría cumple la cláusula penal, confrontándolas con el régimen legal peruano y expresando nuestras opiniones al respecto.

En cuanto a la función compulsiva de la cláusula penal, como hemos mencionado oportunamente, estará presente como un elemento que refuerce el cumplimiento de las obligaciones, sin constituir, en estricto, una garantía en términos jurídicos.

Dentro del régimen legal peruano, tal como lo establecen los artículos 1341 y 1342 del Código de 1984, la función compulsiva de la cláusula penal puede ser tanto compensatoria como moratoria.

Si fuera compulsiva y compensatoria, estaría destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor incumpliente el derecho a la contraprestación, si la hubiere).

Por otra parte, la función compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago.

Desde el punto de vista de la función compulsiva de la cláusula penal, si ella fuere compensatoria, el carácter compulsivo estaría dado en conducir a que el deudor no incumpla con la prestación debida y a que no la cumpla de manera parcial o defectuosa. En otras palabras, la cláusula penal compensatoria buscará que el deudor no deje de cumplir de manera íntegra e idónea.

En cambio, la cláusula penal moratoria tendrá como función compulsiva el hacer que el deudor no deje de cumplir en tiempo oportuno, pues se vería expuesto a incurrir en mora y a que se desencadene la sanción correspondiente.

Resulta claro que la norma contenida en el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, relativiza —de alguna manera— la función compulsiva de la cláusula penal, en la medida que al haber adoptado el Código Civil Peruano de 1984, el sistema de la mutabilidad relativa, en la práctica se dan numerosos casos de deudores que, siendo conscientes de la posibilidad legal de alegar el exceso de la penalidad, decidan no cumplir o cumplir tardíamente, teniendo abierta la posibilidad para reclamar judicialmente la reducción de la pena.

De otro lado, no hay que olvidar que la parte final del artículo 1346 del Código Civil permite al deudor solicitar al juez que proceda a reducir equitativamente la pena cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida, situación que si bien no es discutida en el plano teórico por la doctrina, sí constituye un factor que resta atribuciones compulsivas a la cláusula penal pactada.

En adición a lo expresado, debemos recordar que la reducción de la cláusula penal viene siendo interpretada por los Tribunales Peruanos de manera subjetiva, vale decir con prescindencia de los medios probatorios que, teóricamente, deberían aportar los deudores incumplientes para demostrar que la penalidad tenía carácter excesivo.

Esta situación ha conducido a que el tema se deje al arbitrio subjetivo de los tribunales de justicia, con la «comodidad» para el deudor que alega el exceso de la pena de no tener, necesariamente, que probar la existencia de dicho exceso.

Será evidente, por lo demás, que en la mayoría de los casos el acreedor se encontrará en una situación incómoda, pues de no haber pactado la indemnización por daño ulterior el proceso judicial iniciado por el deudor se reduciría a que este último probase un monto menor a la pena pactada por concepto de indemnización por daños y perjuicios; o, en todo caso, que tal deudor nada pruebe y deje a criterio de los jueces el efectuar una valoración equitativa, reduciendo el monto de la penalidad, si la considerara excesiva.

En segundo lugar, y en lo que respecta a la función indemnizatoria de la cláusula penal, dentro del marco legal peruano es indudable que esta tiene una finalidad claramente indemnizatoria, de conformidad con lo establecido por el artículo 1341 de la ley civil.

En adición hacemos hincapié en que la cláusula penal siempre cumplirá una función indemnizatoria, tanto cuando ella pudiera corresponder, en su monto, a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados, como cuando resultare diminuta o excesiva.

Si la cláusula penal fuere diminuta, y no se hubiere pactado la indemnización del daño ulterior, resulta evidente que el acreedor no podría demandar el aumento de la pena estipulada, y aquello que cobre indemnizará parcialmente los daños y perjuicios causados. En tal sentido, por más que la indemnización de los daños y perjuicios fuera solo parcial, resulta indudable que la cláusula penal seguiría teniendo función indemnizatoria.

Y, en el otro extremo, si la cláusula penal fuese excesiva en comparación con los daños y perjuicios causados, pero el deudor, por los motivos que fuere, no solicitara su reducción, dicho deudor tendría

que pagarla en su integridad. En este caso, si bien es cierto que el deudor pagará una indemnización mayor que los daños y perjuicios realmente causados, la misma indudablemente también cumplirá una función indemnizatoria. La tendrá en la parte correspondiente a los daños y perjuicios realmente causados (lo que resulta obvio), pero también en lo que respecta a los daños no causados, pues la cláusula penal constituye un pacto anticipado de indemnización ante un eventual incumplimiento del deudor.

En adición, si el deudor no reclama ante los tribunales la eventual reducción de la penalidad convenida, tal renuncia constituye, en nuestro concepto, una ratificación tácita de que los términos pactados como penalidad constituyen fiel reflejo de aquellos que posteriormente se causaron.

Como ha sido señalado en la primera parte de nuestro análisis de este tema, la tercera función que la doctrina asigna a la cláusula penal es la punitiva o sancionatoria.

Resulta evidente que una penalidad tendría función punitiva, en la medida que el monto de la misma exceda la cuantía real de los daños y perjuicios ocasionados, pero que, adicionalmente, se llegue a pagar por el deudor incumpliente.

Ahora bien, si tenemos en consideración las facultades que el Código Civil de 1984 otorga al deudor para solicitar judicialmente la reducción de la penalidad, por estimarla manifiestamente excesiva, y si el deudor lograse que la misma se redujera, ello nos demostraría que el sistema adoptado por el Código Nacional puede conducir a que la cláusula penal carezca de función punitiva.

Por otra parte, la función punitiva podría mantenerse vigente en la medida que el deudor, a pesar de que los daños y perjuicios sean menores que la penalidad pactada, no reclame su reducción. En estos

casos, se debería entender que dicho deudor estaría aceptando tácitamente ser sancionado con la penalidad pactada.

Pero debemos reconocer que este último supuesto resultaría, en la práctica, sumamente extraño, y que en el Perú la función punitiva o sancionadora de la cláusula penal se encuentra totalmente relativizada.

En cuarto lugar, hemos mencionado que la doctrina asigna a la cláusula penal una función de simplificación probatoria.

En efecto, como sabemos, se critica al Código Civil de 1984 porque la posibilidad de modificar el monto de la penalidad desnaturalizaría la institución bajo análisis, pues si el deudor puede solicitar su disminución cuando fuera manifiestamente excesiva, y si se faculta al acreedor para pedir el aumento de la penalidad cuando fuese diminuta (en caso de pacto de daño ulterior), las partes tendrían que ingresar, necesariamente, a la probanza de los daños y perjuicios, lo cual importa incurrir en lo que se quiso evitar mediante la estipulación de la cláusula penal.

Dicho en otros términos, ¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez verificada la inejecución, las partes se verían irremediablemente sumergidas en un engorroso proceso en el que tendrían que demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores —dependiendo del caso— que el monto de la cláusula penal?

Cabe señalar que este problema no se soluciona atribuyendo a quien solicite la modificación de la pena, la carga de probar que los daños infringidos sean mayores o menores que la penalidad pactada. En efecto, en los supuestos en que se solicite la reducción del monto de la pena, el deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de la inejecución son menores a la suma pactada.

Sin embargo, un acreedor diligente, consciente de la posibilidad de que pueda reducirse el monto de la penalidad, necesariamente entrará al tema probatorio, aun cuando esta carga no le sea impuesta legalmente, a efectos de demostrar que los daños sufridos coinciden con el monto establecido en la cláusula penal o que, incluso, son superiores a dicho monto.

Lo propio ocurre en el supuesto en que se solicite el aumento de la penalidad, habida cuenta que, aun cuando el acreedor tenga que demostrar que los daños resultantes de la inejecución se encuentran por encima de la pena pactada, el deudor —qué duda cabe— buscará demostrar que la cláusula penal no solamente es suficiente sino, inclusive, excesiva, solicitando su reducción proporcional.

En ambos casos, la probanza de los daños y perjuicios es inevitable. Por ello la desnaturalización de la cláusula penal resulta manifiesta.

Por otra parte, un sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene una función resolutoria.

No deseamos repetir conceptos ya expresados al tratar en la primera parte la referida función. Simplemente diremos que las ideas allí vertidas resultan de plena aplicación al régimen legal impuesto por el Código Civil Peruano de 1984.

Luego, otro sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene la función de pena acumulativa.

En el caso del Código Civil Peruano, y salvo que se hubiese pactado algo distinto, solo podría cumplir función de pena acumulativa, en la medida que se tratara de una cláusula penal moratoria, ya que el cobro de esta resultaría independiente del cobro de la prestación principal.

El Código Nacional señala expresamente este concepto en su artículo 1342, precepto que establece que «Cuando la cláusula penal se

estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación». Pero, independientemente del texto citado, para nosotros es claro que ello fluye de la propia naturaleza de la institución.

Por otra parte, si la cláusula penal fuese compensatoria, y a pesar de que la citada norma no lo diga, se desprende de la naturaleza de la cláusula penal el que esta no pueda acumularse a la prestación *in natura,* prohibición que, en cambio, sí es establecida expresamente por el artículo 1383 del Código Civil Italiano de 1942.

Recordamos, a continuación, que un sector de la doctrina sostiene que la cláusula penal cumple la función de pena de arrepentimiento.

En principio la cláusula penal no tiene como objeto primordial la de constituir una pena de arrepentimiento, encontrándose históricamente centrada dicha función en las arras penitenciales o de retractación, tema regulado por los artículos 1480 a 1483 del Código Civil Peruano de 1984, del texto siguiente:

> Artículo 1480.- La entrega de las arras de retractación sólo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos.
>
> Artículo 1481.- Si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante.
>
> Si se retracta quien recibe las arras, debe devolverlas dobladas al tiempo de ejercitar el derecho.
>
> Artículo 1482.- La parte que recibe las arras puede renunciar al derecho de retractación.
>
> Artículo 1483.- Si se celebra el contrato definitivo, quien recibe las arras las devolverá de inmediato o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación.

Como percibirá el lector, si bien es cierto que al analizar el tema en términos generales, le hemos negado a la cláusula penal, como una de sus funciones primordiales, la de ser una pena de arrepentimiento, hemos admitido que la puede tener con carácter subsidiario, en la medida que, tratándose de una cláusula penal compensatoria, el acreedor perjudicado no pueda exigir el cumplimiento *in natura* de la prestación incumplida, sea porque esta devino en imposible o porque para su ejecución se tendría que emplear violencia contra la persona del deudor.

Esta última situación se planteará, fundamentalmente, en aquellas obligaciones de hacer y de no hacer cuyo cumplimiento se encuentre respaldado por una cláusula penal.

Para tal efecto, podemos citar lo dispuesto por los artículos 1150 y 1158 del Código Civil Peruano, referidos a las obligaciones de hacer y de no hacer, respectivamente, cuando expresan que su incumplimiento por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar, entre otras medidas, por exigir la ejecución forzada del hecho o abstención prometidos, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

Finalmente, hemos apreciado en la primera parte que la doctrina asigna a la cláusula penal una función moratoria.

Sobre esta materia no vamos a reiterar conceptos y nos limitaremos a expresar que las doctrinas generales sobre el tema resultan de entera aplicación al Derecho Peruano, en especial por lo establecido en el numeral 1342 del Código de 1984.

De lo expuesto en esta tercera parte de nuestro estudio, se infiere que existe concordancia entre la teoría general de la funcionalidad de la cláusula penal y su aplicación dentro del marco normativo del Código Civil Peruano, cumpliendo una función polivalente.

Todo ello, incluso, no obstante la presencia de la primera parte del artículo 1346, norma que permite al deudor solicitar al juez la reducción equitativa de la pena, cuando ella sea manifiestamente excesiva.

Sí creemos, empero, que dicha norma atenta contra algunos aspectos de la funcionalidad de la cláusula penal y, como lo hemos mencionado oportunamente, nos reiteramos como partidarios de las bondades de la fórmula adoptada por el Código Civil Brasileño de 1916, indebidamente modificada, a nuestro juicio, por el Código que ha entrado en vigencia a comienzos del 2003.

4. Momento de estipulación de la cláusula penal

Con relación a este tema, la mayoría de los autores sostienen que la cláusula penal se puede estipular al tiempo de constituirse la obligación principal, o posteriormente, pero siempre antes de la inejecución de la misma. Sin embargo, en este último supuesto se exige desde luego que medie la conformidad del deudor.[87]

Bajo esta línea de pensamiento, Aída Kemelmajer de Carlucci[88] expresa que en razón del carácter accesorio de la cláusula penal, lo común es que ella nazca en forma concomitante con la convención principal a la cual accede.

---

[87] Comparten esta posición: Aída Kemelmajer de Carlucci (Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 18 y 19), Jorge Eugenio Castañeda (Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo I, p. 177), Jorge Bustamante Alsina (Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, Obligaciones, p. 172), Jorge Joaquín Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 433), Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Op. cit.*, tomo I, p. 241), Eduardo B. Busso (Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, p. 455) y Manuel Albaladejo (Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, p. 185. Citado por: Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 143), entre otros autores.

[88] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 18 y 19.

Añade, sin embargo, que no existe impedimento legal en que se estipule con posterioridad, pero es menester que ello ocurra antes de llegado el incumplimiento, pues resulta evidente que el pacto posterior a la producción del daño no puede ser una cláusula penal, en tanto y en cuanto no cumple ni función compulsiva ni tampoco se trata de una liquidación previa o anticipada.[89] Si el incumplimiento ya se produjo —precisa Kemelmajer de Carlucci— la estipulación será o una transacción (si se tratara de derechos litigiosos o dudosos y las partes se hicieran concesiones recíprocas) o simplemente un pacto de fijación de daños y perjuicios ya producidos.

Agrega, asimismo, que pactándose la cláusula penal en un acto posterior, es pertinente analizar la voluntad de las partes a fin de establecer si se ha producido o no una novación de lo principal. La cuestión es sumamente importante, según ella, porque si las partes se han limitado a imponer una pena para el caso de no cumplirse con lo principal, subsistirán todas las fianzas, hipotecas, privilegios, prendas, etc. que garantizan la primera. En cambio, si se estipula que el incumplimiento solo hará exigible la pena objeto de la nueva convención, al parecer existe una novación, y por ende, salvo pacto expreso, se habrían extinguido todas las garantías que accedían a la primera.

En tal sentido, debemos recordar lo expresado con ocasión de nuestro análisis de la novación legal en el caso de la indemnización de daños y perjuicios,[90] pero también necesariamente lo afirmado

[89] Este parecer es compartido por Jorge Bustamante Alsina (Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 172), quien también manifiesta que la cláusula penal puede estipularse al tiempo de constituirse la obligación o posteriormente, pero antes de la inejecución, pues carecería de sentido en cuanto a la función compulsiva y no sería la anticipada liquidación de daños e intereses, que es —esencialmente— la función que cumple dicha cláusula.

[90] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, Tercera Parte, tomo VIII, pp. 316 - 318: «En virtud de lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por dolo o culpa inexcusable, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.
En relación con el tema que nos ocupa, la obligación de pagar por los daños y perjuicios ocasionados por causa imputable al deudor (dolo, culpa inexcusable o culpa leve), constituiría un supuesto de novación legal cuando la ejecución de la obligación (su cumplimiento) todavía fuera posible, pero dada la naturaleza de la obligación resultara jurídicamente imposible exigir su cumplimiento forzoso, pues el mismo tendría que pasar por emplear violencia contra la persona del deudor. Esta situación se presentaría, fundamentalmente, en las obligaciones de hacer y de no hacer.
Por otra parte, de acuerdo con el artículo 1337 del Código Civil, 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 mora supone que el cumplimiento de la obligación todavía resulta posible. En tal sentido, si la prestación, como consecuencia de la mora, fuera inútil para el acreedor, éste podría rehusar su ejecución y demandar el pago de la indemnización por los daños y perjuicios causados.
En este caso, la indemnización de daños y perjuicios constituiría una novación judicial de la obligación originaria, la misma que no habría devenido en imposible, sino en inútil para el acreedor.
Asimismo, debemos señalar que, si el acreedor, aún siendo posible y útil la prestación, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios en sustitución de la obligación original, se produciría igualmente novación».

respecto de las características generales y condiciones de aplicación de la novación legal, cuando sostuvimos[91] que estimábamos imprescindible señalar que, si bien es cierto que la mayoría de efectos de la novación voluntaria se generan por igual en la novación legal —ya opere esta de pleno derecho o en virtud de resolución judicial—, uno de esos efectos no se produce. Se trata de la extinción de las garantías

[91] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, Tercera Parte, tomo VIII, pp. 294 y 295.

correspondientes a la obligación original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación legal sí se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Si se aplicara ciegamente el artículo 1283 a los casos de novación legal, ello podría generar graves perjuicios al acreedor que vería extinguidas las garantías que cautelaban sus derechos, sin su asentimiento para que operara tal extinción.

Sostenemos esta tesis porque con frecuencia la novación legal opera al margen de la voluntad de las partes, y extinguir garantías en estas circunstancias, conduciría a situaciones no solo injustas sino absurdas.

Por tales razones, y en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido concebido privativamente para la novación voluntaria, exceptuamos su aplicación a la novación legal.

Aquí deseamos dejar expresa constancia de que acogemos los mismos criterios; esto es, que las garantías se mantienen cuando la prestación es posible, pero ante la inejecución el acreedor opta por la vía de los daños y perjuicios. Esta circunstancia resulta contundente para sostener que en la novación legal no opera la extinción de las garantías. La opinión contraria resultaría arbitraria y susceptible de generar las mayores injusticias. Y aunque la doctrina consultada no aborda el tema, nadie podría sostener razonablemente que cuando se opta por la vía indemnizatoria las garantías se perjudican o extinguen.

Por su parte, Jesús María Lobato de Blas[92] afirma que «la eficacia de la cláusula penal está referida a un momento final en la vida de la

[92] Lobato De Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 143 y 144.

obligación principal, cual es el de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso».

Estamos de acuerdo con ello. Hemos dicho reiteradamente que el cumplimiento de la obligación constituye para esta lo que la muerte natural representa para los seres humanos.

El incumplimiento de las obligaciones constituye un fenómeno antinatural con respecto al decurso vital de las mismas. Es claro que la indemnización por los daños y perjuicios generados por el incumplimiento o la ejecución de la penalidad convenida, no constituiría una «muerte natural» de la obligación, pero sí representaría una manera lógica de extinguirla, satisfaciendo —por lo general, en numerario— las expectativas del acreedor frente al incumplimiento de su deudor.

No se tratará de una «muerte natural», pero ella representa —en el caso de la ejecución de la cláusula penal— un sustituto deseado por las partes (en particular, por el acreedor de la obligación incumplida).

Además, Lobato considera que nada se opone a que la figura en estudio sea establecida con posterioridad a la constitución de la obligación principal y antes, naturalmente, del cumplimiento, incumplimiento o cumplimiento defectuoso de aquella; en resumen, antes del cumplimiento de la obligación principal.

Sobre este punto la legislación nacional sigue la misma línea de pensamiento. Señala el artículo 1344[93] del Código Civil Peruano, que la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior. Pero, aunque el Código no lo dice,

[93] El artículo 1344 del Código Civil Peruano expresa que: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior».

es evidente que ella no puede ser concertada después del incumplimiento.

Asimismo, si destacamos el carácter indemnizatorio que cumple la cláusula penal en nuestro ordenamiento jurídico, vale decir si sostenemos que esta es la valuación anticipada de los daños y perjuicios

---

- **Fuentes nacionales del artículo 1344**

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; ni en el Proyecto de Código Civil de 1890.

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el tema en su artículo 182: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el numeral 173: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1215: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1223: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior».

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trataba el punto en su artículo 74: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el numeral 199: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1362: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1311: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior».

- **Fuentes y concordancias extranjeras**

Concuerdan con el artículo 1344 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 916) y el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 40 en su primera parte —señala también que la cláusula penal puede referirse a la inejecución completa de la obligación, o de alguna cláusula, o simplemente a mora—).

para el caso de inejecución, resulta evidente que solo podrá estipularse antes del incumplimiento.

A nuestro parecer, lo más común será que la cláusula penal se estipule en el mismo contrato cuya obligación se asegura o para cuya hipotética mora en su cumplimiento se pacta. Sin embargo, pensamos, como ya ha sido expresado anteriormente, que no será inusual que las partes, no habiendo pactado la penalidad al momento de la celebración del contrato, la convinieran con posterioridad a su concertación.

Imaginamos que los supuestos en que se pacte una penalidad con posterioridad a la conclusión del contrato serán, sobre todo, aquellos en los cuales existe algún peligro de que el deudor inejecute el cumplimiento de su obligación, y que, por tal motivo, el acreedor lo presione para que celebre el pacto que incluya la penalidad.

Así también conviene insistir en que el pacto de la cláusula penal concertado con posterioridad al momento de la celebración del contrato, solo se podrá estipular cuando no haya habido incumplimiento y cuando falten prestaciones por ejecutar a cargo del deudor, ya que de lo contrario, aparte de desnaturalizar la figura bajo tratamiento, ello carecería de sentido. No hay duda que después del incumplimiento las partes pueden fijar el monto de la indemnización de daños y perjuicios, pero este acuerdo no revestiría las características de una cláusula penal, pues como ya lo señalamos él podría constituir una transacción, en caso que se ponga fin a un asunto dudoso o litigioso mediante las concesiones recíprocas de pretensiones, o simplemente un reconocimiento de derechos, si el deudor acepta pagar íntegramente los daños y perjuicios reclamados por el acreedor.

En este sentido, es pertinente recordar que algunos autores utilizan distinta terminología según el momento en que se pacte, reservando la palabra «cláusula» para aquella que se establece en el acto

constitutivo de la obligación principal y «pena» para la que se fija con posterioridad. Bajo tal perspectiva, resulta interesante la opinión de Ángel Gustavo Cornejo,[94] cuando expresa que:

> La cláusula penal puede estar en el mismo documento del contrato o hacerse constar por separado. En el primer caso, parte de la doctrina, como Windscheid, la denominan 'cláusula penal' y en el segundo 'pena convencional', distinción puramente verbal que carece de importancia [...].

Por nuestra parte, coincidimos en que tal distinción resulta absolutamente irrelevante.

La «cláusula penal» es, como su nombre lo indica, una cláusula contractual en donde se establece una pena para los casos de incumplimiento; en tanto que la «pena convencional» es, evidentemente, una penalidad convenida por las partes que han celebrado un contrato.

Resulta claro que con ambas expresiones se busca decir exactamente lo mismo, razón por la cual, más allá de preferencias en el lenguaje, carecerá absolutamente de interés y de relevancia jurídica, distinguir los términos bajo comentario.

Por último, es necesario recordar que Jesús María Lobato de Blas[95] entiende que es perfectamente posible la constitución de una pena convencional, incluso antes del establecimiento de la obligación principal. Tal figura estará sujeta, desde luego, a la condición de la posterior constitución de la obligación principal. Aída Kemelmajer de Carlucci[96] coincide con lo expresado por el citado autor, y manifiesta que no existe inconveniente en que la cláusula preceda a la convención principal, porque del mismo modo que la fianza, puede garantizarse el cumplimiento de una obligación futura, como lo expresa en el caso peruano el artículo 1872 del Código Civil de 1984.[97]

[94] CORNEJO, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, p. 186.
[95] LOBATO DE BLAS, Jesús María. *Op. cit.*, p. 144.
[96] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 18 y 19.

En nuestra opinión, sin embargo, y a diferencia del caso de la fianza, el Código Peruano no admite expresa ni tácitamente la posibilidad de que la cláusula penal garantice obligaciones futuras, porque el artículo 1872 constituye una ficción legal, en el sentido de que otorga validez a una garantía sin existir todavía la obligación que, supuestamente, estaría destinada a garantizar. Tal ficción no existe en la cláusula penal, por las expresiones terminantes del artículo 1344 del Código Civil, que solo permite estipularla conjuntamente con la obligación o por acto posterior, lo que descarta, por tanto, su pacto previo.

El caso de la fianza es similar al de las denominadas «hipotecas sábana», tema que, en el sentido jurídico, es contrario a la razón y al Derecho, y que sin la existencia de disposición expresa de la ley, deberían ser consideradas nulas.

Por ello somos de la opinión que al no tener amparo legal alguno, sería nula una cláusula penal pactada en garantía del cumplimiento de una obligación futura. No olvidemos que se trataría de un contrasentido la existencia de una obligación accesoria (la penalidad), sin obligación principal alguna. Ese contrasentido solo sería admisible por la existencia de una ficción legal, la misma que en este caso no existe.

[97] El artículo 1872 del Código Civil Peruano de 1984 prescribe lo siguiente:
Artículo 1872.- «Puede prestarse fianza en garantía de obligaciones futuras determinadas o determinables cuyo importe no sea aún conocido, pero no se puede reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida. Es igualmente válida la fianza por una obligación condicional o a plazo».

5. Interpretación de la cláusula penal

Todo problema de interpretación contractual surge ante la duda, oscuridad o ambigüedad de lo convenido por las partes en un contrato. En tal sentido, podría ocurrir que la cláusula contractual en donde se haya convenido la penalidad, en resguardo del cumplimiento de la obligación principal, sea oscura o ambigua, vale decir equívoca, prestándose —sin que medie capricho de ninguna de las partes— a más de una interpretación jurídicamente sostenible o válida.

5.1. Interpretación restrictiva de la cláusula penal

La doctrina más difundida ha entendido —correctamente en opinión nuestra— que para los casos de duda, en relación no solo a la existencia sino al contenido y al alcance de la cláusula penal pactada, esta debe interpretarse restrictivamente[98] del modo más favorable al deudor, según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci[99] comparte el criterio de interpretación restrictiva de la cláusula penal y expresa que esta, como todas las convenciones, debe ser interpretada de buena fe y según lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, cumpliendo de la manera que las partes verosímilmente estipularon y que las mismas debieron entender que habría de cumplirse.

---

[98] Coinciden con el criterio de interpretación restrictiva de la cláusula penal: Aída Kemelmajer de Carlucci (Kemelmajer De Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 20 a 24), Luis Diez-Picazo (Diez-Picazo y Ponce De León, Luis. *Op. cit.*, tomo I, p. 584. Citado por: Martínez Coco, Elvira. *Op. cit.*, p. 163), Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. *Op. cit.*, tomo I, p. 249) y Luis Lacruz Berdejo (Lacruz Berdejo, Luis. *Elementos del Derecho Civil II*, vol. I. Barcelona: Bosch, 1994 p. 276), entre otros autores.

[99] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 20 y 21.

Precisa dicha autora que

> La cláusula penal debe interpretarse con arreglo a las modalidades del caso y a la clara voluntad de las partes. El principio de la buena fe debe aplicarse cuando sea dudoso el sentido de la declaración de voluntad, interpretándola como lo harían las personas correctas. Por ello cuando se trata de establecer el significado de cláusulas penales o que conduzcan a la pérdida de un derecho, la cuestión debe decidirse contra quien ha redactado el contrato. A tal efecto, es indiferente que haya o no proceder doloso, es decir, que una de las partes haya inducido a la otra a contratar mediante engaño; pues en tal caso, la incorrección consiste en emplear expresiones oscuras.

Por su parte, Luis Diez Picazo[100] también preconiza una interpretación restrictiva de las cláusulas penales. El citado autor manifiesta que

> [...] para la existencia de tales cláusulas tiene que constar de una manera clara y terminante la voluntad de los contratantes y que de no ser así, hay que resolver sobre su existencia con criterio restrictivo. El mismo criterio restrictivo es aplicado por la jurisprudencia para resolver, no la existencia, sino su alcance y contenido.

Añade Diez Picazo que esta doctrina encuentra su fundamento en el carácter sancionador de la cláusula[101] y en la idea del viejo principio *odiosa sunt restrigenda.*

---

[100] Diez-Picazo y Ponce De León, Luis. *Op. cit.*, tomo I, p. 584. Citado por: Martínez Coco, Elvira. *Op. cit.*, p. 163.

[101] En esta línea de pensamiento, Lacruz Berdejo (Lacruz Berdejo, Luis. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, p. 276) manifiesta que la interpretación restrictiva de la cláusula penal, en cuanto a su alcance y contenido, encuentra su fundamento en el carácter punitivo de la misma. Asimismo, Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Op. cit.*, tomo I, p. 249) consideran que la cláusula penal es de interpretación restrictiva por aplicación de los principios que rigen a este respecto en materia penal, por lo que las dudas en cuestiones relacionadas con este tipo de cláusulas deben resolverse siempre con criterio estricto.

Jorge Peirano Facio[102] igualmente afirma que las cláusulas penales han de interpretarse de modo restrictivo. La razón de ser de este criterio —precisa el citado autor— se encuentra, además, en la aplicación de los principios generales del Derecho, de acuerdo con los cuales siendo la cláusula penal una estipulación que tiende a hacer más grave la situación de una de las partes contratantes, y siendo también presunción genérica que el deudor se ha querido gravar del modo menos agudo posible, en la duda es preciso no aplicar la cláusula penal. El principio general es que los individuos no se encuentren obligados y la excepción al mismo es la atadura de los hombres por medio de lazos obligatorios.

De esta interpretación deriva como natural consecuencia —señala Peirano Facio— que las cláusulas penales deban ser aplicadas de modo sumamente cuidadoso y restrictivo, y nunca ser extendidas cronológicamente a casos para los que no hayan sido expresamente previstas.

Sobre este criterio interpretativo, debemos señalar que el mismo se encuentra de acuerdo con lo preceptuado por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984, en el sentido que «La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».

Su aplicación es muy clara, dado que este tipo de preceptos limitativos o restrictivos de derechos no pueden interpretarse en perjuicio de nadie (menos aún de aquel que ya se ve perjudicado por los alcances de una cláusula penal pactada en calidad de deudor).

Pero, por otra parte, el tema también tiene directa relación con el Derecho Penal. No olvidemos que dentro de las funciones de la cláusula penal se encuentra aquella de orden punitivo o sancionatorio.

---

[102] Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal*, Bogotá: Editorial Temis, 1982, p. 185.

Uno de los más connotados tratadistas de Derecho Penal, el español Luis Jiménez de Asúa, describe el principio clásico del Derecho Penal: «No hay crimen sin ley previa», con las siguientes palabras:

> La ley penal es, hoy por hoy, el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones [...]. De la ley surge la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena conminada, y por eso, la ley es, a la vez, fuente y medida del derecho de penar. En consecuencia: el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer pena que no esté en ellas establecida para el correspondiente delito.

Al mismo tiempo emana de la ley penal una pretensión subjetiva para el delincuente, que no podrá ser penado más que por las acciones y omisiones que la ley establezca, ni sufrir otra pena que la que esté señalada en las leyes para cada infracción.

Por su parte, el reconocido penalista español Eugenio Cuello Calón, señala lo siguiente:

> Sólo la ley es fuente del derecho penal. En este punto domina como principio fundamental la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* [...]. Nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, ni con otras penas que las establecidas legalmente. Así que en esta máxima se contiene una doble garantía individual: no ser penado más que por los hechos previamente definidos por la ley, garantía penal *(nulla poena sine previa lege poenali)*, y no ser castigado con penas —ni en clase ni en medida— diversas de las establecidas previamente en la ley, garantía penal *(nulla poena sine previa lege)*.
>
> Por tanto un hecho no será punible más que cuando pueda incluirse en alguno de los tipos de delito (figura de delito) descritos en el Código o ley penal, y nunca será penado con pena de clase diversa de la establecida por la ley, ni aquí podrá exceder de la medida, ni por bajo del *minimun* ni rebasando el *maximun*, fijado por ésta.

Tiene por tanto este principio el carácter y el rango de una importante garantía política del individuo que le protege contra la arbitrariedad de los jueces, le asegura que no será castigado sino por los hechos que la ley haya de antemano definido como delito, y que, en caso de delincuencia, no podrá ser penado sino con las penas, conforme a la medida, previamente establecidas en las leyes.

Pero actualmente el principio de legalidad no comprende tan sólo la declaración de la legalidad del delito (garantía criminal) y la de la pena y de la medida de seguridad (garantía penal), sino se extiende y se completa con la declaración de la legalidad de la ejecución de éstas. Lo cual significa que la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad no habrá de dejarse al arbitrio de la autoridad penitenciaria o de la administración, sino que se ejecutarán en la forma y con las modalidades y circunstancias previstas por la ley (garantía ejecutiva).[103]

Hasta aquí las expresiones de Cuello Calón.

Así, inclusive apelando al Derecho Penal, entendemos que si la cláusula penal no estuviere precisada de forma clara, los magistrados no podrían aplicarla pues se encontrarían actuando fuera de sus atribuciones.

[103] Agrega Cuello Calón que:
«El principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, que actualmente inspira el derecho penal vigente en todas partes, apareció como reacción contra los abusos del desmedido arbitrio judicial. Antes de la reforma penal iniciada por Beccaria, dominaba en Europa el arbitrio más excesivo, los jueces podían incriminar por sí mismos hechos no previstos por las leyes y aplicar las penas a su albedrío. Aun en los momentos en que el arbitrio se otorgó para sustraer a los reos de las penas señaladas en las leyes, que la conciencia popular rechazaba por su dureza, también se empleó en defensa de intereses personales o de clase. Pero llegado el tiempo del resurgimiento de la personalidad individual en frente de la del Estado, se dio a la ley penal un marcado sentido de protección individual, se consagró ampliamente la denominada garantía penal, que aseguraba al ciudadano no ser detenido, ni preso, ni procesado, ni juzgado sino conforme a las leyes y por los jueces competentes, ni ser penado sino por hechos considerados como delitos por leyes anteriores a su ejecución».

5.2. Interpretación común de la cláusula penal

Por otro lado, un sector minoritario de la doctrina sostiene una posición contraria con relación a lo antes expresado. En tal sentido es pertinente tener en cuenta el pensamiento de Enrique Ruiz Vadillo,[104] quien se pronuncia en contra del principio de interpretación restrictiva, argumentando que «no existe disposición legal que lo avale, y que la cláusula, en consecuencia, debe estar sometida a los principios generales vigentes en materia de interpretación de actos jurídicos».

5.3. Nuestra posición

Sobre la base de estas consideraciones, nosotros entendemos que la cláusula penal debe ser interpretada restrictivamente, del modo más favorable al deudor, en cuanto a su existencia, alcances y contenido, teniendo en cuenta el principio de buena fe (recogido por el artículo 168[105] del Código Civil) y según lo que verdaderamente las partes quisieron y debieron entender que había de cumplirse al momento de pactar la cláusula penal, es decir, en cuanto a la naturaleza y objeto del pacto (señalado por el artículo 170[106] del Código Civil Peruano).

Nuestra posición encuentra fundamento, como ya ha sido expresado al comentar el criterio de interpretación restrictiva de la cláusula

[104] Ruiz Vadillo, Enrique. «Algunas consideraciones sobre la Cláusula Penal». *Revista de Derecho Privado*, tomo LIX, pp. 374 y ss. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 21 y 22.

[105] El artículo 168 del Código Civil Peruano expresa que «El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe».

[106] El artículo 170 del Código Civil Peruano prescribe que «Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto».

penal, en el carácter sancionador de la misma, en el hecho de que esta figura contenga una estipulación destinada a hacer más gravosa la situación de una de las partes contratantes, específicamente la del deudor, y en el propio texto legal, esto es, en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

Al propugnar una interpretación restrictiva de la cláusula penal no desconocemos, por cierto, el contexto general de la legislación peruana, vale decir, el marco jurídico en su conjunto.

5.4. Consecuencias derivadas de la interpretación restrictiva de la cláusula penal

Bajo esta línea de pensamiento, Aída Kemelmajer de Carlucci[107] señala las consecuencias que se derivan del principio de interpretación restrictiva, mayoritariamente aceptado. Vamos a seguir el orden sugerido por la profesora argentina, pero adecuando sus criterios al Derecho Peruano.

a) Quien alega la existencia de una cláusula penal debe probarla. Por eso, si bien ella no requiere el empleo de frases rituales, dado su carácter restrictivo, su presencia debe ser inequívoca y cualquier duda sobre ella se resuelve en contra de su existencia.

Nos encontramos plenamente de acuerdo con este enunciado, en la medida que ello es de palmaria y evidente justicia.

Por lo demás, la lógica del Código Civil Peruano de 1984 no pasa por imponer deberes gravosos en perjuicio del deudor, sin antes haber constatado su indubitable y expreso nacimiento, sea en virtud del contrato o de la ley. Un ejemplo representativo lo constituye el artículo 1183 del Código, precepto que dispone que la solidaridad no se presume; solo el contrato o la ley la establecen de manera expresa.

[107] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 22 - 24.

Conviene advertir que ello no constituye la aplicación del principio *favor debitoris;* es, simplemente, un acto de justicia.

b) Si fue pactada para un fin determinado, la cláusula penal no puede ser aplicada a otro distinto. Por ejemplo, si se estipuló para el caso de incumplimiento total, no puede pretenderse su aplicación al cumplimiento tardío.

La conclusión que antecede es evidente y no merece mayores comentarios.

c) Aunque los mismos contratantes, con idéntica finalidad, hayan celebrado dos contratos similares, uno con cláusula penal y otro sin ella, no puede presumirse la intención de pactar dos convenios absolutamente iguales; en consecuencia, la cláusula de uno de ellos no puede trasladarse al otro.

Estas expresiones son incontrovertibles al extremo de que cualquier comentario adicional resultaría ocioso.

d) En caso de dudosa redacción de la cláusula penal, las reglas generales de interpretación de los contratos llevan a pronunciarse por la solución más favorable al deudor.[108]

[108] Sobre este criterio consideramos pertinente recordar un caso, resuelto por los tribunales argentinos, que es analizado por Kemelmajer de Carlucci y que a continuación reproducimos:
«La demanda por daños y perjuicios tuvo su origen en el hecho de que el propietario de un inmueble alquilado, decidió construir en la planta alta del edificio. Las partes habían suscrito un convenio por el cual el inquilino autorizaba dicha construcción, fijándose el plazo de iniciación y terminación de las obras, estipulándose que durante ese lapso el inquilino no pagaría el alquiler. La cláusula en discusión decía: 'La obra

En torno de este punto, nosotros llegamos a similar conclusión, pero no porque exista un precepto general que reconozca el *favor debitoris,* sino porque consideramos que nunca se podría aplicar a un deudor una penalidad que no hubiese sido pactada de manera expresa con su acreedor, o que la misma estuviera establecida —también— de manera expresa por la ley. Por lo demás, esta conclusión resulta evidente de la naturaleza y regulación normativa de la cláusula penal.

---

concluirá en seis meses de iniciada, comprometiéndose el propietario a indemnizar al inquilino $ 500 por cada mes'. La Cámara Nacional de La Paz —precisa Kemelmajer de Carlucci— resolvió acudiendo al principio de interpretación restrictiva y del *favor debitoris,* que 'si el inquilino autorizó al locador a edificar en planta alta, conviniéndose que no pagaría el alquiler mientras durara la obra y además que se lo debería indemnizar con $ 500 por cada mes, esta cláusula debe interpretarse como una cláusula penal, en forma restrictiva para el beneficiario y a favor del deudor, en el sentido que se aplicará por el tiempo que dura la obra más allá del establecido entre las partes'. Es decir, que en la opción de decidir si ésta disposición o artículo del contrato era simplemente una cláusula indemnizatoria de daños por todo el tiempo que durara la construcción o si por el contrario ello suponía incumplimiento a los términos estipulados, la Cámara entendió que ello no preveía la indemnización por la conducta lícita (construir mientras durara el período establecido por las partes, lo que había sido suficientemente cubierto mediante los alquileres), sino la reparación de los daños y perjuicios cuando el accionar se tornaba antijurídico en virtud del vencimiento del plazo».

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci manifiesta que «La cláusula *favor debitoris* pudo ser silenciada. La razón última de la solución está en que la regla imperante en nuestro Derecho (el Argentino) es que el obrar conforme a Derecho no es indemnizable si no existen disposiciones legales o convencionales claras en contrario». Por ello, expresa Kemelmajer de Carlucci, bastaba remitir al principio general de que las acciones lícitas no engendran responsabilidad por las consecuencias que de ellas derivan, salvo disposición legal o convencional en contrario.

De la convención surgía que el obrar del locador era conforme a Derecho (contaba con la autorización del inquilino para efectuar la construcción). En consecuencia —concluye Kemelmajer de Carlucci—, cualquier indemnización requería una cláusula clara que la concediese, lo que en el caso era inexistente.

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte, Tomo XIV
Se terminó de imprimir en el mes de octubre del 2003
en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A.
(Reg. Ind. 15621), Gral. Varela 1577,
Lima 5, Perú

PRÓXIMOS TÍTULOS DE DERECHO

DERECHO COMUNITARIO ANDINO
Fabián Novak (Coordinador)
(con la colaboración de la Comunidad Andina)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Fabián Novak (Coordinador)
(con la colaboración del Comité Internacional de la Cruz Roja)

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL PERÚ DEL SIGLO XIX
Marcial Rubio Correa

LA DESPROTECCIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL TERCERO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES
José Almeida Briceño

LOS ORÍGENES DEL GOBIERNO REPRESENTATIVO EN EL PERÚ. LAS ELECCIONES (1809-1826)
Valentín Paniagua Corazao
(en coedición con el Fondo de Cultura Económica)

RÉGIMEN TRIBUTARIO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: PERSPECTIVA PERUANA
Ítalo Fernández Origgi

Fondo Editorial de la PUCP
Plaza Francia 1164
Cercado de Lima
feditor@pucp.edu.pe



Tratado de las Obligaciones

La presente obra trata sobre la Teoría General de las Obligaciones y luego analiza, en forma exegética, el articulado del Código Civil Peruano de 1984 relativo a esta materia, vinculando los temas con sus antecedentes nacionales y extranjeros, doctrina, jurisprudencia y concordancias.

En palabras del ilustre jurista argentino Doctor Guillermo A. Borda «...esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana».

ISBN 9972-42-604-1

9 789972 426049