

EFFECTOS DEL SIMPLE RETARDO¹

Luis Moisset de Espanés

Fecha de publicación: 03/10/2016

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Distinción entre "simple retraso" y "mora". III.- Efectos jurídicos del simple retraso. IV.- Retardo y prescripción. V.- Retardo y caducidad. VI.- Simple retraso y obligaciones recíprocas. VII.- Retardo y resolución. VIII.- Derecho de retención y simple retardo. IX.- Retraso y cláusula penal. X.- Pago por consignación y retardo. XI.- Palabras finales.

1 Trabajo elaborado y publicado originalmente en el Libro Homenaje a la Profesora María Antonia LEONFANTI (Rosario, 1982), sobre la base de investigaciones realizadas en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional de Córdoba.

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

I.- Introducción

a) En recuerdo de Roberto López Cabana

La Revista “Hágase Saber”, de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste, dirigida por Dña. María Laura Estigarribia, nos solicitó una colaboración para el número dedicado a recordar a Roberto López Cabana, prematuramente fallecido en un accidente automovilístico. Nos pareció oportuno en esa ocasión reelaborar un ensayo que fue publicado originalmente en el Libro Homenaje a la Profesora María Antonia LEONFANTI ².

El trabajo impresionó profundamente a Roberto LÓPEZ CABANA, que lo utilizó en 1985 como tema en la exposición oral en el Concurso para proveer diez cargos de profesores en la UBA, en el que obtuvo una de esas plazas³, pese a carecer del título de doctor, pues el carácter novedoso de las ideas expuestas en esa clase llamó la atención en especial a dos de los jurados, los Dres. Jorge A. Carranza y Manuel A. Laquis. Posteriormente, LÓPEZ CABANA prosiguió la línea de investigación que habíamos emprendido y plasmó sus esfuerzos en una tesis doctoral sobresaliente⁴. Y en el Exordio expresaba su convicción de la necesidad de revitalizar la figura del simple retardo o demora, "cuya relevancia se advierte si se asumen los importantes efectos que le son propios, y que en la doctrina nacional fueron advertidos por

². “Homenaje a la Profesora Dra. María Antonia Leonfanti”, Pontificia Univ. Católica Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, 1982, “Efectos del simple retardo”, p. 293 a 309.

³. El Jurado, integrado por Manuel A. Laquis, Jorge A. Carranza y el autor de estas líneas, en dictamen unánime, lo colocó en el noveno lugar.

⁴. "La demora en Derecho privado", ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1989.

En el ejemplar que nos obsequió estampa la siguiente dedicatoria, que reproducimos de manera facsimilar: "A mi querido amigo, el Profesor Doctor Luis Moisset de Espanés, cuya inspiración me ayudó de manera notable, junto con su permanente aliento, para la elaboración de mi trabajo. Mi permanente agradecimiento y un fuerte abrazo fraterno".
Lima, 16 de noviembre de 1989.

Luis Moisset de Espanés, en un primer desarrollo" ⁵.

Para esta nueva publicación lo hemos actualizado, suprimiendo los capítulos vinculados con la actualización monetaria que, afortunadamente, en estos momentos parece no ser necesaria en la actual realidad económica de nuestros países, y lo hemos concordado con el Código civil peruano de 1984, uno de los más modernos Códigos civiles de hispanoamérica, en el cual -como oportunamente advertiremos- también se plantea la distinción entre la “mora” y el simple retardo o “demora”, que puede tener efectos jurídicos relevantes, aunque no haya mediado culpabilidad del deudor.

b) Razones que me llevaron a investigar este tema

El investigador, en el peregrinaje que realiza por la vida, debe estar siempre atento a las realidades sociales y, en nuestro campo de estudio, a su proyección en los fenómenos jurídicos. Su atención se ha de enfocar en el análisis cuidadoso de la forma que esos fenómenos toman en el momento actual, y contrastar sus observaciones con las efectuadas anteriormente por muchas generaciones de investigadores, concretadas en obras y en libros, para poder -luego de esa comparación- extraer conclusiones propias, que confirmen las de sus predecesores, o que las rectifiquen, sea porque se advierta la existencia de errores en las investigaciones anteriores, sea porque el devenir constante de la actividad social va produciendo modificaciones en los distintos elementos de tipo económico, político o social que dan vida a la relación jurídica, y estas transformaciones exigen nuevas normas para regular las relaciones de los sujetos.

Estas reflexiones se vinculan con la elección del tema, ya que con frecuencia suelen analizarse los "efectos jurídicos de la mora", pero nos ha parecido conveniente efectuar un replanteo del problema, e indagar genéricamente sobre los "efectos del simple retardo" en el cumplimiento de las obligaciones, para comprender todos los problemas que se nos pueden presentar ⁶.

⁵. Obra citada en nota anterior, p. 12.

⁶. En 1980, desde el Departamento de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, diseñamos un Curso sobre Mora, cuya dirección quedó en manos del Dr. Juan Carlos Palmero, y su coordinación en las del Dr. Manuel Cornet. Reservé para mi exposición el tema "Efectos de la mora"; mi disertación estaba prevista para un día miércoles, y el día anterior el expositor era Atilio A. Alterini, que tenía otro tema pero, por un error en la invitación que se le formulara, desarrolló el tema que me correspondía.

II.- Distinción entre "simple retraso" y "mora"

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

Esta concepción "subjetiva" de la mora es la predominante, y en la doctrina argentina encontramos en posición casi solitaria a BORDA, quien en su Tratado de Obligaciones⁷, y en los trabajos sobre mora que publicó después de la Reforma⁸, afirma que la mora es "objetiva", es decir la identifica con el mero retardo temporal. Pero en la práctica desvirtúa totalmente su postura cuando agrega que hay mora sin efectos jurídicos, y que recién cuando se añade el ingrediente de la culpa aparece la mora con efectos jurídicos⁹.

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

No se trata de un problema meramente semántico, en el que la

Recuerdo la cara de sorpresa del coordinador, quien al concluir la reunión me preguntó que iba a hacer yo al día siguiente. Le dije que no se preocupara, pues uno de los capítulos que incluía en mi exposición era una investigación que estábamos realizando en el Instituto de Derecho Comparado sobre los efectos del simple retardo y que dedicaría toda mi clase a desarrollar ese punto.

Poco tiempo después volví sobre el tema dictando una conferencia sobre los "Efectos de la simple demora", en el Colegio de Abogados de San Juan el 25 octubre 1980. Esas exposiciones constituyeron posteriormente la base del trabajo que enviamos como colaboración al Libro Homenaje a María Antonia Leonfanti.

⁷. Guillermo A. BORDA: "Obligaciones", 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1967, N° 51, p. 55.

⁸. Guillermo A. BORDA: "La Reforma de 1968 al Código civil", ed. Perrot, Buenos Aires, 1971, Cap. II, N° 116 y ss. p. 171 (ver especialmente N° 123, p. 182).

Comparte esta postura Juan Luis MIQUEL: "Resolución de los contratos por incumplimiento", Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 128: "...adherimos a esta posición, creyendo que la única condición necesaria para la producción de la mora en las obligaciones a plazo es el retardo".

⁹. Guillermo A. BORDA: Obra y lugares citados en nota anterior, donde dice: "...puede haber una mora no imputable, que no genera responsabilidad".

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

Estimamos que el nuevo Código peruano exige también la culpa como elemento constitutivo de la "mora", ya que la prueba de su inexistencia permitiría al deudor liberarse de responsabilidad (artículo 1336, segundo párrafo); así lo entiende también Felipe OSTERLING¹⁰, en posición que luego ratifica cuando con la colaboración de CASTILLO FREYRE publica su Tratado de las Obligaciones¹¹.

III.- Efectos jurídicos del simple retraso

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

No significa esto, sin embargo, que adhiramos a la posición de BORDA, que habla de mora "objetiva", sino que en ese repensar problemas que uno debe plantearse constantemente, nos ha parecido advertir -y después de leer este ensayo ustedes podrán juzgar si coinciden con esa opinión- que las situaciones de mero retardo no culpable también producen en muchas oportunidades efectos jurídicos.

Un análisis detenido del problema nos ha llevado a la conclusión de que no solamente la "mora" produce efectos jurídicos, sino que también el retardo no culpable -que técnicamente no es "mora"- genera casi siempre

¹⁰. Conf. Felipe OSTERLING PARODI: "Las obligaciones", ed. Pont. Univ. Católica del Perú, Lima, 1988.

Nos dice el profesor peruano: "Para que el deudor quede constituido en mora se precisa un retardo en el cumplimiento de la obligación. Además, que tal retardo le sea imputable", y agrega más adelante: "El retardo, por otra parte, debe ser imputable al deudor, es decir, obedecer a culpa o a dolo" (p. 219).

¹¹. Ver de Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE, "Tratado de las Obligaciones", Lima, 2003, T. XIV, quienes nos dicen: "... el retraso -para poder ser moratorio- debe ser necesariamente culposo o doloso, lo que significa que debe haber culpa o dolo en el sujeto que queda constituido en mora, ya sea deudor o acreedor..." (p. 2064), aunque admiten que, excepcionalmente, puede haber hipótesis de mora objetiva.

consecuencias que van a incidir en la vida de la relación jurídica, y por tanto debe ser objeto de nuestra atención.

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

IV.- Retardo y prescripción

En las Séptimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, efectuadas en la Capital Federal ¹², al debatirse el tema de Derecho Sucesorio se habló del problema de la prescripción. Se trataba de la posibilidad de ejercitar una acción para revocar las donaciones o legados, cuando no se hubiesen cumplido los cargos o modalidades establecidas.

Un despacho, mayoritario, sostenía que la prescripción de esa acción comenzaba a correr "desde el momento de la mora", es decir, vinculaba el cómputo de la prescripción con la mora ¹³.

Al discutirse el tema en el plenario se objetó, con acierto, que la prescripción de las acciones no depende de la mora, ni del deudor ni del acreedor. En algunos casos podrá coincidir la iniciación del plazo de prescripción con una situación de mora, pero una y otra situación jurídica tienen fundamentos distintos ¹⁴.

En términos generales podemos decir que la prescripción de las acciones comienza a correr con la exigibilidad de la prestación ¹⁵; es el principio llamado en doctrina de la "actio nata", y la exigibilidad del derecho no siempre coincide con la mora del deudor. Algo similar sucede con los plazos de caducidad.

Tampoco puede unirse el cómputo de la prescripción a la mora del

¹². Buenos Aires, septiembre de 1979. Las Actas de estas Jornadas fueron publicadas por editorial La Ley, Buenos Aires, 1981.

¹³. "La acción de cumplimiento del cargo y la acción de revocación de los legados por incumplimiento del cargo prescribe a los diez años de **la constitución en mora del deudor**" (VII Jornadas..., p. 453, punto 4 del despacho.

¹⁴. VII Jornadas..., p. 462 y 463.

¹⁵. Este principio está recogido en el artículo 1993 del nuevo Código del Perú.

Además el inciso 2 del artículo 1996, al estipular que la intimación para constituir en mora es un acto interruptivo del curso de la prescripción, reconoce implícitamente que ésta puede haber comenzado a correr antes de que haya mora.

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

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

Advertimos aquí la existencia de un efecto jurídico del "simple retardo" en el cumplimiento de la prestación, que no está conectado de manera directa con la mora, sino simplemente con el no haber cumplido en tiempo una prestación que ya era exigible ¹⁶, como lo expresa claramente el artículo 1993 del Código peruano ¹⁷. Insistimos, el retraso en la ejecución de una prestación ya exigible hace que comience a correr el plazo de prescripción, aunque no haya mora ni del deudor, ni del acreedor.

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

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

V.- Retardo y caducidad

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

¹⁶. En sentido coincidente López Cabana afirma en su tesis: "La exigibilidad del crédito, unida al retardo de ambos sujetos de la obligación, es suficiente como para que el plazo de prescripción empiece a correr, pues la ley no especifica que alguno de ellos deba ser constituido en mora" (conclusión LXXVII, p. 184).

¹⁷. "Art. 1993.- La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho".

derecho, el simple retardo producirá como consecuencia la caducidad ¹⁸.

Estimamos que en el derecho peruano, cuyo Código de 1984 legisla expresamente sobre los plazos de caducidad ¹⁹, la solución es idéntica.

VI.- Simple retraso y obligaciones recíprocas

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

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

En el ámbito de esas relaciones el "simple retardo" en el cumplimiento de una prestación, aunque no sea culposo, es decir aunque no haya mora, faculta a la otra parte a ejercitar los derechos que surgen del artículo 1201 del Código civil argentino y 1426 del Código peruano ²⁰, es decir, hacer valer la excepción de contrato incumplido ²¹.

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

¹⁸.López Cabana, siguiendo lo que habíamos expresado en nuestro trabajo, adopta en su tesis la misma solución y expresa: "Los plazos de caducidad, a los que se subordinan ciertos derechos en cuanto a su ejercicio, comienzan a computarse desde el retardo en hacerlos valer, sin que tampoco -en este caso- haga falta que ninguna de las partes haya constituido en mora a la otra para que corra el plazo de caducidad que la ley haya fijado" (conclusión LXXVIII, p. 184).

¹⁹. Ver artículos 2003 a 2007 del Código peruano de 1984.

²⁰. Si repasamos lo escrito por Manuel DE LA PUENTE y LAVALLE al ocuparse de la excepción de incumplimiento, veremos que no incluye a la mora entre los requisitos para su ejercicio ("Estudios del Contrato privado", ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983, T. I, p. 506).

Lo mismo Max ARIAS SCHREIBER PEZET ("Exégesis del Código Civil peruano de 1984", 3ª ed., San Jerónimo, Lima, 1988, art. 1426, p. 199 y ss.).

²¹. También en este punto adhiere López Cabana en su tesis a lo que habíamos sostenido, afirmando: "Cuando existen obligaciones recíprocas o correspectivas, 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*" (conclusión LXXXII, p. 185).

cumplimiento sea absolutamente inculpable; así lo han entendido también nuestros tribunales ²².

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

VII.- Retardo y resolución

Estamos aquí frente a un problema de mayor complejidad; por lo general la doctrina suele afirmar que para el funcionamiento de la facultad resolutoria es absolutamente indispensable que haya existido mora de la otra parte ²³, posición que es compartida por la jurisprudencia ²⁴. En los últimos años algún autor argentino señala la existencia de hipótesis en las cuales se llega al incumplimiento sin que haya existido previamente mora ²⁵, aspecto que hemos procurado destacar en alguna nota a fallo ²⁶, y que trataremos de bosquejar de manera muy breve.

a) Diferencias entre "mora" e "incumplimiento"

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

²². Vemos así que la Cámara Civil de la Capital, sala E, 17 abril 1980, "Collova, José c/ Barrios de Ferreyra Córdoba, Manuela y otros", L.L., 1980-C, S. 78.692, ha dicho: "3.- La constitución en mora no es requisito para el funcionamiento de la "exceptio non adimpleti contractus" (con cita del Código civil anotado de Llambías, T. II-A, p. 112).

²³. Cree que es previa la constitución en mora Alberto G. SPOTA: "Instituciones de Derecho Civil - Contratos", Depalma, Buenos Aires, 1975, Vol. III, donde expresa: "... es previo a la resolución de pleno derecho (pero fehacientemente exteriorizada a la otra parte, artículo 1204), la constitución en mora del contratante" (p. 466); y "ese requerimiento debe ser precedido por la constitución en mora conforme al artículo 509" (p. 468).

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

²⁴. Ver la que mencionan Roque F. GARRIDO y Luis O. ANDORNO: "Reformas al Código Civil", 2ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 1971, comentario al art. 1204, p. 264 y 265.

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

²⁵. Anteo E. RAMELLA: Obra citada en nota anterior, párrafo 23, p. 69 y ss.

²⁶. "El simple retardo, la mora y la resolución por incumplimiento: variaciones sobre un tema", Jurisprudencia Argentina, 1982 - IV - 463, y capítulo XIV de este libro.

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

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

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

Pero esta distinción, conceptualmente clara, suele desdibujarse en las obras de doctrina, en los fallos jurisprudenciales, e incluso en los propios textos legales, y así vemos que en los casos de plazo "esencial" suele hablarse de "mora automática", cuando en realidad hay "incumplimiento definitivo"²⁷. En el derecho peruano también suele hablarse de "mora ex re" para la hipótesis contemplada en el inciso 2 del artículo 1333, que -insistimos- no es un caso de mora, sino de incumplimiento²⁸, como bien lo entienden OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, para quienes si la obligación se ha tornado imposible ya no es necesario interpelar al deudor²⁹.

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

b) Etapas anterior y posterior a la exigibilidad

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

²⁷. Ver nuestro "La mora y la reforma al artículo 509 del Código civil argentino", *Jurisprudencia Argentina*, 1968 - V. sec. doctrina, p. 796 y ss. y Capítulo VI de este libro.

²⁸. Este dispositivo reconoce como antecedente el inciso 2 del artículo 1254 del Código peruano de 1936, y concuerda con lo dispuesto en el artículo 1100 del Código civil español, y el viejo texto del artículo 509 del Código civil argentino.

²⁹. Ver autores citados, *Tratado*, T. XIV, 19.2, p. 2255.

incumplimiento, aún antes de que la obligación sea exigible³⁰.

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

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

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

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

c) Transformación del retardo en incumplimiento

Pues bien, el artículo 1204 del Código civil argentino establece una mecánica para transformar la situación de retardo en situación de incumplimiento, que prevé especialmente el problema que se plantea cuando la prestación -aunque pueda materialmente ejecutarse- ya no es útil para el acreedor³¹.

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

³⁰. Para el derecho peruano ver autores y lugar citados en nota anterior.

³¹. En el derecho peruano debe verse lo que disponen los artículos 1428 y 1429 del Código civil de 1984.

definitivo.

No se trata, como algún autor ha dicho, de dos constituciones en mora³²; la finalidad que se persigue es otra: transformar el retardo o la mora en incumplimiento.

Personalmente entendemos que aunque no exista previamente "mora", aunque haya simple retraso en el cumplimiento de la obligación, el acreedor está facultado para pedir la resolución³³, y en tal caso su interpelación surtirá un doble efecto: transformará el "simple retraso" en situación jurídica de "mora", y abrirá las puertas a la resolución, cuando vencido el plazo no se haya ejecutado la prestación debida. Creemos que ése es el sentido que debe darse a la posición que adoptan autores como MORELLO, cuando afirman que en el pacto comisorio tácito se exige la constitución en mora, que se obtiene mediante un "requerimiento", que va acompañado de un plazo complementario para facilitar el cumplimiento"³⁴.

En definitiva, el simple retardo posibilitará el ejercicio de las facultades previstas en el artículo 1204 del Código civil argentino³⁵, sin que sea menester una interpelación para constituir en mora, y otra posterior para lograr la resolución por incumplimiento.

Por supuesto que si el deudor se encontraba ya en situación de mora, por

³². Ver la ponencia de Félix A. TRIGO REPRESAS y Rubén COMPAGNUCCI de CASO en las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1977): "Siendo la mora un requisito esencial para el funcionamiento del pacto comisorio, cuando aquélla no se produce en forma automática, será necesaria la interpelación al deudor para su constitución en mora, como paso previo al nuevo requerimiento, esta vez en los términos del artículo 1204, segundo párrafo, que posibilita a su vez la resolución del contrato por el juego del pacto comisorio tácito".

³³. Ver comentario citado en nota 25, y también "Reflexiones sobre la mora automática, resolución por incumplimiento y purga de la mora", *El Derecho*, 86 - 502.

³⁴. Augusto M. MORELLO: "El pacto comisorio en la ley 17.711", en "Examen y crítica de la Reforma del Código Civil", ed. Platense, La Plata, 1974, T. 3, p. 159 y 160: "Mediando pacto comisorio expreso no es necesaria la constitución en mora... 2º) Se exige, sí, la constitución en mora -requerimiento que va acompañado de un plazo complementario (de gracia o de equidad) para posibilitar el cumplimiento- cuando se trata de pacto comisorio legal, tácito o implícito".

³⁵. En su tesis López Cabana adopta el mismo criterio y afirma en la conclusión LXXXV: "Habiendo un pacto comisorio expreso puede bastar el simple retardo para que el acreedor de la prestación incumplida ejerza su derecho a resolver el contrato" (p. 185), y en la conclusión LXXXVI: "Tampoco cabe, en principio, exigir la previa constitución en mora, en el supuesto de cláusula resolutoria implícita, legal o tácita".

vía de una interpelación, el acreedor que advierta que la prestación deja de serle útil, y desee transformar la situación de mora en incumplimiento, tendrá que efectuar la segunda intimación, impartiendo el plazo previsto en el artículo 1204, transcurrido el cual se producirá la resolución.

Pero, para hacer funcionar el artículo 1204 no es imprescindible que exista previamente mora, sino que basta el simple retardo ³⁶.

VIII.- Derecho de retención y simple retardo

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

Para poder ejercitarla es suficiente que la deuda exista y sea exigible ³⁷ aunque no haya mediado constitución en mora del deudor ³⁸. En el derecho peruano, si acudimos al artículo 1127, vemos que para ejercitar el derecho de retención no es menester constituir previamente en mora a la otra parte, sino que basta con rehusar la entrega del bien, u oponer el derecho como excepción frente a una demanda de restitución.

Nos encontramos, pues, con una hipótesis más en que el simple retraso

³⁶. La complejidad del problema se advierte también en la doctrina extranjera. A título de ejemplo mencionaremos la recapitulación de los supuestos de acción resolutoria que efectúa Luis DIEZ PICAZO, donde a la constitución en mora agrega "el simple retardo en el cumplimiento, cuando este último determina una frustración del fin del negocio o justifica un interés atendible en la resolución" (ver "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", Tecnos, Madrid, 1970, N°. 1036, 4º, p. 861).

³⁷. Antonio CAMAÑO ROSA: "Derecho de retención", ed. Bib. Uruguay, Montevideo, N° 189, p. 96: "El derecho de retención ... supone siempre un crédito exigible en el momento del reclamo del deudor".

Por nuestra parte hemos dicho: "... de ninguna manera se permitirá usar una facultad tan excepcional como es ésta de mantener una cosa que hay obligación de entregar a otro cuando el crédito no es exigible..." (ver nuestro "Curso de Obligaciones", 2ª ed., Advocatus, Córdoba, 1998, T. I, p. 367).

³⁸. El Proyecto de Código Civil de 1998 regula de forma muy defectuosa el derecho de retención (artículos 2526 a 2532), pero al menos acierta cuando

expresa que no requiere "manifestación previa del retenedor" (artículo 2528), con lo cual debe entenderse que no es menester haber constituido en mora a la otra parte. Y el nuevo Código, aprobado recientemente y que debe entrar en vigencia en 1º de enero de 2016, mantiene esa correcta previsión en el artículo 2589.

produce efectos jurídicos de importancia ³⁹, asimilables en muchos aspectos a los que surgen en las obligaciones recíprocas y se traducen en la excepción de incumplimiento a que hemos hecho referencia anteriormente.

IX.- Retraso y cláusula penal

Es éste uno de los casos en que la ley positiva concede con más vigor efectos jurídicos al hecho objetivo del retraso en el cumplimiento de la obligación, con total independencia de la imputabilidad subjetiva de ese retraso ⁴⁰.

El artículo 654 del Código civil argentino es terminante cuando dispone que "incurre en la pena estipulada, el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo" ⁴¹.

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

Dejamos la inquietud planteada para ulteriores investigaciones ⁴², y por el momento destacamos otro caso en que el simple retardo genera importantes consecuencias jurídicas.

X.- Pago por consignación y retardo

a) Falta de colaboración del acreedor

Para ilustrar nuestra tesis de que el simple retardo produce efectos

³⁹. Así lo entiende también López Cabana, cuando dice: "El derecho de retención puede reconocer su origen en el mero retardo del deudor en cumplir con las obligaciones que hayan nacido *cum re iunctum*" (conclusión XCI, p. 186).

⁴⁰. También en este punto López Cabana coincide con nuestros desarrollos. Así vemos que en la conclusión XCVI (p. 187), sostiene que: "Las normas supletorias que rigen en materia de cláusula penal son reveladoras de la falta de necesidad de acreditar elemento subjetivo alguno para ejercer la opción por la pena, cuando el deudor incurre en un mero retardo en el cumplimiento".

⁴¹. No sucede lo mismo en el derecho peruano, donde la cláusula penal solamente funciona si el incumplimiento es imputable al deudor (artículo 1343).

⁴². Los días 5 y 6 de octubre de 1984 desarrollamos nuestras ideas sobre la "responsabilidad contractual objetiva", en un curso sobre la "Teoría general del cumplimiento e incumplimiento de los contratos", organizado por Extensión Universitaria, y dictado en el Colegio de Abogados de Bell Ville. Los borradores de esas conferencias permanecen inéditos.

jurídicos es conveniente referirse ahora al pago por consignación donde nos encontraremos con el problema de la falta de colaboración del acreedor, que dificulta la ejecución de la prestación debida.

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

Allí hay "mora del acreedor".

Pero la inactividad del acreedor puede estar desprovista del matiz de culpa, caso en el cual no podremos hablar de "mora del acreedor", sino de un simple retardo, incluso justificado, pese a lo cual se admite la posibilidad de que el deudor se libere consignando ⁴³.

Vemos así que el inciso 2 del artículo 757 (Código civil argentino), prevé la situación de un acreedor "incapaz de recibir el pago al tiempo que el deudor quiere hacerlo" ⁴⁴.

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

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

⁴³. En este punto también López Cabana ha coincidido con las ideas que expusimos y lo hace con citas expresas de nuestro trabajo (ver notas 300 y 301, páginas 126 y 127 de su tesis doctoral).

⁴⁴. Estimamos que en el derecho peruano se ha de llegar a la misma solución, por aplicación del último párrafo del artículo 1251, coordinado con los artículos 1223, 1227 y concordantes.

importancia ⁴⁵.

b) El curso de los intereses

En esta materia de retraso del acreedor y consignación hay otro punto del que deseamos ocuparnos, aunque sea muy brevemente, vinculado con las investigaciones que se efectuaron en uno de los Seminarios de Derecho comparado, por un joven abogado sanjuanino, Pascual Eduardo ALFERILLO, cuando todavía era estudiante ⁴⁶.

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

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

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

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

En algunos sistemas jurídicos se estima que el deudor, para purgar su mora y constituir en mora al acreedor, debe efectuar una "oferta real" que consiste prácticamente en la entrega de la cosa, o ejecución de la prestación debida. En el caso de las obligaciones de dar sumas de dinero, si el acreedor se

⁴⁵. En sentido coincidente López Cabana expresa: "En general, toda vez que el acreedor no pueda colaborar, no se requiere que el deudor lo constituya en mora para poder acudir al pago por consignación" (obra citada, p. 127).

⁴⁶. Recordamos que durante el desarrollo de ese Seminario sobre "La mora en el Derecho Comparado", me llamó la atención la agudeza del razonamiento jurídico de Alferillo, la claridad en la expresión y la profundidad en los conceptos, razón por la cual lo incitamos a que concretara su trabajo por escrito.

El ensayo, titulado "La mora del acreedor y el curso de los intereses" se publicó en la Revista Notarial de La Plata, N° 830, p. 151 y ss., en la Sección "Autores noveles", y fue distinguido con el primer premio, medalla de oro, correspondiente al año 1977.

niega a aceptarla, se considera que sólo hay oferta real si se "consigna"; en caso contrario el deudor no logra constituir en mora al acreedor.

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

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

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

Corresponde entonces trazar el siguiente cuadro: interpelado el acreedor, y constituido en mora, el efecto directo es que ya no pesarán sobre el deudor "intereses moratorios", porque purgó su mora -si había existido- o nunca fue moroso; además, traspasó los riesgos al acreedor. Pero si a la interpelación no va unida la consignación, el deudor tiene que abonar los intereses compensatorios que estuviesen pactados ⁴⁷.

Supongamos que existía un contrato en virtud del cual acreedor y deudor convenían el pago de una tasa de interés mensual, como precio por el uso del dinero durante el plazo del préstamo; llegado el vencimiento, el acreedor no recibe el pago, sea porque no quiere, o porque no puede. El deudor lo interpela, pero no consigna. En tal caso continúa beneficiándose con el uso del capital, y deberá el interés compensatorio pactado durante todo el lapso en que "retrase" el cumplimiento de la prestación. La solución es justa, ya que si desea liberarse de ese interés compensatorio puede consignar, y desde ese instante cesará todo tipo de interés, si la consignación es declarada válida por el juez.

Lo que deseamos destacar es que en esta hipótesis el deudor no está en mora; muy por el contrario, hay mora o retraso del acreedor en recibir la prestación. Sin embargo, el simple "retardo" del deudor en ejecutar la prestación justifica que continúen generándose los intereses compensatorios

⁴⁷. Contra: Pascual Eduardo ALFERILLO, trabajo citado en nota anterior, Conclusiones, p. 164.

pactados, pues mientras la obligación subsista, él continúa beneficiándose con el uso del capital ajeno que debe restituir.

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

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

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

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

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

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

XI.- Palabras finales

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

Hoy, la mayor satisfacción que sentimos es que haya servido de inspiración a una muy buena tesis doctoral, elaborada con esfuerzo y seriedad

por un amigo, que ha sabido superar nuestro esfuerzo ⁴⁸. Nos alienta la esperanza de que otros investigadores se sientan estimulados a proseguir el camino de búsqueda que emprendimos hace dos décadas y que puedan corregir los errores en que hayamos incurrido, o profundizar en puntos que no han alcanzado a ser advertidos en nuestros estudios.

⁴⁸. Roberto M. LÓPEZ CABANA: "La demora en Derecho privado", ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1989.

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