

El Derecho de las Obligaciones*

Sección Quinta

EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO V

NOCION DE LA CULPA

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Catedrático Principal de Derecho Civil.

152.— *Generalidades.*— Conforme a la declaración del art. 1320 cód. civ., “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniera a ellas”.

No sólo por culpa o dolo responderá el deudor; responderá también cuando contravenga la prestación de cualquier modo que fuere y no pueda demostrar su ausencia de culpa. Vg., si no cumple la obligación por ser insolvente, aunque la insolvencia casi siempre débese a culpa del deudor, salvo el caso rarísimo de insolvencia fortuita, por causas imprevisibles.

La culpa, al igual que el dolo y la mora, determinan la responsabilidad del deudor.

La culpa consiste en la falta de diligencia que denota una persona en el cumplimiento de la obligación o en la ejecución de un hecho. De esta definición resulta que la culpa puede ser contractual o extra-contractual. Esta última recibe también el nombre de *aquiliana*.

La culpa resulta de la imprudencia, de la torpeza, de la negligencia del deudor. Por las mismas, no cumple, sin intención, con sus obligaciones.

(*) 2ª edic. de la obra “Instituciones de Derecho Civil — El Derecho de las Obligaciones”, tomo II. Los cuatro primeros capítulos fueron publicados en el Nº II, Año XXVI, de esta Revista.

La culpa contractual es más complicada que la culpa aquiliana. Esta última cuenta con reglas que acusan más fijeza.

BEVILAQUA (22 undecies) define la culpa, en sentido lato, como "... toda violación de un deber jurídico..."; y agrega que si es intencional, con ánimo de perjudicar, adopta el nombre particular de dolo, y si no existe mala fe se trata de culpa en sentido propio y restringido.

También informa el eminente civilista brasileiro (23) que la culpa será *in faciendo*, si resulta de un acto positivo; *in omitendo*, si deriva de una abstención; *in contrahendo*, si aparece en la celebración de un contrato; *in eligendo*, si consiste en la elección de una persona a quien se encarga la ejecución de un acto determinado; *in vigilando*, si aparece como la falta de atención y diligencia en el desempeño de un deber.

El Derecho romano designaba a la culpa con los vocablos de "*negligentia*", "*desidia*", "*imprudencia*", "*ignavia*" (23 bis).

ESPINOLA (24) define la culpa como la omisión voluntaria del cuidado requerido para evitar la lesión de los derechos. Resulta así causa del no cumplimiento de las obligaciones, aunque no la única.

La culpa es todo abandono, todo desvío voluntario de una regla por parte de quien debe seguirla (24 bis); es la violación no intencional de un deber jurídico. Presupone la existencia de un deber y la ausencia de intención.

La doctrina diferencia tres clases de culpa: la culpa contractual, la culpa extracontractual o aquiliana y la culpa *in contrahendo*.

La culpa contractual parte de una obligación constituida por la voluntad de las partes; y en ella el deudor omite la diligencia que es inherente a la obligación que ha asumido, sea por acción o por omisión (*culpa in faciendo* o *culpa in non faciendo*).

IHERING es el autor de la culpa *in contrahendo* y ella aparece en el intervalo que media entre la propuesta y la conclusión del contrato. Y así se ha establecido que aquel que propone un contrato debería tomar las precauciones necesarias para que nada que se relacione con dicho contrato o con el objeto de la obligación

(22 undecies) IV, p. 214.

(23) Loc. cit.

(23 bis) MAYNZ, C. de D. Romano II, § 172, III), p. 10.

(24) II, I, p. 341.

(24 bis) CARVALHO DE MENDONCA, II, Nº 448, p. 6.

a su cargo, se oponga a la existencia o a la validez del contrato propuesto. Si el contrato fuera anulado por virtud de una causa personal al oferente o por la naturaleza del objeto de la obligación asumida por dicho oferente, deberá responder del perjuicio causado al otro contratante. Por ejemplo, si se me propone la venta de un bien y la acepto, me encuentro imposibilitado para aceptar otra oferta más ventajosa relativa a un bien semejante, ya que me encuentro ligado por la primera oferta; pero si la compra es anulada es obvio que se me ha privado del beneficio que hubiera obtenido con la aceptación de la segunda oferta. BAUDRY-LACANTINERIE et Barde (25) consideran que esta teoría puede ser aplicada en los casos en que el contrato es anulado por error en la substancia de la cosa, por error en la persona, o por violencia. Asimismo, indican otros supuestos en que cabe la aplicación de la teoría; así, si el contrato es anulado porque la cosa que constituía su objeto resulta ajena; o porque había dejado de existir en el momento en que las partes contrataban. En tales ejemplos, el vendedor es responsable porque ha debido conocer el obstáculo que se oponía a la formación del contrato.

De esta cuestión tratan ENNECCERUS (26); GIORGI (27) y LAFAILLE (27 bis).

(25) I, Nº 362, p. 407 ss.

(26) I, § 43 — III, p. 224.

(27) II, Nº 19, p. 57.

(27 bis) IV, 1, Nº 181, p. 175; también véase Nº 174, p. 89. Para esta cuestión de la culpa "in contrahendo", que ha tenido una evolución teórica interesante, al punto que IHERING ha sido superado, véase SALEILLES M. R., en "De la responsabilité précontractuelle a propos d'une étude nouvelle sur la matière", publicado en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, t. 6, 1907, p. 697 ss. En este ensayo se comenta otro de Gabriele FAGELLA, quien escribió "Del periodo precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica", aparecido en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Nápoles, 1906, vol. III, p. 271 ss. Ambos autores examinan toda esa gama de estadlos, de notas, que constituyen la etapa anterior a la conclusión del contrato. Lo que ellos llaman "tratativas" o "trataciones" o "pourparlers". FAGELLA distingue dentro de esa multiplicidad de propuestas, bases, etc., dos momentos. Primero habrán de aparecer esos momentos en que las partes preordenan, proyectan, camotean ideas; pero también hay un momento en que existe la oferta, en que ésta ya ha sido emitida. Ambos doctrinadores coinciden que antes no existía responsabilidad para uno de los presuntos contratantes si se apartaba de las negociaciones, que el derecho de los mismos subsiste cuando se trata de las negociaciones preliminares, pero que existe la obligación de indemnizar los perjuicios por los gastos que se hubieren efectuado con el propósito de elaborar el proyecto definitivo de contrato.

Sobre estas teorías cf. SPOTA, "La responsabilidad precontractual: la cuestión en la locación de obra", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 46, p. 975. Del mismo SPOTA véase "Prueba del contrato de obra. La responsabilidad precontractual", en *Jurisprudencia Argentina*, 1942, t. II, p. 707; y "La responsabilidad precontractual en la locación de obra" también en *Jurisprudencia Argentina*, t. 75, p. 71. En estos dos últimos ensayos del civilista argentino, se cita el primero en que comenta las doctrinas de FAGELLA y de SA-

También para esta cuestión estúdiense Sacco Rodolfo, quien ha escrito una nota intitulada "*Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*". Hace notar que el cód. de Italia de 1942 contiene explícitamente la figura del ilícito *in contrahendo* en la conclusión de un negocio inválido (art. 1338); en una tratativa precontractual conducida de mala fe (art. 1337). Este segundo dispositivo no es más que una aplicación del primero. Expresa que el exceso de poder del representante es un típico caso de ilícito en la conclusión de un contrato invá-

LEILLES, pero inexactamente, ya que si bien es cierto que se informa que está en "Jurisprudencia Argentina", t. 46, se cita la p. 175, cuando en realidad se trata de la p. 975.

También consúltese PIZARRO N., "La culpa *in contrahendo* y las estipulaciones inútiles"; en la Rev. de la Universidad Nacional de Córdoba, marzo-abril 1944, p. 103; y mayo-junio 1944, p. 369; CAMPOAMOR C., "La culpa *in contrahendo* por informe erróneo", en "Jurisprudencia Argentina", 1944, t. IV, p. 79 de la sec. doct., comenta el caso judicial del perjuicio sufrido por el cliente de un Banco que, a mérito de un informe emanado del apoderado de dicho Banco, realizó una inversión que no estaba protegida con el privilegio que dijo tenía dicho apoderado; VALLIMARESCO A., "Teoría de la culpa *in contrahendo*"; aplicación a los contratos celebrados por el Estado al llenar las formalidades necesarias", en "La Ley", t. I, p. 7 de la sec. Jurisprud. extranj., analiza un caso jurisprudencial de Rumanía, en que se exonera al Estado de responsabilidad porque el co-contratante debió preverse y adoptar las medidas conducentes para pactar con quien como el Estado, necesita cumplir determinados requisitos que lo habiliten para tal efecto.

Revísese también MAZEAUD, I, Nº 33, p. 55 ss.; ESPINOLA, II, II, tex. y n. 313 ss. de la p. 124 s.; BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, I, Nos. 362, 60 in fine, 68, p. 407, 93, 107; GIORGI, II, Nº 19, p. 57; JOSSERAND L., "De L'Esprit des Droits et de leur relativité", § I del capítulo V de la primera parte, que trata del abuso cometido en el curso del período precontractual.

En resumen, la culpa *in contrahendo* se presenta en la formación del vínculo obligacional; no se trata de una imposibilidad posterior a la constitución de la obligación. El simple hecho de ser anulado un contrato por motivo personal a una de las partes, o que se deduce de la propia naturaleza del objeto debido por dicha parte, hace aparecer esta culpa. La invalidez de la obligación está revelando la falta de cuidado y hace presumir la culpa. Se le ha agregado como requisito, que el perjudicado debe probar que la otra parte conocía o debía conocer la imposibilidad de la prestación. Así lo exige PLANCK, citado por ESPINOLA, II, I, n. 53 de la p. 353.

Llábase culpa *in contrahendo* a la cometida en la formación del contrato, debiendo ser apreciada por los mismos principios reguladores de la culpa relativa a la ejecución del contrato, conforme a la naturaleza de éste. Así lo considera CARVALHO DE MENDONÇA, II, Nº 450, p. 10.

Sólo existe un cód. civ. que regula la culpa *in contrahendo*; es el alemán, cuyo art. 307 dispone:

"El que al tiempo de la conclusión de un contrato cuyo objeto sea una prestación imposible, conozca o deba conocer la imposibilidad de la prestación, estará obligado a la reparación del daño sufrido por la otra parte por haber confiado en la validez del contrato; sin embargo, esta obligación no excederá del importe del interés de esta parte en la validez del contrato. La obligación de reparar este perjuicio no tendrá efecto si la otra parte conocía o debía conocer la imposibilidad.

"Estas disposiciones serán también aplicables cuando la prestación sólo sea imposible en parte y el contrato sea válido respecto de la parte posible, o cuando una de varias prestaciones prometidas alternativamente sea imposible.

Una construcción teórica muy pobre tiene una obra traducida del francés al español, no obstante que ha sido prologada por DEMOGUE. Sólo tiene valor como fuente informati-

lido, que es distinto de los otros ilícitos contractual y aquiliano (28).

CAMPOAMOR Clara (28 bis) comenta un fallo argentino de culpa "*in contrahendo*" por informe erróneo, emanado por el apoderado de un Banco que, en el ejercicio de sus funciones, indujo a un particular a hacer una inversión en ese establecimiento que no estaba protegida con el privilegio que dicho apoderado aseguraba tener la inversión, por lo que el Banco fué obligado a indemnizar el perjuicio sufrido por el cliente.

SPOTA Alberto G. (28 ter), también hace el comentario de la responsabilidad precontractual por el rompimiento de las tratativas en un contrato de obra.

La idea de culpa excluye la idea de dolo, o sea de mala fe en el deudor.

va sobre la dirección de la jurisprudencia de los tribunales de Francia en este campo. Se llama "Las obligaciones precontractuales" y su autor es laureado de la Facultad de Derecho de París y llámase Arthur HILSENRAD, habiendo sido editada la traducción por la edit. Góngora, en Madrid. Es evidente que el legislador peruano ha descuidado la reglamentación de esta responsabilidad precontractual, la que adquiere importancia cuando se trata de las ofertas con plazo entre presentes, o con plazo o sin plazo a ausentes, desde que la oferta a persona presente sin otorgar plazo alguno deja de ser obligatoria por disposición del inc. 1º del art. 1330 del cód. civ.

La responsabilidad puede derivarse o de la *negotiorum gestio*, o de la teoría del enriquecimiento ilícito, o de la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

(28) En Rivista del Diritto Commerciale, año XLIX, parte seconda, Milano, marzo-abril, 1951, nota a una sentencia; especialmente p. 87, ss., nos. 3 - 4.

(28 bis) En "Jurisprudencia Argentina", 1944, IV, p. 79 sec. doct.

(28 ter) En "Jurisprudencia Argentina", 1942, II, p. 707 ss. Véase también del mismo autor, "Jurisprudencia Argentina", 75, p. 71, en que trata de la responsabilidad precontractual en la locación de obra.

Consúltese Rivista del Diritto Commerciale, Milán, año LIV, Nos. 9 - 10, parte II, setbre.-octbre., 1956, p. 360, en que hay un ensayo de MENGONI Luigi, titulado "Sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual", quien critica la solución de la jurisprudencia de su país, que considera a esta responsabilidad como una hipótesis de responsabilidad aquiliana. Expresa que la solución que se adopte tiene resonancia en la prescripción y en la extensión de la responsabilidad. Un párrafo digno de mencionar íntegramente es el que sigue: "En general, se puede afirmar que la relación tendiente a la celebración de un negocio se califica como fuente de una vinculación obligatoria especial, que impone a las partes conducirse según la buena fe, en el momento en que una de ellas se confía en la otra u otras partes".

Revítese, asimismo, SPOTA Alberto G., "Responsabilidad precontractual", nota aparecida en "Jurisprudencia Argentina", abril-mayo-junio, 1954, II, p. 83 ss., que comenta un fallo que determina la responsabilidad de quien ejerce su derecho a no contratar, pero adoptando una conducta que no es amparada por el ordenamiento legal, ya que se aparta "*sine causa*" de las tratativas. La primera interrogante es si la negativa a contratar importa responsabilidad, siempre que medie un ejercicio abusivo de la libertad que se tiene de concertar o no un contrato. Ello constituye abuso del derecho. Textualmente expresa: "Probado el hecho de los *pourparlers* surge, ante el apartamiento incausado, arbitrario, intempestivo, la responsabilidad precontractual, que no implica un acto ilícito, pero sí un acto abusivo. El resarcimiento debe ser integral y no limitarse al interés negativo, o sea, al resarcimiento de lo que el aceptante de la oferta revocada habría tenido si la propuesta no hubiera suscitado en él la fe en la conclusión del contrato".

Existe diferencia entre la culpa que juega en los actos ilícitos y la culpa contractual. Por lo mismo, los preceptos de la culpa en la responsabilidad aquiliana son inaplicables en la culpa contractual y viceversa (28 quater).

En la culpa contractual se tiene en cuenta las modalidades subjetivas; es una culpa *in concreto*. La culpa en los actos ilícitos está delimitada por preceptos legales. Por eso en la primera la ley es sólo declarativa y prevalece la voluntad de las partes; y en la aquiliana la ley es preceptiva.

Hay, sin embargo, cierta identidad entre ambas clases de culpa. Así, siempre existe en las dos culpas la violación de una obligación pre-existente. La culpa aquiliana infringe una obligación creada por la ley; la culpa contractual transgrede una obligación creada por el contrato.

MAZEAUD (28 quinquies) anota el paralelismo en las dos culpas. Empero, en nuestro derecho, la culpa contractual es subjetiva y la aquiliana es objetiva.

En los actos ilícitos es posible que el hecho que causa el daño sea exclusivamente objetivo; así ocurrirá, por ejemplo, cuando el autor es incapaz en absoluto de una culpa, de una intención y, por lo mismo, resulta irresponsable. Trátase, v.g., del hecho dañoso cometido por un loco, o por un menor de edad. Es una pura responsabilidad por la causación y resultado, aún cuando el autor sea inimputable. Se obra en forma objetivamente antijurídica; no hay culpa. Hay así una responsabilidad por acto injusto, por una actuación objetiva, jurídicamente no atribuible a culpa, pero que en el aspecto moral es más o menos reprochable. Para otros, en este campo de los actos ilícitos, existirá una mera responsabilidad por riesgo, que es una responsabilidad derivada de la situación; no de la acción.

Considerar que la voluntariedad constituye uno de los elementos de toda infracción, cree OERTMANN (28 quinquies - a) que es teóricamente erróneo y altamente peligroso desde el punto de vista de la política jurídica y que conduce, especialmente en lo que concierne a la legítima defensa, a consecuencias poco satisfactorias (imposibilidad de la legítima defensa frente a los

(28 quater) DEMOLOMBE, Cours, XXXI, 8, Nº 472, p. 406 s.; LAROMBIERE, I; art. 1137, Nº 10, p. 430 ss.; AUBRY et RAU, § 446, p. 371, 5ª ed.

(28 quinquies) Tratado, I, Nº 24, p. 42.

(28 quinquies - a) Paul OERTMANN, Introducción al Derecho Civil, trad. de la 3ª ed. alemana, edit. Labor, cap. VII, p. 327 s.

ataques de irresponsables o de buena fe). Apunta que en el cód. civ. alemán esa consideración ha sido desechada, aunque comprueba que en dicha legislación la infracción objetiva se trata casi siempre de distinta manera que la subjetiva, o sea más suavemente, pero que en muchos casos existe la obligación de indemnizar en la infracción no culposa. Cita los arts. 279, 833, 835 del cód. alemán (BGB), el cual también distingue con rigor el elemento de la antijuridicidad del elemento de la culpabilidad, como lo hace en el art. 823. Hay entonces actos objetivamente ilícitos y subjetivamente ilícitos. Expresa que los conceptos "ilícito", "ilegal", "antijurídico", "atentatorio contra un precepto", etc., deben entenderse de manera puramente objetiva; y que para que la disposición legal se tenga como infracción subjetiva haría falta que lleve un especial aditamento.

El 279 del cód. civ. germano dispone: "Si el objeto debido sólo está determinado en su especie, mientras sea posible la prestación de un objeto de la misma clase responderá el deudor de su incapacidad personal de efectuar la prestación, aunque no haya incurrido en falta".

El art. 833 declara: "Si un animal matase a un hombre, lesionase su cuerpo, perjudicase su salud o causare un daño en una cosa, el poseedor del animal estará obligado a reparar el daño causado".

Y el art. 835 regula el supuesto de que el predio en donde se caza sufre daños.

En cuanto a la doctrina alemana, es necesario también revisar LARENZ (28 quinquies - b), para quien no basta que el daño se base en una acción o una omisión que según su carácter objetivo sea antijurídica, sino que además debe añadirse un factor o elemento subjetivo. El autor debe ser culpable. Y el hombre sólo es responsable de una acción cuando conoció o pudo haber conocido el mérito o demérito de la misma y si tuvo posibilidad con respecto a ella de obrar de diversa manera. Agrega que la ley, por razones de equidad, establece la responsabilidad de los inimputables y los obliga a un resarcimiento parcial. Ello se da cuando a) el inimputable ha causado con su conducta un daño objetivamente injusto; b) que el perjudicado no pueda obtener indemnización del daño del tercero obligado a vigilar al

(28 quinquies - b) LARENZ Karl, Derecho de obligaciones, t. II, trad. castellana, edit. Rev. de D. Privado. Madrid, 1959, § 65, p. 571 y ss.

incapaz; y c) que "según las circunstancias del caso, especialmente de las relaciones entre los interesados, la equidad" exija un resarcimiento total o parcial y que éste no prive al obligado a indemnizar de los medios necesarios para su subsistencia "según su estado", o le impida el cumplimiento de los deberes legales de asistencia que le incumban (§ 829). El juez deberá hallar en cada caso una resolución que evite un rigor excesivo, atendiendo a la peligrosidad de la conducta del irresponsable y la medida en que éste posea inteligencia o domine su voluntad, la clase o gravedad de la infracción, y las circunstancias económicas tanto del agente como del que sufrió el daño. También deberá tener en cuenta la existencia o no de una protección por contrato de seguro de cualquiera de las partes.

Asimismo debe confrontarse ENNECCERUS (28 quinquies-c), quien sostiene que su cód. mantiene en esta esfera el principio de la culpa, pero que crea una excepción respecto de las personas no imputables; responden por los daños causados por sus actos contrarios a derecho cuando la equidad, dadas las circunstancias y especialmente la situación de los interesados, exija la indemnización del perjudicado.

Otro autor germano — LEHMANN Heinrich — define la culpa como un comportamiento anímico del agente, reprobado por el derecho, que le puede ser imputado. La culpa consiste en que ha obrado no obstante haber pensado o haber debido pensar en las consecuencias perjudiciales de su acto. Distingue dos formas de culpa: a) dolo; y b) negligencia.

En el dolo se observa la voluntad encaminada a producir el resultado antijurídico, conforme a la teoría de la voluntad. Y para la teoría de la representación el dolo importa la previsión del resultado. En ambas teorías se observa de común que el resultado antijurídico deberá haber sido querido por el autor (28 quinquies - d).

Considera LEHMANN (28 quinquies - e) que la negligencia es la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo o utilización habría podido evitarse el resultado no querido. Existe una negligencia consciente ("*luxuria*") y una

(28 quinquies - c) Tratado de D. Civil, t. II, Derecho de obligaciones, vol. 2, Doctrina especial, § 226 (§449), I, p. 617.

(28 quinquies - d) LEHMANN Heinrich, Parte general (Derecho Civil alemán), trad. castellana, Madrid, 1956, § 41, p. 494 y ss.

(28 quinquies - e) Parte general, § 41, p. 497 y ss.

negligencia inconsciente. En la primera forma de negligencia el autor sabe y conoce la posibilidad de que se produzca el resultado, pero confía, en virtud de erróneas reflexiones, en que dicho resultado no se producirá. Y en la negligencia inconsciente el autor desconoce la posibilidad de que se produzca el resultado dañoso, pero si hubiese observado la diligencia exigible en el tráfico hubiera debido saberlo, evitando la vulneración del derecho.

La negligencia se aprecia objetiva y abstractamente, sin que se tenga en cuenta al individuo, a sus inclinaciones personales, a las cualidades y costumbres del responsable. Se atiende tan sólo a las exigencias del tráfico, teniendo en cuenta la diligencia que observarían las gentes capaces y conscientes del círculo profesional a que el autor pertenece. Es el mismo módulo de los romanos (*"diligentia boni patris familias"*). Por ejemplo, el arquitecto habrá de observar en la construcción, la diligencia de un arquitecto capaz. LEHMANN advierte que en derecho penal el módulo de culpabilidad es personal y especial. En este campo, hay que interrogarse si al agente puede hacersele algún reproche, teniendo en cuenta sus inclinaciones personales, cualidades, conocimientos, fuerza de voluntad. Informa LEHMANN también que el BGB (§ 932, II) conoce de la negligencia grave (*"culpa lata"*), la que no reglamenta; y que la diferencia con la otra es sólo de grado. Se trata, dice, de una grave vulneración de la diligencia, de una desconsideración superficial de la diligencia exigible en el tráfico.

En otro lugar, LEHMANN (28 quinquies - f) enumera los casos en que el derecho vigente ha quebrantado el principio de culpabilidad y hace responsable al causante, aún sin que concurre culpa. Así, aunque se observe una conducta conforme a derecho, si ella es peligrosa; en particular, cuando se explota una industria arriesgada (ley de tráfico de automóviles de 3 de mayo de 1909). También por la emisión de declaraciones de voluntad defectuosa (BGB §§ 119, 120 y 122); por el sacrificio voluntario de valores patrimoniales en interés ajeno; obligación del inimputable de indemnizar, siempre que la equidad exija una reparación y el inimputable posea medios suficientes que le permitan al propio tiempo subvenir a sus necesidades de modo adecuado y

(28 quinquies - f) Parte general, § 39, p. 488.

cumplir los deberes de alimentos que la ley le impone (BGB § 829).

Cree LEHMANN que la ley debería haber establecido una norma general por la que el sujeto a quien por precepto especial no pueda exigírsele responsabilidad por el perjuicio causado por él a virtud de acto ilícito, deberá, a pesar de ello, indemnizarlo en la medida que lo exija la equidad y según las circunstancias del caso, siempre que con ello no le sean quitados los medios suficientes. Informa que una regla semejante se había planeado introducirla en el proyecto de cód. civ. y que a favor de ella se ha pronunciado el XXXIV Congreso de juristas alemanes.

También es de importancia conocer lo que expresa HEDEMANN (28 quinquies - g), para el que sería erróneo aceptar que todo daño causado a alguien, en cualquier circunstancia, originase para otro el deber de indemnizarlo. Advierte que en esta época, por razones de humanidad, existe la tendencia a reparar el mayor número de daños. Pero la doctrina se basa en el viejo aforismo romano: "*casus a nullo praestantur*" (nadie responderá de los daños causados por caso fortuito); o también del formulado en sentido positivo: "*casum sentit dominus*" (el daño ha de soportarlo el dueño de la cosa perjudicada). En otro lugar, este autor (28 quinquies - h) se pregunta si dentro de la teoría de la responsabilidad por los actos ilícitos, basta el criterio objetivo, o si se ha de pretender, además, exigir la culpa, lo que importaría adoptar un criterio subjetivo. Reduce el problema a esta pregunta: ¿Debe regir el principio de la causación o el principio de la culpa? El principio de la causación se contenta con una base objetiva: que exista relación entre el hecho y el autor, para que el resultado lo haga responsable; aunque el autor no haya querido la acción. Por el contrario, la culpa reclama, además de la causación una relación subjetiva; el autor deberá ser culpable de la acción. Comprueba que el principio de la causación, pese a su primitivismo e ingenuidad, es más enérgico, su actuación más profunda, se coloca del lado del perjudicado y es, en suma, "más social" que el principio de la culpa, por lo que en los últimos tiempos es el que tiene más adeptos, en razón de la transformación completa del tráfico.

(28 quinquies - g) HEDEMANN J. W., Derecho de obligaciones, trad. del alemán. Madrid, 1958, sección IV, § 13, p. 111.

(28 quinquies - h) HEDEMANN, D. de obligaciones, capítulo VII, § 63, p. 513 y ss.

También HEDEMANN (28 quinquies - i) da cuenta que el BGB (cód. civ. alemán) regula un supuesto en el que conscientemente prescinde de la relación causal, o sea de que se responde no sólo sin culpa, sino aunque no exista relación de causa y efecto, o sea que existe la posibilidad de hacer responsable a un no-agente. Es el del 2º párrafo del § 830. El texto completo del dispositivo dice:

“Cuando por una acción ilícita cometida en común hayan causado varias personas un perjuicio, será responsable de éste cada una de ellas. Lo mismo sucederá cuando sea imposible averiguar cuál de varios interesados haya causado el perjuicio.

“Los instigadores y los cómplices se considerarán también como autores”.

Para el cód. civ. no opera uniformemente el principio de culpa *in concreto* que define el art. 1322, sino que aún dentro del área contractual, al regular el contrato de locación - conducción, establece en el inc. 1º de su art. 1529, que se rescindirá el contrato si el arrendatario no hace el cultivo de la cosa arrendada “como buen padre de familia”. Así mismo, dentro de la tutela, el art. 516 declara que “el tutor está obligado a administrar los bienes del menor, como lo haría un buen padre de familia”.

El art. 1322 contiene la noción de la culpa; no se hace ella de acuerdo con un patrón abstracto, teniendo en mira una persona normal y común.

Esta regla del art. 1322 fué tomada del art. 1104 del cód. civ. español, que reza:

“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar”.

“Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

Es bueno advertir que el legislador hispano lo tomó, a su vez, de VELEZ SANSFIELD.

La culpa contractual en el cód. civ. argentino está contenida en el art. 512: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exi-

(28 quinquies - i) HEDEMANN, D. de obligaciones, § 63, p. 513; y § 65, II p. 544.

giere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

Al comentar este precepto, análogo al nuestro, LAFAILLE (28 sexies) anota que la frase que se refiere a “la naturaleza de la obligación” permite al juzgador graduar la imputabilidad, atendida la naturaleza de cada contrato. Advierte que esta es una de las reglas más acertadas de su ley. Con referencia a la frase “... las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” afirma que concede al juez una mayor latitud para colocarse en todos los supuestos, aunque se corra el peligro de la arbitrariedad judicial.

SALVAT (28 septies) hace notar que el cód. argentino, así como el de NAPOLEÓN, ha abandonado las viejas teorías de la clasificación en grados de culpa; pero que en el cód. francés se adopta el tipo del buen padre de familia, que es un tipo abstracto de comparación y que, por el contrario, el cód. civ. argentino adopta un criterio más realista y objetivo. No hay distinción de la culpa en lata, leve o levísima, ni la distinción según el interés de las partes.

COLMO (28 octies) informa que en la apreciación de la culpa hay dos criterios: uno abstracto y otro concreto. En el primero se le aprecia comparándolo con un tipo ideal, el *bonus pater familias* romano, el comerciante honesto y leal del cód., alemán. Será culpable quien no se conduzca como un buen padre de familia. En el segundo criterio se prescinde de toda idealidad humana y se tiene en cuenta la mayor o menor capacidad psicológica del agente, el mayor o menor apremio con que ha debido obrar, la naturaleza del contrato, o sea si éste presta o no un beneficio al deudor. El primer sistema es rígido y en muchos casos injusto; el otro es individualizado, variable en todos los casos, ajustado a las contingencias ambientes.

153.— *Definición legal de la culpa.*— Nuestro cód. define la culpa en el art. 1322:

“La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

En la culpa no existe intención; el incumplimiento de la

(28 sexies) Derecho Civil, VI, Trat. de las obligaciones, I, Nº 183, p. 176.

(28 septies) Obligaciones en general, ed. 1935, Nos. 129, 130 y 131, p. 61, 62 y 63.

(28 octies) De las Obligaciones en general, ed. 1920, Nº 106, B), p. 85 s.

obligación no obedece a un móvil consciente y deliberado del deudor.

La culpa no sólo importa omisión como establece este precepto; puede también producirse por acción.

Dentro de la teoría de la causalidad deberá considerarse como causa la no realización de un acto cuya ejecución habría impedido, con seguridad, un daño. Pero es evidente que deberá existir un deber jurídico de obrar. Así, por ejemplo, si el arrendatario omitiere dar aviso al locador de cualesquiera usurpación o imposición de servidumbre que se hiciere sobre el fundo locado; obligación que le impone el inc. 3º del art. 1517 cód. civ., lo cual importa un deber de hacer.

Tratándose del deudor culposo debe expresarse que éste no quiere conscientemente dejar de cumplir la prestación, sino lo único que ha hecho es no prever cuando pudo (no cuando debió) haber previsto que con lo que se hacía se produciría el incumplimiento.

La culpa se presta actualmente en todas las obligaciones, sin tener en cuenta matices especiales. Se responde por la culpa levísima como por la lata.

Los jueces pueden moderar pero nunca excluir la responsabilidad por culpa atendiendo a las circunstancias. Evidentemente, habrán de ponderar la intensidad de la culpa, pero esta moderación es judicial y se hará *a posteriori*, sin que la ley nada diga.

154.— *Prueba de la culpa.*— No se observa el principio de que la culpa no se presume y deberá ser probada; no tiene por qué probar la existencia de la culpa quien la invoca.

Al que exige la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación, sólo le corresponde probar la existencia de dicha obligación. Esto significa que el acreedor no tiene que producir prueba sobre la culpa. La inejecución de la obligación hace inferir la existencia de la culpa. Estas ideas animan el art. 1326 cód. civ.:

“El obligado a entregar la cosa que se ha destruído o perdido por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad”.

El cód. civ. de 1852 contenía este precepto bajo el número 2275, no obstante el absurdo contenido en el art. 1268 del mismo código. En general, se reclama prueba de la inculpabilidad del deudor no sólo cuando se trata de la obligación de entregar

una cosa, sino cuando se trata de otras clases de obligaciones.

El deudor deberá acreditar que ha procedido con la diligencia debida; y si invoca el caso fortuito deberá probarlo, o sea que si lo hace demuestra que no hay culpa de su parte, porque culpa y caso fortuito son términos antagónicos.

El incumplimiento o el retraso en el cumplimiento deben ser imputables al deudor. No es suficiente la producción de un daño. Y el deudor es imputable por dolo o culpa. No lo será, por el contrario, si prueba que existió caso fortuito o fuerza mayor; si lo demuestra no pagará daños y perjuicios (29).

El "casus", llámese fuerza mayor o caso fortuito, sólo interesa jurídicamente en tanto y en cuanto exime al deudor del cumplimiento de sus obligaciones, excepto las obligaciones de género conforme al aforismo *genus nunquam perit*, condensado en el art. 1180 cód. civ.

Los conceptos del "caso fortuito" y de la "fuerza mayor" son opuestos a los de "culpa" y "dolo".

El deudor deberá siempre probar la existencia del caso fortuito o de la fuerza mayor, ya que de hecho se le presume culpable en vista de la falta de cumplimiento de la prestación; y también, como lo ha establecido la jurisprudencia francesa, ningún acontecimiento constituye por sí mismo y fatalmente un caso fortuito o un caso de fuerza mayor.

No basta que se demuestre que al no mediar la culpa el daño no se hubiera producido. Es necesario determinar que el daño es una consecuencia cierta, dependiente de la culpa.

PLANIOL - RIPERT y Esmein (30) coinciden en que el acreedor no requiere probar la culpa de su deudor. Basta que demuestre la existencia de la obligación y si se trata de una obligación negativa deberá demostrar, además, la existencia de un acto realizado por el deudor que la contraviene. Agregan que la cuestión se desenvuelve como si se presumiera la culpa del deudor, pero que no existe presunción alguna; y que si el deudor quiere evadir la condena tendrá que probar que está exonerado debido al caso fortuito o la fuerza mayor. Lo mismo afirman BAUDRY - LACANTINERIE et Barde (31) y COLIN y CAPITANT (32).

(29) V. PLANIOL - RIPERT y Esmein, VII, Nº 831, p. 142.

(30) VII, Nº 847, p. 160 s.

(31) I, Nº 356, p. 400 ss.

(32) II, p. 19, § II, 1º.

El contrato puede ampliar o reducir la extensión de la culpa o, lo que es lo mismo, la voluntad de las partes es soberana en este campo. En el acto ilícito no.

Esta observación le sirve a CARVALHO DE MENDONCA (32 bis) para afirmar que por ello resulta inútil que la ley la gradúe.

También ESPINOLA (33) expresa que la prueba de la culpa no compete al acreedor. Es al deudor a quien incumbe probar que la inexecución obedece no a su culpa, sino a acontecimientos que no se le pueden imputar.

Nuestro cód. civ. abrogado contenía en su art. 1268 un precepto absurdo e inexplicable, ya que quienes lo redactaron tuvieron por modelo el cód. de Napoleón cuyo art. 1147 debió ser reproducido. Empero, en lo que no copiaron cometieron los más grandes errores. La regla que les pareció adecuada decía: "La culpa no se presume y debe ser probada". Este principio general precisamente en el área de las obligaciones no funciona. Al acreedor le basta justificar la existencia de su crédito para que el incumplimiento o el retardo en el cumplimiento del deudor lo haga incurrir en culpa. He aquí una de las razones por las que nosotros no hemos creído nunca en el cód. del 52, no obstante las extremadas alabanzas de quienes se nutrieron de su doctrina. Podemos figurarnos cuál era la actitud de los doctrinadores extranjeros para un cuerpo de leyes en cuya redacción se había cometido tales absurdidades.

Opina GIORGI (34) que no es exacto decir que en la culpa contractual la prueba no correspondía al acreedor; que el acreedor debe probar el incumplimiento de la obligación por el deudor; y que esto basta porque la culpa es *in re ipsa*; agrega que el no cumplir una obligación supone en el deudor negligencia en el cumplimiento de un deber jurídico.

Empero, el acreedor no necesita probar, sino simplemente alegar el incumplimiento; es al deudor a quien corresponde probar que cumplió.

155.— *Explicación de la definición legal de la culpa.*— Ya se ha reproducido el art. 1322 cód. civ., que define la culpa.

Conforme a su contenido, la culpa es un concepto general que acusa variaciones conforme a las circunstancias y a la na-

(33 bis) II, Nº 462, p. 29. V, asimismo, AUBRY et RAU, IV, § 308, n. 37 de la p. 156 s.

(33) II, 1, p. 370.

(34) II, Nº 33, p. 73.

turalidad de la obligación. Se trata de la omisión en el cumplimiento de ciertas diligencias; omisión cuya gravedad depende de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Al apreciar la culpa en que se ha incurrido violando, por ejemplo, leyes de orden público el juez deberá ser muy severo al determinar la responsabilidad del deudor.

La frase "*aquella diligencia*" que contiene el art. 1322 revela que se trata de un concepto general de la diligencia. La culpa viene a ser el descuido, la imprevisión, la negligencia.

No es lo mismo evidentemente el cuidado que se deberá poner cuando están en juego obligaciones que interesan al orden público o sólo las que atañen al orden privado. La diligencia del deudor se aprecia con respecto a la prestación que debe cumplir.

No se admite que la culpa sea regulada conforme a un tipo abstracto de comparación. Habrá tantos grados de culpa como obligaciones existan. No es lo mismo examinar la culpa en que ha incurrido un hombre inteligente que un ignorante. La culpa del jayán no es la misma que la culpa del hombre de ciudad.

La culpa que nuestro cód. civ. legisla no es una culpa *in abstracto* sino *in concreto*, o sea porque se tiene en cuenta el propio individuo culpado. Será *in abstracto* cuando se toma por tipo de comparación, en la observancia del deber jurídico, el patrón conocido bajo el nombre de "un diligente padre de familia". Apreciar la culpa *in abstracto* importa interrogarse cómo se hubiera comportado otra persona en las mismas circunstancias; se la compara con un tipo abstracto, con un *standard*. Se tiene ahora en consideración la capacidad psicológica del obligado, su mayor o menor cultura. Asimismo, existen situaciones en que la diligencia en respetar el derecho debe ser mayor. Así, en los contratos unilaterales el contrayente a quien el contrato aprovecha responde por culpa y responderá por dolo aquel contratante al cual el contrato no favorece. V.g., en el comodato o en el depósito, el comodante y el depositante responden por dolo y el comodatario y el depositario responden por culpa.

Nosotros tenemos entonces ahora el sistema de la culpa en concreto, por oposición al otro sistema conocido bajo el nombre de la culpa en abstracto. El sistema vigente tiene en consideración las circunstancias propias de cada caso; la capacidad personal del deudor, su mayor o menor conocimiento. Tiene

también en cuenta la naturaleza de la obligación, desde que una obligación requiere mayor diligencia que otra y se advierte que todas las obligaciones no son iguales. Este es un sistema flexible que tendrá presente también la época y la localidad en donde la obligación ha sido contraída. Se deja entonces al arbitrio judicial un amplio campo ya que la culpa depende de una apreciación de hecho. Se hace el examen del agente responsable, de su estado de espíritu.

MANRESA (34 bis), comentando el art. 1104 de su cód., que es el que ha servido de modelo a nuestro legislador para elaborar el precepto sobre la culpa, expresa que "... subsisten los grados, porque está en la naturaleza de la culpa ser susceptible de tenerlos, y la ley misma los indica, ya que distingue una diligencia mayor o menor de la que de ordinario sirve como medida general". Sin embargo, el cód. no fija un número determinado de grados. Los hay, sin embargo, de acuerdo también con la naturaleza del contrato.

156.— *Responsabilidad contractual y extra-contractual.*— Toda persona en su vida jurídica puede experimentar dos clases de responsabilidad. Una derivada del cumplimiento de un contrato y que se denomina responsabilidad contractual; y otra que emerge de un hecho ilícito y que se llama responsabilidad extra-contractual.

Las diferencias entre ambas son las siguientes.

1) La responsabilidad contractual se origina en un contrato, en un vínculo jurídico anterior. La extra-contractual tiene su origen en la ley; no reconoce vínculo jurídico anterior; y nace porque el deudor ha cometido un acto ilícito. No existe en ésta algo preconstituído.

2) Diferencia importante es la que se refiere a la capacidad. Así, para la responsabilidad contractual se requiere plena capacidad. En cambio, la responsabilidad extra-contractual puede demandarse de un incapaz. Veamos estos dispositivos:

(34 bis) VIII, p. 76. En SALVAT, Nº 125, 29, p. 58 s., encontramos una noción de la culpa leve in concreto, por la cual el deudor a pesar de haber incurrido en culpa leve in abstracto, o sea aunque hubiese omitido los cuidados de un buen padre de familia, no incurría en responsabilidad si demostraba que había puesto los mismos cuidados que habitualmente observaba en las cosas de su propiedad. Asimismo SALVAT, Nº 129, p. 61 s., analiza el art. 512 de su código, exactamente igual al art. 1322 de nuestro cód. civ.

Art. 1139 cód. civ.— “El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que hubiese procedido con discernimiento”. En el mismo sentido el art. 515 cód. civ.

Art. 1140.— “En caso de daño causado por un incapaz privado de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener la reparación de la persona que lo tiene bajo su guarda, el juez puede, en vista de la situación de las partes, condenar al mismo autor del daño a una indemnización equitativa”.

Sobre la capacidad para celebrar el contrato de mutuo revísense los arts. 1574 y 1575 cód. civ.

3) También existe otra diferencia digna de mención: los daños y perjuicios de que responde el deudor en la responsabilidad contractual son los previstos, o los que hubieren podido preverse al tiempo de constituir la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento; y sólo en caso de dolo se responderá por los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato (art. 1323 cód. civ.). Por el contrario, la indemnización en la responsabilidad extra-contractual es mucho mayor, desde que contempla los daños y perjuicios previstos y los imprevistos; supone una indemnización total. Por lo menos, debe acercarse a ella.

4) En la responsabilidad extra-contractual se indemniza el daño moral; lo ordena el art. 1148 cód. civ.: “Al fijar el juez la indemnización puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”. Esta indemnización es improcedente con arreglo a la doctrina en la responsabilidad contractual. Cabe advertir, empero, que la promesa de matrimonio, propiamente los esponsales, es un contrato cuyo incumplimiento en ciertos supuestos da lugar a la reparación del daño moral (véase art. 79 cód. civ.).

5) Siendo varios los deudores negligentes la responsabilidad contractual que tuvieren no es solidaria sino mancomunada, ya que la solidaridad no se presume. En cambio, en la responsabilidad extra-contractual cuando varios son responsables del daño son solidarios con arreglo al art. 1147 cód. civ.

Hay quienes sostienen que debe resarcirse el daño moral cuando se incumple la prestación que el contrato señala.

Parécenos que la reparación del daño no patrimonial por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de convención, no puede ser reconocido en nuestro derecho. El deudor no respon-

de del agravio moral que el incumplimiento de la obligación infiere al acreedor.

No es suficiente decir que por encima de los textos literales y de textos taxativos, está el espíritu de la legislación y la conciencia jurídica (34 ter). Nuestro cód. civ. no consagra esta reparación en el daño contractual resarcible. SUÁREZ VIDELA Jorge (34 quater) se adhiere a la opinión de COLMO.

Con arreglo al derecho clásico sólo se indemniza el daño emergente y el lucro cesante, que tienen un contenido y una extensión preestablecidas. No es posible agravar el contenido de la obligación de indemnizar por vía de interpretación, supliendo lo que no dice ni explícita ni implícitamente la ley (35).

Se puede sostener la conveniencia de instalar una regla que permita resarcir el interés moral por el incumplimiento contractual; empero, mientras el precepto que así lo ordene no exista no se puede, por vía de interpretación, condenar al deudor a que resarza el daño moral.

6) Para que proceda dentro del área de la responsabilidad contractual la indemnización de daños y perjuicios es necesario que el deudor se encuentre en mora; y en la responsabilidad extra-contractual la constitución en mora no es exigible. Hay civilistas, empero, que no exigen la constitución en mora para derivar la responsabilidad contractual y esta es, a nuestro juicio, la doctrina verdadera.

7) En cuanto a las cláusulas de irresponsabilidad su validez ha sido negada siempre en el campo de la responsabilidad extra-contractual; en cambio, la repulsa a esta cláusula no es unánime en la responsabilidad contractual.

8) La responsabilidad contractual se presume. La inexecución o el simple retardo en la ejecución la hace producirse de pleno derecho y corresponde al deudor probar su inculpabilidad, como lo previene el art. 1326 cód. civ. La culpa extra-contractual no se presume; hay que probarla, salvo ciertas hipótesis de la teoría objetiva.

La obligación de indemnizar existe cuando el deudor vio-

(34 ter) COLMO, De las obligaciones en general, ed. 1920, Nº 154, p. 126.

(34 quater) El daño moral y su reparación civil, en "Jurisprudencia Argentina", t. XXXV, sec. doct., p. 1 ss.

(35) Así lo hace notar AGUIAR Henoch D., Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley, IV, Actos ilícitos — daños y acciones, 1, ed. 1951, Nº 43, p. 278. Véase también un ensayo de COLOMBO Leonardo. "Acerca del resarcimiento del daño moral en las obligaciones contractuales", "La Ley", 87,596.

la derechos de crédito, o sea cuando está sujeto a responsabilidad contractual; o también cuando viola una regla general de conducta, o sea la llamada responsabilidad extra-contractual o delictual. Es incuestionable que en la responsabilidad contractual también existe un acto ilícito o delito civil; empero, estas expresiones se reservan para designar una conducta culposa antijurídica, de la que resulta una obligación de indemnización como efecto substantivo o sea, sin que haya una obligación preexistente de la que el deber de indemnización pueda ser considerado como una modificación o ampliación.

AMÉZAGA Juan José (35 bis) ha escrito un ensayo intitulado "La Responsabilidad por culpa.— Unidad genérica y diferencias específicas", en que advierte que la clasificación de la responsabilidad en las dos grandes categorías "culpa contractual" y "culpa aquiliana", encierra valores lógicos apreciables, facilidades prácticas indiscutibles y ventajas didácticas que todos los autores antiguos y modernos se han visto forzados a reconocer. Ambas se fundan en negligencia, imprudencia o dolo del agente o deudor; en una se trata del incumplimiento de una obligación emergente del contrato; en otra se viola una obligación impuesta por la ley. Culpa en sentido amplio es todo acto ilícito que causa daño al derecho ajeno. Si el derecho violado nace de un contrato se llama la culpa contractual; y si tal derecho está establecido en la ley la culpa es extra-contractual o aquiliana. La culpa contractual se presume; quien alega culpa de su deudor no tiene que probar sino la existencia del contrato. La culpa extracontractual hay que probarla. Advierte el autor que esta diferencia carece de fundamento, porque en muchos casos la ley presume la culpa aquiliana, como en el daño causado por las cosas de que el agente se sirve o están a su cuidado. Lo mismo ocurre en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, cuando se trata de personas que se hallan bajo la guarda o dependencia de otra.

Se refiere a otra diferencia entre ambas clases de culpa y es la que corresponde a la reparación del perjuicio, anotando que dicha reparación es menos extensa en la culpa contractual que en la extra-contractual. Tampoco tiene razón de ser esta diferencia si se estudia la forma de reparación, afirma.

(35 bis) La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. XXXVI, Montevideo, 1938, p. 47.

157.— *No es fácil distinguir entre la responsabilidad contractual y extra-contractual.*— Existen hipótesis que hacen vacilar y surgir la duda sobre la responsabilidad que funciona. Veamos algunos ejemplos:

A viaja en un ferrocarril y por efecto de una frenada brusca se accidenta. Se plantea la cuestión de saber si se trata de responsabilidad contractual o extra-contractual. Parece lo cierto que existe la primera porque entre el pasajero y la compañía ferroviaria hay celebrado un contrato de transporte. Decidir si es una u otra responsabilidad es de trascendencia indudable, sobre todo en cuanto a la prueba. Si es responsabilidad contractual no habrá que probar la culpa.

Si la responsabilidad extra-contractual deberá probarse, es punto muy debatido en el Perú. Ni el mismo OLAECHEA, su redactor, aceptaba que se aplicara indiscriminadamente la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva (35 ter).

B se accidenta al cumplir un mandato; existe responsabilidad contractual para el mandante. Asimismo, existirá ésta si Z sube a uno de esos juegos de feria y se accidenta debido a la descompostura de su maquinaria; o si M se somete a una operación quirúrgica que es mal hecha por el médico. En ambos casos hay contrato, existe vínculo jurídico.

158.— *Concepto de la culpa en el Código Civil anterior.*— La legislación clásica mantenía el concepto tradicional de la culpa, dividiéndola en lata, leve y levísima. Los preceptos del cód. del 52 sobre este instituto eran los siguientes:

Art. 1266.— “La culpa consiste en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia; pero sin propósito de dañar”.

Art. 1267.— “La culpa es lata, leve o levísima: lata es la que consiste en la omisión de aquellas precauciones o diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos o avisados; leve la omisión de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y levísima, la omisión de aquellos cuidados que sólo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes”.

Art. 1268.— “La culpa no se presume y debe ser probada”.

Art. 1269.— “Los contrariantes están obligados a evitar el dolo y la culpa lata, en todos los contratos, y a responder por sus consecuencias”.

Art. 1270.— “Se presta la culpa leve en los contratos en que la utilidad es recíproca entre las partes”.

Art. 1271.— “La culpa levísima se presta por el que reporta la utilidad de los contratos unilaterales”.

“El que sufre el gravamen o tiene la obligación, responde solamente por la culpa lata”.

La culpa lata recibía también el nombre de culpa grave y consistía en la omisión de aquella diligencia que los hombres más descuidados emplean en sus negocios. Esta culpa se equiparaba al dolo.

La culpa leve consistía en la omisión de aquella diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios.

Y la culpa levísima consistía en no emplear aquella diligencia que los hombres más acuciosos empleaban en sus negocios.

Habían tres gradaciones en la culpa; y si se establecía que se respondía de la culpa lata o grave en realidad se trataba de una responsabilidad menor, siendo la máxima responsabilidad la que el individuo prestaba por la culpa levísima. Había que evitar el dolo y la culpa lata en todos los contratos.

También es necesario revisar el art. 2190 del mismo cód. del 52, que disponía:

“Cuasidelitos son unos hechos ilícitos cometidos sólo por culpa y sin dolo”.

El art. 1322 del vigente cód. civ. es el mismo del anteproyecto, que tenía el número 314 (35 quater).

OLAECHEA (35 quinquies) decía de este precepto lo siguiente:

“En lo tocante a la culpa, el Anteproyecto introduce una modificación sustancial. El código vigente adoptó el sistema romano de la graduabilidad de la culpa, admitiendo tres clases de ella: lata, que era la falta de diligencia que hasta el hombre menos previsor no deja de tener en sus negocios; leve, la falta de diligencia de un padre de familia normal u ordinario; y levísima, que consiste en la falta de diligencia que tendría un prudentísimo padre de familia.

(35 quater) ACTAS, VI, p. 121, ed. 1926.

(35 quinquies) ACTAS, VI, p. 119, ed. 1926. Véase también la exposición de motivos en APARICIO y G. S., Cód. Civ., concord., III, p. 425.

“Esta división tripartita de la culpa encasillada desde el punto de vista de la utilidad que las partes tienen en el contrato, es claramente artificiosa e inexacta, y hoy nadie la sigue.

“El Anteproyecto va, pues, resueltamente, en materia de culpa contractual, a poner en manos del juez la determinación de la responsabilidad, según las circunstancias, siguiendo a este respecto la orientación jurídica contemporánea. Atiende el Anteproyecto a la naturaleza de las obligaciones por estar relacionada la culpa con la índole de aquéllas y a las circunstancias de lugar, de tiempo y de personas.

“Aunque el Anteproyecto adopta el texto del artículo 1104 español, suprime empero la parte final de dicho artículo, que considero inconveniente por su manifiesta y reconocida vaguedad”.

También para la mejor interpretación del art. 1104 del cód. civ. español que es fuente de nuestro art. 1322, véase DE DIEGO (35 sexies).

El art. 1057 del cód. civ. del Brasil regula así la responsabilidad del deudor:

“Nos contratos unilaterais responde por simple culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquêle a quem nao favoreça. Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa”.

No existe en esta legislación graduación de la culpa.

En los contratos sinalagmáticos, como la compra-venta, basta la culpa para derivar responsabilidad al contratante que incurrió en ella; con mayor razón, si el contrayente incurrió en dolo.

El comodato es contrato unilateral, que beneficia al comodatario y no favorece al comodante, o sea a quien da en préstamo la cosa. Si, por ejemplo, el comodatario pierde la posesión de la cosa, porque la reivindica su verdadero dueño, es evidente que la responsabilidad del comodante tiene que ser apreciada con benevolencia; de tal suerte que si de parte del comodante sólo existió culpa no habrá de ser condenado a pagarle indemnización de daños y perjuicios al comodatario.

Entre las obligaciones del comodante se encuentra la de avisar al comodatario si la cosa prestada tiene algún vicio oculto

(inc. 1º del art. 1592 del cód. civ. peruano); y el art. 1599 de nuestro cód. insiste en que: "cuando la cosa prestada adolece de vicios tales que el uso de ella puede irrogar perjuicio, el comodante responderá del daño causado, si conociendo los vicios de la cosa no hizo advertencia de ellos al comodatario".

Debe anotarse que en casos como éstos, el comodante incurre en dolo, debiendo tenerse en cuenta que este dolo no es como el dolo que se presenta en la celebración de los contratos; ciertamente, el dolo en la inejecución de las obligaciones no asume los graves caracteres que presenta en la celebración de los pactos contractuales.

Producida la evicción del comodatario, la culpa en que incurrió el comodante no lo hace responsable, no obstante la pérdida considerable que hubiere experimentado el comodatario.

En general, no existe responsabilidad por culpa en quien no deriva ventajas del contrato. Sólo responderá por dolo.

Veamos estos ejemplos: si el contrato beneficiaba únicamente al acreedor, el deudor respondía sólo por la culpa lata, como en el contrato de depósito ocurría con el depositario. Si el contrato producía utilidad tanto para el acreedor como para el deudor, —como en la locación— éste respondía por la culpa leve, o sea, el inquilino. Y si el contrato sólo producía utilidad para el deudor, como en el comodato, éste respondía de la culpa levísima, es decir, el comodatario.

Esta división, no obstante su claridad y su aparente utilidad, daba lugar a grandes vacilaciones cuando se le aplicaba por los tribunales de justicia. El mismo hecho para unos tribunales era apreciado como culpa leve y para otros como lata.

La doctrina del art. 1268 del cód. del 52, ya reproducido, imponía al demandante la obligación de probar la culpa. Con el nuevo cód. es a la inversa; es el deudor quien deberá probar que ha empleado la debida diligencia, deberá acreditar su inculpabilidad (art. 1326 cód. civ.). Si alega caso fortuito deberá probarlo. Igualmente, si incurre en mora (art. 1256 cód. civ.).

La culpa grave, en esta clasificación tripartita de la culpa, era como dicen PLANIOL - RIPERT y Esmein (36), una negligencia de bulto, algo que ni aún los hombres menos cuidadosos la cometerían en sus propios asuntos.

Nosotros llamamos ahora "culpa inexcusable" a lo que otros códigos denominan "culpa grave", la que se equipara, como se

(36) VII, Nº 833, p. 143.

dijo, al dolo. Es, ya también se dejó expresado, nulo el conocido *pactum de dolo non praestando*. En el cód. civ. alemán el art. 276 declara la nulidad de un pacto por el cual el deudor sea anticipadamente exonerado de responsabilidad por el acto doloso; pero no equipara el dolo a la culpa grave o inexcusable. Sin embargo, el art. 114 del cód. federal suizo si extiende la prohibición no sólo al dolo, sino a la culpa grave.

No existe uniformidad de pareceres sobre el efecto que en todo contrato produce un pacto de esta naturaleza; pero la opinión más razonable, a nuestro juicio, es la que distingue si las partes hubieran estipulado la obligación, aún sin aquella cláusula. Si se opta por la afirmativa el contrato habrá de reputarse existente, no obstante la nulidad de la cláusula que exonera del dolo; si al contrario, se estima que las partes no se hubieran obligado de no existir una cláusula de naturaleza semejante, es obvio que todo el contrato habrá de ser nulo.

En el derecho suizo, en esta materia de la culpa, el art. 113 del Code Fédéral des Obligations hace la graduación para el efecto de medir su extensión y deja al juez apreciarla, aunque seguidamente, en su art. 114 habla de *culpa lata*.

Para el cód. civ. alemán, su art. 276 declara que el deudor responde por sus actos voluntarios y por su negligencia. La violación de la diligencia es culpa, sin distinción en grave o leve. No hay entonces graduación de las culpas y la regla es que la medida de la responsabilidad depende de la convención de las partes.

Dentro de ciertos límites, es lícito y permitido que las partes convengan cuál es la extensión de su responsabilidad, aumentando o disminuyendo la culpa, siempre que ello no excediera de lo razonable.

159.— *Carácter de la culpa inexcusable*.— Nuestro cód. civ. equipara en cierto modo la culpa inexcusable, con el dolo. No se puede pactar que se renuncia a la acción destinada a exigir los daños y perjuicios producidos por la culpa inexcusable. Así lo dispone el art. 1321 del cód. civ.:

“La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula”.

Sin embargo, la responsabilidad por dolo es siempre más amplia que la que se debiera a culpa inexcusable.

Pero con respecto a este matiz de la culpa, debe establecerse que existe en el acreedor la obligación de probarla. El incumplimiento de la obligación sólo hace inducir la culpa, pero no la culpa inexcusable.

La culpa inexcusable constituye un grado mayor de desidia. Empero, no se puede confundir con el dolo, del cual difiere por su naturaleza; no por su grado. Esta culpa sería la culpa consciente de la doctrina germana, y la *luxuria* de los romanos. El agente confía en que el resultado dañoso no se producirá, no obstante que es posible que se produzca.

La identificación de la culpa inexcusable con el dolo se justifica porque, como expresan los MAZEAUD (36 bis), un estúpido es probablemente más peligroso que un malvado; por ello, los que interpolaron los textos del derecho romano en la parte que éste trata de la responsabilidad contractual, decían: "*culpa lata dolo aequiparatur; magna culpa dolus est*".

Se controvierte en doctrina la identificación de la culpa inexcusable con el dolo, porque se considera que no deberá tener el mismo tratamiento la persona que ha querido el daño y la que no lo ha querido, pese a la torpeza y estupidez de esta última. Sin embargo, si ello no fuera así el incurso en dolo alegaría estupidez, o sea culpa inexcusable; trataría de hacerse pasar por tonto.

Una definición de la culpa inexcusable la encontramos en el Proyecto de modificación del art. 42 de la ley francesa de 31 de mayo de 1924, cuyo texto es el que sigue: "... la culpa deliberada que implica la conciencia de la probabilidad del daño y su aceptación temeraria sin razón válida".

Para los transportes aéreos, la culpa inexcusable ha sido definida por la Convención de La Haya, de 28 de setiembre de 1955: "un acto o una omisión del transportista o de sus comisionados, ya sea realizada con la intención de provocar un daño, ya sea temerariamente y con conciencia de que de ello resultará probablemente un daño".

La culpa así considerada es en realidad no equiparable al dolo, sino el dolo mismo.

Así mismo, debe atenderse que no toda culpa lata es culpa inexcusable. Esta es mucho más grave. Se obra con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves; el hombre

menos cuidadoso no habría incurrido en esa culpa. Empero, siempre debe mantenerse el concepto de que en la culpa no existe intención de causar un daño. La culpa, en general, es el no cumplimiento de una obligación legal o contractual.

Para los romanos, tratándose de la culpa distinguían la culpa en *culpa lata* y *culpa levis*.

La primera era la culpa grave y de sus consecuencias respondían todos. Estaba colocada en la misma línea que el dolo. Los romanos decían "*Lata culpa dolo comparabitur*"; "...*latiorum culpam dolum est*"; "*Dissoluta negligentia prope dolum est*"; "*Lata negligentia ... prope fraudem accedit*"; "*Culpa ... quae dolo proxima est*"; "*Dolum accipere debemus et culpam latam*"; "*Culpa dolo proxima*"; "*Magnam negligentiam placuit in doli crimen cadere*"; "*Culpa dolo proxima dolum repraesentat*"; "...*Magna culpa dolus est*" (36 ter).

En cuanto a la *culpa levis*, el deudor responde cuando obtiene ventajas de la relación obligatoria. Por tanto, si el deudor no obtiene provecho alguno de la obligación sólo está obligado por la *culpa lata*. Empero, si el deudor saca alguna ventaja, responderá de toda culpa: *omnis culpa, culpa levis*.

Por ejemplo, el deudor no obtiene ventajas si presta en el comodato, si es depositario, o si es donante. Responde sólo de *culpa lata*.

En cambio, el deudor saca alguna ventaja de la obligación si es mandante, si es comodatario, si es usufructuario. Responde de la *culpa levis*.

De otro lado, si las dos partes aprovechan de la obligación cada una de ellas responderá de toda culpa, o sea de la *culpa levis*. Así, en la venta, en el arrendamiento, en la enfiteusis, en la sociedad, en la prenda, en el condominio.

Sin embargo, existían casos en que el socio o el comunero no obstante encontrarse obligados a tener la diligencia de un buen padre de familia, podían liberarse de responsabilidad por la *culpa levis* si probaban que en el caso en cuestión, habían empleado por lo menos los cuidados que solían aplicar a las gestiones de sus propios negocios (*diligentia qualem in suis rebus adhibere solent*) (36 quater). Una mala gestión del socio hace inferir

(36 ter) MAYNZ, Curso de Derecho Romano, t. II, ed. castellana, Barcelona, 1887, n. 5 de la p. 13, en que se indican con precisión las fuentes de las frases reproducidas.

(36 quater) MAYNZ, Curso de Derecho Romano, t. II, § 173, p. 12 y ss., especialmente, tex. y notas 11, 13 y 15 de la p. 14.

que es incapaz de administrar mejor. Empero, si se acreditara que el socio que ha gestionado mal los negocios de la sociedad, administra muy bien los suyos propios, haría incurrir a dicho socio no en culpa, sino en dolo.

MAYNZ (36 quinquies) niega que hubiere una clasificación de la culpa en *lata*, *levis* y *levissima*; esclarece que los romanos sólo admitían dos grados de culpa. Expresa que es comprensible que se esté obligado a un mayor grado de diligencia cuando se tiene interés en una obligación, que cuando se obra por pura liberalidad; pero que la cuestión de saber si la parte contraria gana, no debe ejercer influencia en nuestra responsabilidad. También dice que no es equitativo exigir mayores cuidados que los que tiene un hombre esencialmente diligente y cuidadoso, porque el legislador que esto hiciera crearía un sistema arbitrario e imposible de ejecutarse en la práctica.

CAPITULO VI

NOCION DEL DOLO

160.— *Su concepto.*— Lo que caracteriza al dolo no es el descuido, la negligencia, como ocurre con la culpa, sino la intención, el ánimo, el propósito de causar un daño o perjuicio.

Aquí estudiamos el dolo como causante de la inejecución de las obligaciones, al igual que la culpa que ya vimos.

También aparece el dolo como vicio de la voluntad, afectando el consentimiento y haciendo que el acto jurídico o su especie el contrato, sea anulable (véase arts. 1085 a 1088, 1125, inc. 2º y 1129 cód. civ.); y en los actos ilícitos. Si en éstos existe intención de dañar estaremos frente a los delitos. En el cód. civ. de 1852, su art. 1238 se ocupaba del dolo utilizado por una de las partes para la celebración de un contrato. Declaraba ese precepto "dolo es toda especie de artificio, maquinación o astucia de que una parte usa contra otra, para inducirla a la celebración de un contrato, o para eludir el cumplimiento del que está celebrado". Este dolo constituye la violación consciente de las obligaciones contractuales.

161.—*Limitaciones.*— La regla general sobre la inejecución de las obligaciones es la del art. 1320 cód. civ.:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniera a ellas”.

Parecería que este dolo en la inejecución de las obligaciones sería el mismo que encontramos como vicio del consentimiento y en los delitos (actos ilícitos), es decir que el deudor dejaría de cumplir la obligación maliciosamente, con el ánimo de perjudicar a su acreedor. V.g. *A* no le entrega el bien mueble precioso a *B.*, quien ha hecho arreglos para exhibirlo y aún para venderlo a su vez; y la no entrega la hace *A* con intención de dañar a *B.* Sin embargo, en las obligaciones el dolo no necesita llegar a tanto; sólo se trata de la inejecución voluntaria y consciente de parte del deudor. El deudor no ejecuta la prestación, no porque pretenda dañar a su acreedor, sino porque simplemente no quiere. Aquí reside la diferencia con el deudor culpable; éste no cumple la prestación por negligencia; el deudor doloso no realiza la prestación deliberadamente. Sabe el deudor que debe, pero no paga porque no quiere; conoce que debe cumplir, pero no cumple, aún cuando no piensa que su incumplimiento derivará un daño para el acreedor.

Estas ideas no deben ser olvidadas. Los civilistas confunden frecuentemente este dolo con los otros que también juegan en el derecho civil.

El dolo en las obligaciones se reduce a omisiones, a dejar de ejecutar las prestaciones; sólo cuando se trata de obligaciones de no hacer no nos encontramos con omisiones sino con acciones dolosas. El deudor se obliga a obrar de buena fe, conforme al contrato (art. 1328 cód. civ.). Si no lo hace es obvio que obrará de mala fe.

Es interesante conocer la opinión que sobre el dolo tiene GIORGI (37). Sigue la doctrina de que el dolo no es el mismo que encontramos entre los vicios del consentimiento; que para que el deudor fuere doloso basta su conciencia de no querer cumplir con la obligación.

El dolo no tiene la significación lata de la violación de un

(37) II, Nos. 35, 37, 38 ss., p. 77 ss. Cf. DEMOGUE, VI, Nº 278, p. 311 s.

deber jurídico y reclama un estado particular de ánimo que tiende a una injuria (37 bis).

Sobre el concepto de dolo revítese CHIRONI (38); así como ESPINOLA (39).

El dolo que se refiere al consentimiento para la perfección del contrato importa el artificio fraudulento que pone en práctica una de las partes contratantes con la intención de engañar, a fin de obtener el consentimiento necesario para la formación del contrato. Es obvio que ese consentimiento no hubiere sido prestado si no se hubieren utilizado esos procedimientos condenables.

El dolo importa mala fe, pero para que exista en la inexecución obligacional es suficiente con que el deudor tenga conocimiento de que no cumple la obligación. No se requiere que el deudor tenga la intención de violar el contrato, sino el conocimiento de cometer esa violación, la conciencia de violar el contrato.

Nosotros tenemos un sistema subjetivo de la responsabilidad contractual, distinguiendo entre culpa y dolo. En cambio, el cód. civ. alemán contiene un sistema objetivo, ya que la culpa se exige para que nazca la responsabilidad y comprobada la culpa el autor deberá resarcir todo el daño que se halle en conexión causal con su acto, lo haya o no previsto y sin distinguir entre responsabilidad contractual o extracontractual (arts. 249 y ss. y 823 y ss. del cód. civ. alemán) (39 bis).

Para BARASSI (39 ter), el dolo importa violación consciente; es decir, que el deudor conozca las consecuencias que resultarán de su conducta; agrega que no se requiere para este dolo que exista la intención de perjudicar.

Por ejemplo, la ruptura inmotivada del contrato, importa dolo, ya que el incumplimiento deberá reputarse que fué consciente y deliberado.

Sobre los diversos sistemas para determinar la responsabilidad contractual, consúltese ORGAZ Alfredo (39 quater).

(37 bis) CARVALHO DE MENDONÇA, II, Nº 448, p. 7.

(38) N. 1 de la p. 19.

(39) II, I, p. 333 ss. y sus notas, especialmente n. 4 de la p. 334.

(39 bis) Véase B G B.

(39 ter) Instituciones de Derecho Civil, vol. II, Barcelona, 1955, Nº 205, p. 197. Cf. también LAFAILLE, 6, I, Nº 174, p. 167; HUC, VII, Nº 147, p. 209; COLIN y CAPITANT. Curso, III, B), p. 48 in fine, 2ª ed. castellana.

(39 quater) En "La Ley", t. 59, n. de la p. 28, "La limitación del resarcimiento en las responsabilidades contractual y extracontractual".

En la doctrina germana el dolo es concebido en forma distinta a la de nosotros. Asimismo, dentro de la idea de la culpa se encuentra comprendido el dolo y la negligencia. La culpa consiste en una falta de voluntad por la que una persona puede resultar responsable del acto contrario a derecho cometido por ella. Dicha falta de la voluntad consiste en que la persona obra no obstante haber pensado en las funestas consecuencias del acto que debiera haberle apartado del mismo.

Así, el dolo importa un querer un resultado contrario al derecho, con la conciencia de infringirse un derecho o un deber. Es la contradicción con el derecho objetivo; se contradice al ordenamiento jurídico.

El hecho contrario al derecho debe ser querido. Empero, el daño que de ello se sigue no es necesario que sea querido; sólo excepcionalmente se exige una intención dirigida a producir el daño mismo.

Se controvierte si el resultado contrario a derecho tiene que ser querido. Para la teoría de la representación es suficiente que ese resultado haya sido previsto, o sea que la persona tenga conciencia de la relación causal del acto. En cambio, para la teoría de la voluntad es necesario que la persona quiera el resultado. Estas ideas las hemos recogido en ENNECCERUS (39 quinquies).

Los casos que hemos enunciado son de *dolus directus*. Existe también un *dolus eventualis*, en que la persona es consciente de que su acto en lugar del resultado contrario al derecho que desea, o conjuntamente con dicho resultado, habrá de producir otro resultado también contrario al derecho, pero no de un modo seguro, aunque si posible. Esta última clase de dolo debe distinguirse de la negligencia consciente, llamada *luxuria*. En esta última, la persona obra con la esperanza, para él decisiva, de que el resultado posible, pero para él desagradable, no se produciría; o también se observa que dicha persona ha querido evitarlo y ha actuado para evitarlo.

Von TUHR (39 sexies) también expresa que el dolo es la voluntad dirigida a conseguir un efecto contrario al derecho. El agente actúa con dolo cuando quiere lo que por negocio jurídico o por ley le está prohibido; por ejemplo, el acto que según

(39 quinquies) Trat. de D. Civil, t. I, Parte general, v. 2, ed. Bosch. § 196, p. 425 y ss.

(39 sexies) Von TUHR Andrés, Derecho Civil, Teoría general del derecho civil alemán, volumen III, tomo 6, edit. Depalma, Buenos Aires, 1943, (483), p. 168 y ss.

el contrato no debe cumplir. No es necesario que quiera o prevea los demás efectos del acto prohibido que se hallan con éste en relación causal. Agrega que es dudosa la existencia del dolo si el agente no consideró seguro el efecto ilícito, sino que sólo lo suponía posible.

Para la teoría de la representación existiría dolo si el agente ha previsto el efecto ilícito de su acto. Y para la teoría de la voluntad, habrá dolo si el agente además de la previsión del efecto tuvo también la voluntad de que se produjera. Para ambas teorías hay dolo si la persona cumple un acto cuyo resultado es dañoso, aunque cumpla el acto para un fin diferente y considere el resultado dañoso como un efecto accesorio no deseable.

Ciertamente, es en el derecho alemán en donde se sigue en cuanto a culpa y dolo, el derecho romano.

Para LARENZ (39 septies) la infracción dolosa de los deberes que dimanen de la relación obligatoria se da cuando el deudor no obstante haberse representado el resultado de su acción admite dicho resultado aún conociendo la infracción de sus obligaciones que aquel resultado supone. No es necesario, agrega, que se haya propuesto tal resultado; es suficiente que hubiere admitido que ese resultado era posible a consecuencia de su conducta. Empero, también debe tenerse en cuenta que el agente no sólo se hubiere representado el resultado para hacerlo incurrir en dolo, ya que es necesario que el agente haya contado seriamente con la posibilidad de su realización y a pesar de ello no desistió de obrar. Hace notar también, como elemento esencial del dolo, que el que lo comete tiene conciencia de la infracción del deber; y que nunca comete dolo quien actúa desconociendo su obligación. También expresa LARENZ que la delimitación del obrar doloso y del obrar culposo tiene en derecho civil menos importancia que en derecho penal, porque conforme al § 276, el deudor, por regla general, ha de responder en la misma forma si actuó con dolo o sólo con culpa; y tratándose de la responsabilidad por acto ilícito, basta igualmente la negligencia según el § 823.

Entonces, no se requiere que se demuestre que con la violación del contrato el deudor tuvo la intención de causar un daño al acreedor. Quizás si en algunos casos no sea este fin de acarrear daño al acreedor lo que persigue el deudor, sino que con el

(39 septies) LARENZ Karl, *Derecho de Obligaciones*, t. I, Madrid, 1938, edit. Rev. de D. Privado, § 19 p. 204.

incumplimiento de la prestación lo que busca el deudor es una ventaja para sí mismo.

Otro principio es el de que el dolo no tiene grados.

El dolo no agrava intensamente la responsabilidad del deudor; la diferencia entre la culpa y el dolo no aparece precisa, quizá si porque este dolo no es tan grave como aquel que vicia el acto jurídico.

El dolo tiene un carácter absoluto. No admite gradaciones. Existe en toda su intensidad o no existe, afirma ESPINOLA (40).

162.— *Prueba del dolo.*— El acreedor está obligado a probar el dolo de su deudor. Esta es una diferencia sustancial con la culpa; en tanto que ésta se presume, el dolo no. No existe en el cód. civ. un precepto como el del art. 1326 cód. civ., por el que el obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito o fuerza mayor está en el deber de probar su inculabilidad (41).

(40) II, I, p. 338. Observan también la diferencia entre el dolo considerado como vicio de la voluntad y el dolo como causa de inejecución de las obligaciones: SALVAT, Nº 117 p. 56; y BAUDRY - LACANTINERIE, et Barde, I, Nº 106, p. 147 s.

(41) V. ESPINOLA, II, I, p. 337; DEMOGUE, VI, Nº 273, p. 312.

ALESSANDRI y SOMARRIVA, IV, Nº 187 s., p. 149 s., refiriéndose a que el dolo puede revestir en derecho tres aspectos expresan que esto es cierto y, a la vez, no es cierto; que es verdad en cuanto al momento en que el dolo se produce, pero que no lo es si se considera que el dolo es diverso en cada uno de los tres casos. Examinan dichos tres casos:

a) El dolo que emplea una persona para inducir a otra a la celebración de un contrato, en que se le considera vicio del consentimiento;

b) El dolo utilizado en la ejecución de las obligaciones, es decir los procedimientos de que se vale una de las partes para hacer imposible el cumplimiento contractual y que tiende a agravar la responsabilidad del deudor, en cuanto el incumplimiento no sólo se debe a su culpa; y

c) El dolo extra-contractual, que es fuente de obligaciones, y se encuentra dentro de los actos ilícitos.

No se trata, dicen estos autores, de tres clases de dolo diferentes, sino que el dolo reviste tres formas, pero en todas ellas se infiere injuria a la persona o propiedad de otro.

Es evidente que el dolo es siempre el mismo, o sea el querer producir un acto injusto en forma deliberada. Sin embargo, como vicio del consentimiento es engaño, es astucia; y en el cumplimiento de las obligaciones es mala fe. El cód. actual no define el dolo. Lo definía la legislación abrogada en el art. 1238: "Dolo es toda especie de artificio, maquinación o astucia de que una parte usa contra otra, para inducir a la celebración de un contrato, o para eludir el cumplimiento del que está celebrado". Esta definición comprende los dos conceptos de dolo; pero es lo cierto que el incumplimiento de una relación obligacional no se hace insidiosamente, con maquinaciones o astucias, sino que simplemente no se cumple con la prestación en forma enérgica. Por el contrario, para la celebración de un contrato la parte no deberá emplear coacción de ningún género, ya que no estaríamos dentro del campo en que opera el dolo, sino que existiría violencia o intimidación. En resumen, el dolo que encontramos en el incumplimiento de las obligaciones sólo es mala fe, es un actuar a sabiendas, con pleno conocimiento de lo que va a ocurrir, un no querer cumplir con lo pactado en forma consciente. El deudor no paga porque su volun-

163.— *Equiparación del dolo con la culpa inexcusable.*— Ya hemos examinado el art. 1321 cód. civ.:

Para acreditar la existencia del dolo no es necesario la prueba directa. Basta que los indicios y que las presunciones sean precisos, graves y concordantes, a fin de que el juez se persuada de que el deudor tuvo conciencia de que faltaba al cumplimiento de la obligación.

“La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones . . . La renuncia de la acción es nula”.

La culpa inexcusable, o sea la culpa lata o grave, equivale en materia civil al dolo. Pero la equivalencia reside sólo en sus efectos. Existe la obligación de probar la culpa inexcusable, como existe también la obligación de probar el dolo.

El dispositivo cuya exégesis hacemos traduce el principio de que el dolo, como la culpa inexcusable, no es susceptible de ser dispensado. Sin embargo, en los contratos de venta los abogados acostumbran instalar una cláusula por la que ambas partes renuncian al dolo. Es obvio que este pacto no vale nada.

Si el dolo se dispensara, la obligación no tendría carácter compulsivo; el deudor podría o no cumplirla, sería como no obligarse.

De otro lado, la dispensa está reñida con la moral. Si se autorizara a obrar dolosamente a los contratantes se estaría autorizando a faltar a la palabra empeñada y también se estaría permitiendo que las obligaciones tengan objeto ilícito, lo que estaría en pugna con la validez del acto jurídico (art. 1123 inc. 2º cód. civ.). Sin embargo, cabe renunciar a la indemnización por el dolo ya causado y esta renuncia es lícita (42).

164.— *El dolo no agrava la situación del deudor en forma considerable.*— El dolo en el campo de las obligaciones no produce consecuencias dignas de anotar. La indemnización de daños y perjuicios no se aumenta tan considerable e intensamente cuando el deudor es doloso y no culpable.

165.— *Cláusulas que exoneran de responsabilidad o que la limitan.*— En principio, resulta evidente que el deudor no pue-

tad es contraria al pago, no obstante que sabe que debe y que la prestación le es ya exigible.

(42) V. SANCHEZ ROMAN, IV, Nº 51, p. 335; SALVAT, Nº 119, p. 57.

de en forma absoluta exonerarse de responsabilidad mediante una cláusula contractual (43). Hay que aceptar, sin embargo, que es lícito que los contratantes puedan modificar la responsabilidad que la ley les impone; y esa modificación reviste un doble aspecto:

- 1) Cláusulas o pactos que agraven la responsabilidad del deudor; y
- 2) Cláusulas o pactos que atenúen pero no eximan de responsabilidad al deudor.

Dentro del primer grupo están aquellas cláusulas por las cuales el deudor se compromete a responder del caso fortuito, con lo cual su responsabilidad llega al máximo.

Entre las cláusulas limitativas de la responsabilidad del deudor se acostumbra las siguientes:

a) Convenio por el cual la responsabilidad del deudor no vivirá durante el plazo de prescripción establecido por nuestro cód. civ. (siendo una acción personal, prescribe a los 15 años — art. 1168 inc. 2º cód. civ.)— sino que se establece un término más breve en que dicha responsabilidad podrá ser exigida.

b) Pacto por el cual se establece que el deudor responderá hasta por cierta suma. Este pacto en realidad constituye la aplicación de una cláusula penal. Su validez será o no admitida según el *quantum* fijado y si se le incorpora dentro de los llamados contratos de adhesión.

c) Estipulación por la que la culpa estará obligado a probarla el acreedor. Ya se ha visto que la culpa contractual se presume; es al deudor a quien corresponde probar su inculpabilidad. Constituye una ventaja inestimable si se invierte la carga de la prueba que nuestro cód. civ. establece en el art. 1326 ya examinado. La validez de esta cláusula es cuestionable por-

(43) El *dolo non praestando* es fórmula contractual que carece de validez. Nadie puede jurídicamente sustraerse a esta responsabilidad. Lo previene el art. 1321 cód. civ., que extiende su órbita prohibitiva a la culpa inexcusable o culpa grave.

Existen beneficios que acuerda la legislación a ciertas personas de los que no puede el acreedor dispensar al deudor, por una cláusula contractual. No obstante su renuncia el acreedor puede exigirlos, a no ser que se hubieren extinguido por prescripción.

En nuestra legislación existen una serie de derechos que son irrenunciables:

Por ejemplo, las leyes sociales declaran que los beneficios que se conceden a los servidores son irrenunciables. No cabe entonces pactar cláusulas de irresponsabilidad por indemnizaciones a este respecto. Así la ley Nº 4916, de 7 de febrero de 1924, art. 7º; la Resolución Suprema de 27 de octubre de 1936, art. 2º; y en cuanto a la ley de accidentes de trabajo, Nº 1378, de 20 de enero de 1911, su art. 12 declara nula toda renuncia a la indemnización por accidente.

que las reglas que el legislador ha establecido sobre el *onus probandi* son de orden público y no admiten por tanto derogación. Cláusulas o pactos de tal naturaleza tendrían objeto ilícito por lo que serían nulos *ipso iure* (art. 1123 inc. 2º cód. civ.).

Carecen de valor en forma absoluta las cláusulas que tienen por objeto exonerar del dolo y de la culpa inexcusable, que es la culpa grave o culpa lata de la antigua clasificación. Lo dispone el art. 1321 cód. civ.:

"La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable, es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula".

La frase "culpa inexcusable" hace pensar que nuestros legisladores no han podido deshacerse del criterio que informó la legislación abrogada. Existen otras gradaciones en la culpa, que son excusables, como la culpa leve y la culpa levísima, en que está permitido que el deudor se exonere de responsabilidad si incurre en ellas. Esta afirmación la extraemos a contrario del dispositivo 1321 cód. civ. Sin embargo, el hecho de no haber establecido el legislador la clásica clasificación tripartita de la culpa no significa que la culpa no acuse variaciones de intensidad.

No es tampoco lícito renunciar a exigir la responsabilidad del deudor por el dolo futuro; no se puede perdonarlo. Ello importaría una estipulación que adolecería de objeto ilícito y, por lo mismo, nula en forma absoluta (art. 1123 inc. 2º cód. civ.).

Las cláusulas limitativas de la responsabilidad se semejan a las cláusulas penales. PLANIOL - RIPERT y Esmein (43 bis), hacen una distinción precisa. Expresan que la cláusula limitativa no establece nunca una suma global general y no excluye la indemnización por los daños y perjuicios reales sino en el caso de que su cuantía fuera desfavorable al deudor y excediera de los máximos fijados. Hay interés práctico en distinguir estos dos géneros de cláusulas. Agregan estos doctos civilistas que la validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad es negada cuando la suma fijada, por ser insignificante, equivale al pacto de irresponsabilidad prohibido; y que la jurisprudencia les niega también validez en caso de dolo o culpa grave del deudor.

En materia contractual son de empleo frecuente los con-

(43 bis) VII, Nº 871, p. 185.

Para esta materia consúltase AGUIAR DIAS José de, Cláusula de nao indemnizar (Chamada cláusula de irresponsabilidade), Rio de Janeiro, 1947.

tratos de responsabilidad, por los cuales los contratantes convienen qué es lo que habrá de ocurrir cuando se incumplan las obligaciones emergentes de dichos contratos.

Las cláusulas de exoneración total o parcial de la responsabilidad tienen como ventaja limitar las perturbaciones y trastornos que se siguen por un desarrollo excesivo de la responsabilidad. Empero, como pasivo de dichas cláusulas puede anotarse que dejan sin reparación a quienes tuvieron que admitirlas para poder servirse de los medios con que cuentan quien las impone, como acontece en los contratos de adhesión.

Debe advertirse que las cláusulas que limitan la responsabilidad no surten efecto cuando existe dolo, porque si intencionalmente se negara a cumplir la prestación quien la ha asumido, sería absurdo limitarle su responsabilidad, porque el deudor podría cumplir o no cumplir confiado en que el *quantum* de su responsabilidad no podría ser aumentado. El cumplimiento del contrato estaría así sujeto a una condición puramente potestativa, que es nula cuando, como en este caso, está a cargo de la voluntad del deudor. Lo mismo ocurriría si el deudor cuya responsabilidad ha sido convencionalmente limitada, incurre en culpa inexcusable, ya que ésta se encuentra legislativamente identificada con el dolo, pese a que en ella no existe intención; y ello obedece a que, como advierten los MAZEAUD (43 ter), se quiere impedir que el malvado se haga pasar por imbécil y a que la prueba del dolo es difícil.

166.— *Cláusulas que exoneran de responsabilidad por la culpa excusable.*— Tienen importancia trascendental. Hemos establecido que están permitidas porque sólo se prohíbe exonerarse de responsabilidad por la culpa inexcusable. Se ha expuesto también que el deudor viene obligado a probar su inculpabilidad, ya que producido el incumplimiento la culpa del mismo se presume. Pero habiéndose pactado que el deudor no es responsable de la culpa excusable y si la inejecución se produce y el acreedor afirma que si bien es cierto el deudor no incurrió en culpa excusable si ha incurrido en culpa inexcusable, se necesita saber a quién corresponde probar. ¿Es el deudor quién probará que no incurrió en culpa inexcusable, o es el acreedor quien probará que su deudor incurrió en culpa de tal naturaleza? Es in-

(43 ter) Lecciones, Parte 2ª, vol. II, Nº 635, p. 433.

discutible que deberá probar quien alega la culpa inexcusable, o sea el acreedor. He aquí entonces la utilidad de esta cláusula, ya que así se invierte el peso de la prueba. No es el deudor a quien corresponderá probar su inculpabilidad, sino que es el acreedor quien deberá demostrar que el deudor incurrió en culpa inexcusable. Parece razonable considerar que si bien normalmente la culpa se presume en vista del incumplimiento, la culpa inexcusable siempre habrá de probarla.

Lino CORNEJO (44), uno de los más brillantes y sólidos catedráticos que ha tenido la Facultad de Derecho de San Marcos, al explicar el contrato de fletamento (Derecho Comercial Marítimo), y refiriéndose al valor legal de las cláusulas de no responsabilidad o de limitación de la responsabilidad, expresaba que el naviero podía estipular en el contrato de fletamento, que no sería responsable de los actos de su capitán, o limitar su responsabilidad a cierta cantidad por bulto. Informaba que había quienes defendían la validez de estas cláusulas fundándose en la libertad contractual, en la autonomía de la voluntad; pero esto, decía CORNEJO, "*prueba demasiado*", como decían los lógicos, porque la ley no sanciona, de modo absoluto, la libertad contractual, desde que son nulas las estipulaciones contrarias al orden público y a las buenas costumbres, o a la naturaleza del contrato. En este orden de ideas, la cláusula de no responsabilidad es contraria a la naturaleza del contrato de fletamento. El capitán es un depositario de los objetos que transporta y es esencial que el capitán sea el responsable, porque es un depositario. El fletamento es, además, un contrato de arrendamiento de servicios.

De otro lado, explicaba, el comercio marítimo atañe al interés general, al Estado, y la cláusula de no responsabilidad conduciría a la inercia, a la pereza, a la negligencia y aún al dolo. Es obvio que eximido de responsabilidad, el capitán no cuidaría de la carga. El cargador, asimismo, en la mayor parte de los casos no podría probar la culpa o el dolo del capitán.

También decía CORNEJO que existía otra razón que él consideraba de fuerza, que era la que resultaba de comprobar que

(44) CORNEJO no editó esta parte de sus lecciones. A mí hubo de enseñarme, con una rara diafanidad expositiva, el segundo curso de Derecho Comercial; y sus frases las recogí como su alumno, mediante una taquígrafía que yo mismo hube de inventar, con signos personalísimos.

la cláusula de no responsabilidad no podía ser estimada como el resultado del libre juego de las voluntades, porque es el naviero el que dicta el contrato y el cargador no tiene sino que obedecer, que aceptar, porque forzosamente tiene que embarcar su cargamento. El contrato de fletamento y el de pasaje son típicamente, en todas sus partes, contratos de adhesión. El egregio maestro sanmarquino concluía con estas palabras: "La cláusula de no responsabilidad no es jurídicamente válida. Y la cláusula de limitación de la responsabilidad ¿es válida o no? Esto habrá que estudiarlo cuidadosamente, porque la cláusula de no responsabilidad ya no se encuentra inserta en los contratos, porque es burda; no se le concede valor. Ninguna empresa avisada la emplea actualmente".

167.— *Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en el Derecho comercial.*— En general, se puede afirmar que en el área de las relaciones mercantiles tales cláusulas han sido declaradas inválidas por los tribunales, porque los contratos comerciales son en la mayoría de los casos de adhesión. Así, el contrato de transporte, el contrato de fletamento, el contrato de seguro. En todos ellos las cláusulas están predeterminadas por las empresas que se dedican a estas operaciones o negocios y los cargadores, pasajeros y asegurados deben someterse a ellas si quieren utilizar sus servicios. No existe entonces libertad entre las partes para el perfeccionamiento de dichos contratos.

Deben considerarse nulas las estipulaciones que han sido preestablecidas, en el contrato de transporte, entre cargador y empresa, sobre exclusión o limitación de las obligaciones o responsabilidades a cargo de dicha empresa.

En cambio, cuando se renuncia "*ex post facto*" al derecho de cobrar la indemnización, en realidad sólo se trata del abandono de un derecho adquirido, y no de una renuncia anticipada.

En el derecho argentino y con referencia al contrato de transporte, el art. 177 de su cód. de com. permite pactar que, tratándose de ciertas mercancías, su pérdida o deterioro se presume atribuible a vicio de las mismas. Declara ese precepto:

"Si se tratare del transporte de determinadas especies de cosas frágiles o sujetas a fácil deterioro, de animales, o bien de transportes hechos de un modo especial, las administraciones de ferrocarriles podrán estipular que las pérdidas o averías se pre-

suman derivadas de vicio de las mismas cosas transportadas, de su propia naturaleza, o de hecho del remitente o del destinatario, si su culpa no fuere probada”.

Se admite, en cierto modo, pactar la irresponsabilidad de la empresa, pero la jurisprudencia de ese país ha establecido que “la magnitud de los perjuicios sufridos durante el transporte, es causal suficiente para destruir la presunción de irresponsabilidad, pactada a favor del porteador conforme al art. 177 del cód. de com.” (44 bis).

En realidad, tratándose de contratos comerciales como los de fletamento y transporte, las cláusulas de irresponsabilidad o limitativas de la responsabilidad, carecen de validez si se atiende a las circunstancias en que esos contratos se otorgan, ya que jamás podría afirmarse que esos contratos nacen del resultado de la libre voluntad de las partes, ni que ambos se encuentran en el mismo pie de igualdad.

En algunos contratos de fletamento o en los conocimientos se establece que el naviero indemnizará las pérdidas o daños que sufran los efectos cargados a razón de tanto por unidad de peso o volumen, o hasta tal cantidad por bulto. Esta es una limitación de la responsabilidad ¿qué valor legal tiene? Cláusulas de esta naturaleza no deben ser rechazadas de modo absoluto. Si es muy baja la indemnización fijada, la cláusula será nula. Pero si tuviera por objeto defender al porteador de responsabilidades abrumadoras sin grave menoscabo de los derechos del cargador, no habría motivo suficiente para considerarla nula.

No es contraria, de un modo absoluto, la doctrina de la limitación de la responsabilidad por culpa, si es onerosa para el responsable.

Así, en el cód. civ. de 1936 existe la limitación de la responsabilidad de los hoteleros hasta la cantidad de quinientos soles, por el dinero, valores u objetos preciosos que no les fueren realmente entregados por los viajeros para su custodia material (art. 1626). Y el mismo cód. civ. permite al hotelero o posadero rechazar la custodia de objetos cuyo valor fuere excesivo en relación con la importancia de sus establecimientos.

Parece justo entonces que el porteador tenga derecho de negarse a asumir una responsabilidad excesiva en relación con

(44 bis) Véase “La Ley”, t. 8, p. 625.

la importancia de su nave, por lo que es lógico que en los contratos de fletamento que celebre establezca una cláusula que limite o fije el máximo de la responsabilidad que asume. Pero ¿cómo establecer cuándo esa limitación estaría justificada? Es el juez el que apreciará y resolverá en cada caso.

En general, el porteador es responsable de lo que se le entrega, ya que es un depositario. Sólo se exime de responsabilidad si la pérdida o deterioro de la cosa porteada se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o vicio de la cosa.

Nuestra jurisprudencia, en los pocos casos sometidos a juzgamiento, no ha dado valor a las cláusulas de no responsabilidad y limitación de la responsabilidad. Además, no puede pactarse de antemano por la irresponsabilidad derivada de la propia culpa si ésta es inexcusable, o del propio dolo; es por ello que carece de validez la cláusula de irresponsabilidad absoluta. Es claro que producido el daño por culpa, puede quien lo sufrió eximir de culpa al obligado a indemnizarlo. Esto si es jurídico; pero no lo es que una persona se liberte anteladamente de su propia culpa o dolo.

Aceptar de hecho la invalidez de estas cláusulas sería, por otra parte, inequitativo, porque hay que tener en cuenta las pequeñas empresas de navegación, para las cuales una responsabilidad ilimitada sería abrumadora. Naturalmente, una cláusula limitativa de la responsabilidad diminuta sería inválida por lo ridícula; empero, si fija una cifra apreciable la cláusula debe estimarse válida.

Examinemos nuestra jurisprudencia:

La sentencia de 28 de mayo de 1912 (44 ter), pronunciada en el juicio que siguió un pasajero contra una empresa ferroviaria, para que ésta le devolviera su equipaje, desconoció el valor que tenía una cláusula contenida en la carta de porte (llamada "papeleta", entre nosotros), por la que el porteador se obligaba a pagar por concepto de indemnización en el caso de pérdida una cantidad diminuta por kilo o su equivalente en medida cúbica. La motivación del fallo dejó establecido que la "papeleta" no podía estimarse como contrato, porque no intervino el demandante; y, además, que la cláusula limitativa de la responsabilidad de la empresa debía estimarse como opuesta al principio de derecho según el cual son nulas y se tienen por no pues-

(44 ter) En A. J., 1912, p. 62 ss.

tas las cláusulas de un contrato contrarias a la naturaleza del mismo o a lo que disponen las leyes. Esta doctrina fué sentada por el fallo de Segunda Instancia y acogida por el Tribunal Supremo.

En la sent. de 17 de diciembre de 1912 (44 quater) se establece que las declaraciones de irresponsabilidad formuladas por medio de circulares dirigidas a los comerciantes, no favorecen al porteador. En las circulares la empresa demandada, que se ocupaba de desembarcar las mercaderías de los buques a un muelle, había comunicado a sus clientes que no pagaría ningún reclamo por mercadería robada o falta de su contenido.

La sent. de 1º de junio de 1934 (44 quinquies) decide que en un contrato de fletamento es válida la cláusula en cuanto limita, pero no en cuanto exime de toda responsabilidad al fletante por el incumplimiento de las obligaciones que le conciernen, según la naturaleza del contrato.

Otra sent. de 25 de julio de 1912 (44 sexies), ha sido titulada por el recopilador así: "En los contratos de fletamento no es absoluta la regla en virtud de la cual deben regirse por lo que resulte del conocimiento, los derechos y las obligaciones del naviero, del capitán y del fletador". Tratábase de una compañía naviera que dejó de entregar un bulto en el puerto de descarga, la que pretendía liberarse del pago del contenido, porque la cláusula 3ª del conocimiento limitaba su responsabilidad a cierta suma pequeña por bulto, en caso de no haberse declarado el valor de la mercadería materia del fletamento. Se mandó abonar el valor del bulto, que si bien no había sido declarado en el conocimiento, constaba en las facturas de compra del puerto de embarque.

168.— *Interpretación de las cláusulas eximentes o limitativas de la responsabilidad.*— Los tribunales de justicia interpretan siempre restrictivamente las cláusulas de irresponsabilidad o limitativas de responsabilidad; y ello obedece a que constituyen una derogación del derecho común.

De otro lado, en lo que se refiere a la evicción y saneamiento el art. 1371 cód. civ. permite que el contratante pacte no quedar sujeto al saneamiento por evicción. Sin embargo, el disposi-

(44 quater) En "A. J.", 1912, p. 284.

(44 quinquies) En "R. de los T.", 1934, p. 121 ss.

(44 sexies) Véase SEOANE, "Dictámenes Fiscales", tomo I, p. 353 ss.

tivo siguiente, o sea el art. 1372, establece que todo pacto por el cual se convenga que el enajenante no quede sujeto al saneamiento se considerará nulo si la evicción se produce por un hecho personal del enajenante (véase también el art. 1373 cód. civ.).

169.— *Tercer requisito.*— Que el deudor se encuentre en mora.

La indemnización de daños y perjuicios moratorios puede definirse como el derecho que tiene el acreedor al pago en dinero por el no cumplimiento oportuno de la obligación.

Difiere sustancialmente de la indemnización de perjuicios compensatoria, porque en ésta no se cumple la prestación en que la obligación consiste, y en la indemnización moratoria la obligación ha sido cumplida pero tardíamente.

De lo expuesto se infiere que el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación y los daños y perjuicios compensatorios, porque ello equivaldría a pagarse dos veces. Pero si puede dicho acreedor exigir el cumplimiento y además los daños y perjuicios moratorios. Finalmente, cabe que el acreedor exija los daños y perjuicios compensatorios, o sea aquellos que derivan de la inejecución de la obligación, y los daños y perjuicios moratorios, es decir los que provienen del retardo.

CAPITULO VII

NOCION DE LA MORA

170.— *Generalidades.*— Se hará el estudio de la mora por cuanto la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el inc. 3º del art. 1233 cód. civ., procede también cuando el deudor está en mora, según la declaración del art. 1320 del mismo cód.

Tratándose de obligaciones puras, el pago puede exigirse inmediatamente después de contraída la obligación; así lo previene el art. 1252 del cód. civ., a no ser que teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación o las circunstancias se requiere para el cumplimiento cierto lapso.

Sin embargo, la mora del deudor no se produce en las obligaciones puras de inmediato a no ser que el acreedor reclame su

cumplimiento. Pero no se encuentra en mora el deudor que ignora la existencia o exigibilidad de la obligación.

En las obligaciones condicionales el pago debe exigirse el día del cumplimiento de la condición; y habiéndose estipulado un término la deuda no puede ser exigida ni pagada antes del vencimiento. Pero el deudor puede pagar antes del mismo, si fué establecido en su favor (art. 1112 cód. civ.). Antes del vencimiento de la obligación no se puede hablar de mora del deudor.

En las obligaciones sujetas a condición o a término, el deudor no incurre en mora antes que la condición se verifique o el término se cumpla, además de la interpelación, salvo que se hubiere pactado que el vencimiento del plazo importa que el deudor quede incurso en mora de pleno derecho.

Existen hipótesis en que la mora aparece sin necesidad de interpelación; ella resulta de la propia naturaleza de las cosas, *mora fit ex re*. Así, si desde que la obligación se crea el deudor está en dolo, v.g., si robó o hurtó la cosa, o sabía al adquirirla que era de otro.

La inejecución de las obligaciones comprende el incumplimiento absoluto y la mora o incumplimiento relativo. Es obvio que la mora ofrece, al estudioso, más dificultades que el incumplimiento total.

Ambos incumplimientos constituyen la parte patológica del derecho de obligaciones. Es claro que esta parte es excepcional, anormal, porque supone violación, infracción, transgresión de la norma jurídica.

Y el incumplimiento de las obligaciones es más frecuente no en el campo del derecho civil, sino en el del derecho comercial. El cumplimiento de las obligaciones es la regla; el incumplimiento, la excepción.

Se comprueba, asimismo, que dentro del concepto "patrimonio" ya no tienen los derechos reales la importancia y preeminencia que antes tenían; ahora es el crédito, en su sentido económico, el que constituye grandes patrimonios.

El incumplimiento absoluto puede ser parcial o total. Será parcial si la obligación comprende varias prestaciones y sólo algunas son cumplidas y las otras no, por culpa del deudor; y será total si completamente se incumple la obligación.

La mora aparece cuando la prestación no se cumple, pero sin poder afirmarse que no se cumplirá jamás.

La mora sea del deudor, sea del acreedor, es el retardo o dilación culposa en no pagar lo que se debe, o en no recibir lo que nos es debido.

La mora del acreedor no tiene la misma importancia y su frecuencia es mucho menor, porque sólo muy raramente el acreedor opone dificultades al recibo de la prestación.

Mora *ex persona* es el retardo del deudor, que ha sido provocado por la interpelación formulada por el acreedor. Mora *ex re* es la mora que se produce de pleno derecho, sin que sea necesario el requerimiento y por la sola existencia de ciertos hechos.

A la mora se le llama también "inejecución relativa", por oposición a "inejecución absoluta", porque en la mora o retardo se trata también de una inejecución respecto al tiempo; es esta última una inejecución parcial.

Producida la mora del deudor tiene derecho el acreedor a reclamar la prestación convenida más los daños y perjuicios de mora; o a demandar la rescisión del contrato también con indemnización de daños y perjuicios, pero no moratorios, sino compensatorios.

Hay quienes admiten que la mora puede ser purgada hasta el momento de la contestación.

Si el deudor pretende pagar menos de lo que debe ello habrá de reputarse incumplimiento absoluto parcial y no mora. El defecto en la cantidad de la prestación no es mora. Empero, si el deudor consigna menos de lo que debe, estará en mora siempre.

En la mora no sólo es necesario encontrar las circunstancias objetivas, sino que también es necesario hallar una circunstancia subjetiva, que es la culpa del deudor. No habrá mora si no existe culpa.

La buena fe del deudor no siempre supone ausencia de culpa en éste. En casos específicos, el deudor viola lo pactado por una errónea interpretación del contrato; empero, ello no lo exonera de responsabilidad. La buena fe no excusa de las consecuencias del error, sea éste error de hecho o de derecho.

La mora supone necesariamente la culpa del deudor; no habiendo culpa de su parte, no se puede admitir que exista mora. Por eso, la ausencia de culpa no es una de las excusas de la mora, sino, simplemente, que la mora no existe. De esto se sigue que el art. 1256 del cód. civ. contiene un error en su segundo párrafo, cuando declara que el deudor en mora podrá sus-

traerse a la responsabilidad de los daños y perjuicios "probando que ha incurrido en mora sin culpa alguna de su parte", porque si no existe culpa no puede hablarse de mora. En cambio, si es causal de irresponsabilidad que el *casus* habría alcanzado, de todas maneras, a la cosa debida, aunque el deudor hubiere cumplido la prestación en el tiempo convenido. Por el contrario, el art. 287 del cód. civ. alemán no comete la ligereza de expresar entre las causales de excusa del deudor su ausencia de culpa. Dispone este precepto:

"El deudor moroso responderá de toda negligencia, incluso de la imposibilidad ocurrida por caso fortuito durante la morosidad, a no ser que el perjuicio hubiere tenido lugar del mismo modo si la prestación se hubiere ejecutado en tiempo hábil".

Y abundando en las mismas ideas, el art. 285 del cód. civ. alemán declara:

"Si la prestación no tuviese efecto por una circunstancia de que no sea responsable el deudor, no incurrirá éste en mora por no haberla prestado".

Es evidente que el deudor no incurrirá en mora si sin culpa suya ignora el tiempo, el lugar y el modo de cumplimiento de la obligación.

Con referencia a que es indispensable la culpa del deudor para que se dé su mora, nos parece que es difícil pero no imposible, que éste demuestre que fué por el *casus* que no pudo cumplir una obligación de dinero. Por ejemplo, si demuestra que una huelga bancaria le impidió contar con el dinero depositado por el tiempo que ese movimiento se prolongó. El deudor no será condenado a pagar la indemnización de daños y perjuicios si pudiera probar que fué debido a caso fortuito o fuerza mayor que él no pudo ejecutar la prestación de capital, en tiempo, o sea en el término señalado.

Admítase, sin embargo, que la retención del capital ajeno, aún sin culpa del deudor, le reporta un provecho posible.

Para WINDSCHEID (44 septies) la mora del deudor requiere que se le atribuya a su culpa.

En el campo judicial, el acreedor una vez vencido el plazo de la obligación, reclama su cumplimiento en juicio, sin preocuparse de la idea de culpa del deudor, y consigue el embargo de los bienes de éste en lo que basten a satisfacer el importe de

(44 septies) Diritto delle Pandette, II, § 276, tex. y n. 2 de la p. 89. Examina los conceptos de mora objetiva, mora subjetiva y mora técnica.

la obligación, más los daños y perjuicios. Tenemos entonces que el juez admite provisionalmente que el deudor incurrió en mora, o sea que tuvo culpa; y ello habrá de ser confirmado o no por el juez, en su sentencia, atendiendo al hecho de que el deudor fracase o triunfe en probar la inexistencia de su culpa, prueba que corre a su cargo. Cumplido el término la mora se presume si el deudor no ejecuta la prestación; empero, esta presunción admite prueba en contrario.

Entre nosotros, no existiendo pacto, si la obligación es pura o se encuentra sujeta a modalidades, se exige la interpelación.

La mora era designada por los romanos con las siguientes expresiones: *cessatio, dilatio, frustratio y mora*.

Aún cuando la mora producida sin culpa del deudor no origina ninguna responsabilidad para éste, es cierto que el acreedor no tiene más que constituir en mora a su deudor mediante la interpelación y es al deudor a quien corresponde comprobar que incurrió en mora, o sea que retardó el cumplimiento de la prestación prometida, porque hubo de soportar un acaecimiento fortuito o de fuerza mayor, por lo que la mora se produjo sin culpa alguna del deudor. Si esto lo acreditara no será responsable de los daños y perjuicios que la mora le hubiere ocasionado al acreedor. Adviértase desde ahora que no habiendo culpa no existirá mora.

Estando destituidas de acción las llamadas obligaciones naturales, es obvio que no existe mora para el cumplimiento de las mismas. Dichas obligaciones son inexigibles.

BEVILAQUA (45) dice de la mora: "... es el retardo en la ejecución de la obligación. Si es por culpa del deudor, se dice que la mora es *solvendi*; si por acto del acreedor, se denomina *accipiendi*".

Agrega que no sólo el tiempo forma parte del concepto de la mora, sino que la misma presupone la culpa del deudor y es una de las formas de la culpa, por cuanto hay violación de un deber preexistente.

Como advierte CHIRONI (46), la mora es diferente del incumplimiento absoluto, ya que cuando éste se produce el retardo no podrá presentarse; y que saber cuándo existe mora o

(45) IV, p. 111.

(46) Nº 327, p. 790.

Véase una monografía de BOVAY Henry, *Essence de la demeure*, Genève, 1934.

cuándo habrá incumplimiento es una cuestión de hecho. Por ejemplo, un mandato para apelar no admite mora, sino incumplimiento total si se deja pasar el término sin interponer el recurso respectivo.

La mora del deudor viene a ser, en última instancia, un caso de inejecución, ya que no se cumple con la obligación en el tiempo prefijado. Y aunque la obligación fuese cumplida, es obvio que el retardo ha producido daños y perjuicios para el deudor. Por eso, hay civilistas que analizan la mora como uno de los casos del incumplimiento al cual denominan "incumplimiento impropio".

Elemento esencial de la mora es el de que existe la posibilidad del cumplimiento tardío. Si hubiera la certidumbre de que la obligación no sería cumplida jamás, estaríamos frente al incumplimiento.

La mora difiere del incumplimiento en que por ello no queda el deudor privado de la posibilidad de cumplir aunque sea tardíamente la obligación.

Existirá incumplimiento absoluto de la prestación cuando el deudor no pueda ya cumplir, en ninguna época, la prestación; y existirá mora cuando todavía hay la posibilidad de cumplimiento. Es por eso que la mora puede ser purgada y el incumplimiento absoluto no.

Para que la mora exista es necesario que sea todavía posible el cumplimiento de la obligación, que no haya devenido imposible ese cumplimiento (46 bis). Con la mora todavía la obligación es exequible.

Hay incumplimiento absoluto, v.g., si el mandatario emplea el dinero del mandante en provecho propio; no será éste un caso de mora.

Si la obligación es fungible, o sea que el acreedor puede mandar realizar el trabajo por otro, esto será mora y no incumplimiento absoluto. Si el deudor dejó perecer, por negligencia, la cosa cierta que debía entregar, habrá incumplimiento absoluto.

La mora se debe siempre a culpa o dolo. De lo contrario, se trataría de la *mora inculcata*, que es el retraso no culpable, sin

(46 bis) Véase HUC, VII, Nº 141, p. 199, quien advierte que hay obligaciones que no pueden ser ejecutadas sino dentro de un cierto tiempo; es evidente que para estas obligaciones no existirá mora, sino inejecución absoluta.

relevancia jurídica. Es el deudor a quien corresponde comprobar que la mora no obedece ni a culpa ni a dolo de su parte, sino a caso fortuito o fuerza mayor. Hay un aforismo que reza: no existe mora sin culpa.

Tratándose de una deuda ilíquida no puede darse la mora del deudor. Por eso reza otro aforismo romano: "*in illiquidis o in liquidandis non fit mora*". Para que el deudor incurra en mora es necesario la certeza de la deuda; y para que la mora se produzca es necesario que se trate de una obligación de plazo vencido, que sea cierta en el *quid* y en el *quantum* (47). Debe saberse qué se debe y cuánto se debe. No hay mora si la determinación de la suma que debe pagarse depende de un juicio previo a fin de que con el mismo se conozca la cantidad líquida reclamada.

No puede el deudor para librarse de los efectos de la mora, alegar que la obligación es ilíquida, si el carácter líquido de la prestación está sujeto a sus propios actos.

Si para establecer la liquidez de la obligación es necesaria la cooperación del acreedor y éste se niega, incurrirá en *mora credendi*.

En algunas hipótesis la iliquidez de la obligación no impide la mora del deudor. Así, en una obligación alternativa en que la elección corresponde al deudor. Si dicho deudor no elige en la época del vencimiento, se producirá su mora, no obstante que la obligación no es líquida.

Si se produce la muerte del deudor encontrándose en mora, no cabe duda que transmitirá a sus herederos los efectos de ella.

El heredero responde por la culpa del *de cuius*.

Conviene indicar que la regla de que la obligación debe considerarse vencida para hablar de mora, tiene varias excepciones que son las que se refieren a los casos en que el deudor perderá el derecho de utilizar los beneficios de plazo y que contiene el art. 1114 del cód. civ. Ello no obstante, el acreedor no puede privar del plazo a su deudor, porque a su juicio se ha producido alguno de los casos de pérdida del plazo que señala el art. 1114 del cód. civ. Ello tiene que decidirlo una sentencia firme dictada en un proceso de conocimiento.

(47) Véase GIORGI, II, Nº 47, p. 89 y s.

Asimismo, en las obligaciones sin plazo, pero en las que se presume que se quiso conceder, se requiere que el juez lo señale en uso de la facultad que le concede el art. 1115 cód. civ. Es inquestionable que la interpelación en una obligación de esa clase que no señala plazo, si no se ha cuidado antes que el juez lo fije no hace incurrir en mora al deudor. En otro sentido, opina GIORGI (48). Además, si no aparece del tenor o de la naturaleza y circunstancias de la obligación que quiso concederse plazo al deudor, dicha obligación será exigible inmediatamente (art. 1252 cód. civ.).

La mora, o sea el retardo en el cumplimiento de la obligación, puede deberse no sólo a culpa, sino también a dolo. Por lo mismo, no es exacta la enunciación que hace el art. 1320 del cód. civ. cuando expresa que "queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad". La mora debe provenir siempre de dolo o culpa, a fin de que exista la obligación de indemnizar; no es un término distinto a la culpa y al dolo.

Debe saberse, sin embargo, que para el derecho civil es indiferente conocer si el retardo se produjo por culpa o por dolo; le basta saber que existió culpa. Por el contrario, tratándose del incumplimiento las consecuencias de éste son distintas según se compruebe si en el deudor hubo simple culpa o si obró dolosamente, aunque no demasiado diferentes, como habrá de comprobarse más adelante.

No debe olvidarse que el último día del vencimiento deberá transcurrir íntegra, totalmente. Después de ese día el deudor

(48) II, Nº 48, p. 90.

No señalando plazo la obligación para el cumplimiento de la prestación, ésta deberá cumplirse inmediatamente; pero el deudor no estará en mora sino desde que el acreedor lo interpele. Si bien la prestación sin plazo señalado para su cumplimiento deberá ejecutarse de inmediato (art. 1252 cód. civ.), la mora sólo se producirá cuando el deudor hubiere sido requerido por el acreedor.

Existen obligaciones que por su naturaleza y circunstancias requieren de un plazo para que sean cumplidas y si el instrumento en que dichas obligaciones constan no señalar el plazo habrá de señalarlo la autoridad judicial (art. 1115 cód. civ.); por ejemplo, en el mutuo de dinero siempre deberá entenderse que se prestó a plazo y si no ha sido pactado es, por lo menos, de 30 días (art. 1578 cód. civ.), no requiriéndose la fijación del plazo por el juez. Cumplidos los 30 días el acreedor podrá constituir válidamente en mora al deudor con la interpelación. Sin embargo, el mutuante y el mutuario pueden pactar un plazo menor que el de 30 días. Hay otros plazos cuyo vencimiento está subordinado a la voluntad del deudor y en que será el juez quien los fije.

Existiendo término para el cumplimiento de la prestación todo requerimiento antes de su expiración deberá considerarse ineficaz para constituir en mora al obligado. Antes de que hubiere decursado íntegramente el plazo el deudor no debe, pero si paga no podrá repetir lo pagado salvo que hubiere pagado ignorando el plazo (art. 1113 cód. civ.).

está incurso en mora si es interpelado o si se trata de mora *ex re*.

La mora no se concibe en las obligaciones de no hacer, ya que la realización de hechos positivos que las contrarían supone su incumplimiento pero no casos de mora. La mora resulta imposible en estas obligaciones porque habiéndose producido el acto positivo que estaba prohibido no habría tardanza culpable sino incumplimiento absoluto.

Siendo la obligación de no hacer no es necesaria la interpelación, sino que la indemnización procederá desde el momento de la contravención, aunque se pudiese destruir lo que se hubiese hecho (art. 1190 cód. civ.). Como en las obligaciones de no hacer no existe mora, no se requiere interpelación.

En la doctrina hay unanimidad en afirmar que no existe mora en las obligaciones de no hacer o negativas; no hay más que incumplimiento absoluto cuando se realiza el acto prohibido (48 bis).

Pese a la rara uniformidad doctrinaria, que no admite mora en las obligaciones de no hacer, el art. 961 del cód. civ. del Brasil dispone:

"Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em móra, desde o dia em que executar o acto de que se devia abster"

BEVILAQUA (48 ter), sin hacer alusión a la doctrina dominante en las obligaciones *non faciendi*, pretende justificar este precepto expresando que en estas obligaciones la mora se confunde con la inejecución; que en las obligaciones positivas (de dar y de hacer) se puede distinguir el hecho de no cumplirlas y el tiempo en que no han sido cumplidas. Concluye diciendo lo que debió expresar al comienzo, o sea que ejecutado el acto de que el deudor debió abstenerse, ya la obligación fué infringida. Empero, yerra en nuestro concepto, al manifestar textualmente: "... desde ese momento (desde que la obligación fué infringida), se producen los efectos de la mora: la responsabilidad por pérdidas y daños". En realidad, no es mora simplemente, sino inejecución total y absoluta si el deudor practica el acto prohibido por la obligación negativa.

(48 bis) Véase BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, XII, I, Nº 444, p. 479. La interpelación se explica para comprobar el retardo del deudor en la ejecución de la obligación; empero, si la obligación de no hacer es violada y el acreedor no interpela, ello no significa que el acreedor aprueba la violación de la obligación. En cambio, la no interpelación supone que el deudor de una obligación de dar, no esté en mora. Véase también GIORGI, II, Nº 46, p. 89.

(48 ter) Cód. Civ. dos Estados Unidos do Brasil, IV, p. 117 s., 7ª ed., 1946.

171.— *Distinción entre retardo y mora.*— La mora es un retardo culpable o doloso en el cumplimiento de una obligación, unido al requerimiento de parte del acreedor.

En derecho son cosas distintas el retardo y la mora. La noción del retardo se vincula con la exigibilidad de la obligación. Se pone como ejemplo el contrato de compra-venta en el que el vendedor se obliga a entregar la cosa vendida inmediatamente después de la venta, si no se designó tiempo de entrega (art. 1400 cód. civ.); por su parte, el comprador está obligado a pagar el precio, si nada se pactó al respecto, el día en que la cosa le fuera entregada (art. 1411 cód. civ.); y se supone que ya el vendedor demora quince días la entrega de la cosa vendida. Este retardo no implica que el vendedor se encuentre en mora, ya que ésta sólo habría de producirse después de la interpelación que hiciera el comprador en la cual pide la cosa. Por tanto, a pesar de que el vendedor se encuentra obligado a entregar la cosa inmediatamente después de la venta, ya que no se estableció término alguno para su entrega, no deberá dicho vendedor los daños y perjuicios por no haber entregado la cosa inmediatamente, porque en realidad el vendedor sólo debería la indemnización de daños y perjuicios si hubiera incurrido en culpa y ésta sólo habría de producirse para él con el requerimiento o interpelación que le hiciera el comprador instándolo para que le entregara la cosa que le había comprado. La culpa del vendedor entonces por no entregar la cosa supone que ha sido ya interpelado, no obstante que el vendedor ha incumplido la obligación señalada en el art. 1400 del cód. civ., que le ordena entregar la cosa inmediatamente después de concluída la venta. Y si el vendedor ha incurrido en culpa debe al comprador, conforme a lo estatuido en el art. 1402 del cód. civ., no sólo la indemnización por los daños y perjuicios, sino los frutos de la cosa, computados desde que debió ser entregada. Agrega este dispositivo que si el vendedor no es culpable de la demora en entregar la cosa no debe al comprador los daños y perjuicios y sólo le deberá frutos en el caso de que los hubiera percibido, lo cual está revelando que en el supuesto de culpa el comprador debe frutos aún cuando no los hubiere percibido. A este respecto, debe también tenerse en cuenta lo prevenido por el art. 1406 del cód. civ., que declara que el comprador no tendrá derecho a la indemnización por los perjuicios si al tiempo de la venta conocía el obstáculo

de que ha provenido la demora de entrega (48 quater). Además, si el vendedor hubiere percibido frutos desde que vendió hasta que entrega la cosa, deberá entregarlos al comprador, lo hubiere o no interpelado éste, o habiéndolo interpelado el vendedor demuestre que demoró la entrega sin culpa alguna de su parte.

La mora es una de las formas de la culpa. Por lo mismo, se explica la doctrina del 2º párrafo del art. 1256, o sea que le está permitido al deudor probar que la mora no se debe a culpa de su parte y, por tanto, no se le puede responsabilizar por la demora. Sin embargo, más propio hubiera sido que la norma expresara que el deudor incurrió en retardo, no en mora, sin culpa alguna de su parte. Puede, asimismo, probar que el daño habría ocurrido aún cuando la obligación hubiere sido ejecutada oportunamente y tampoco puede responsabilizársele por la demora.

Considera BEVILAQUA (49) que estas son dos atenuaciones al rigor del principio de que la mora responsabiliza al deudor, que han sido introducidas por la equidad. La primera estatuye que sólo la mora culposa hace responsable al deudor por la imposibilidad de la prestación; y la segunda no permite que el acreedor exija indemnización por daños provenientes del caso fortuito y que son extraños a la mora.

La interpelación o requerimiento debe referirse a la prestación que el deudor ha dejado de cumplir; si se refiere a otra prestación deberá reputarse ineficaz para constituir en mora al deudor.

La culpa es entonces elemento esencial e indispensable de la noción de mora. Ella no viene a ser sino un retardo imputable al deudor. Existiendo caso fortuito o fuerza mayor no habrá mora, en el sentido jurídico. Y no habiendo mora, no podrán exigirse daños y perjuicios. Estos se deben sólo si existe mora; no, simplemente, retardo.

(48 quater) Si el comprador se encuentra debiendo parte del precio o todo él, está obligado al pago de intereses, no desde la fecha en que legalmente se encontraba obligado a abonarlo, sino desde la fecha en que se le demanda, resuelve el fallo de 2 de junio de 1900, inserto en CALLE. "Vistas Fiscales", II, p. 31.

Como la compra-venta es un contrato bilateral, se requiere que el vendedor para tener derecho a exigir el precio deba haber cumplido con las obligaciones que le respectan, sobre todo la de entregar la cosa materia de la venta, conforme a los arts. 1342 y 1255 del Cód. Civ.

(49) IV, p. 114.

172.— *Requisitos de la mora.* —Son los siguientes:

- a) Que exista retardo de parte del deudor.
- b) Que el retardo sea culpable, o doloso.
- c) Que el acreedor haya cumplido con la interpelación.
- d) Que el acreedor haya cumplido su obligación o se allane a cumplirla en el lugar y tiempo convenidos (véase art. 1255 cód. civ.).

Por lo que hace al primer requisito, sabemos lo que es retardo.

173.— *Retardo culpable.*— Se requiere que el retardo sea culpable, desde que el deudor no queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios si en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en retardo por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1319 cód. civ.).

Insistimos en que la mora envuelve una idea de culpa; se considera que el deudor se retrasa por una causa que le es imputable. La culpa del deudor que no cumple su obligación, se presume por el derecho. Por lo mismo, el acreedor no necesita probar la existencia de la culpa; es el deudor quien tendrá que acreditar que incurrió en mora sin culpa de su parte. Así lo dice el 2º párrafo del art. 1256 cód. civ. Al acreedor sólo le incumbe probar la existencia de la obligación y que ella es exigible.

La culpa hace responsable al deudor; si no hay culpa no habrá mora del deudor. El cód. civ. alemán declara:

Art. 285.— “Si la prestación no tuviese efecto por una circunstancia de que no sea responsable el deudor, no incurrirá éste en mora por no haberla prestado”.

El deudor moroso responde aún del caso fortuito si éste 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 (art. 1256, 2º apartado, cód. civ.).

De las ideas expuestas se extrae la regla de que no es preciso probar la culpa del deudor; basta que hubiere incurrido en mora para que se le presuma culpable. Corresponde entonces a dicho deudor probar su inculpabilidad, que incurrió en mora sin culpa que le sea atribuible.

En otro orden de ideas, no se encontrará en mora el deudor que hubiere sido judicialmente notificado para retener el pago

(art. 1242 cód. civ.), porque la orden de la autoridad constituye fuerza mayor.

Resulta así que si la mora es debida a caso fortuito o fuerza mayor no da lugar a indemnización de daños y perjuicios alguna. Quizás sería mejor decir que no hay más mora que la culposa o dolosa.

174.— *La interpelación en la mora.*— La mora requiere una condición formal; esta es la *interpellatio*. Se exige que el deudor sea interpelado, es decir, compelido al cumplimiento de la prestación y sólo después de esta exigencia se considerará que el deudor está incurso en mora. Hay que pedirle que pague.

Para constituir en mora se requiere la interpelación, porque como exponen PLANIOL-RIPERT y Esmein (50), hasta el momento que el deudor no ha recibido reclamación alguna de su acreedor, puede haber creído que éste no necesitaba el cumplimiento inmediato, aún cuando se hubiese pactado un plazo para dicho cumplimiento; que el silencio del acreedor importa la prórroga tácita del plazo. Se presume que mientras no interpela, el acreedor está autorizando tácitamente al deudor a que postergue el cumplimiento de su obligación y que, en realidad, no le causa perjuicio alguno la demora.

Entre los requisitos de la interpelación, intimación o requerimiento, GIORGI (51) anota que deberá ser precisa en el objeto y no prematura. Que sólo se cobrará lo que se debe y no más, ni tampoco antes del tiempo fijado. Sin embargo, no obstante que la interpelación tenga por objeto una suma excesiva, valdrá por la suma menor que efectivamente se debe; el deudor será constituido en mora por lo que realmente debe.

Ni la remisión del estado de su cuenta al deudor, ni la liquidación que se le haga, constituye en mora al deudor, ya que ninguna de ambas formas puede tomarse como intimación de pago. El requerimiento deberá ser concluyente.

¿Cuáles son los medios para la interpelación en el campo civil? La correspondencia epistolar, telegráfica o telefónica, siempre que se compruebe su recepción por el deudor.

Si la interpelación puede ser extrajudicial, significa que el deudor quedará incurso en mora aunque no hubiere sido demandado en juicio.

(50) VII, Nº 826, p. 136. V, también BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, I, Nos. 426 y 468, p. 465 y 495; y LAURENT, XVI, Nº 233, p. 297.

(51) II, Nº 51, p. 92 s.

En el área del derecho comercial, los telegramas no son instrumentos eficaces para la interpelación, ya que el segundo párrafo del art. 51 del cód. de com. les concede efectos en el supuesto de que los contratantes hubieren admitido este medio previamente y por contrato escrito.

Siendo judicial la interpelación y habiéndose producido la nulidad de la notificación que hubo de constituir en mora al deudor en razón de no haberse observado las formalidades de la ley, es aplicable el precepto del art. 161 del cód. de proc. civ., sobre todo si esa demanda interrumpe una prescripción extintiva que estaba para concluir; y, en todo caso, habiéndose invalidado con respecto al procedimiento valdrá como interpelación extra-judicial. Debe admitirse que si el deudor se instruyó de la notificación judicial, aunque después se declare la nulidad de ésta, surtirá efectos y constituirá en mora al obligado (51 bis).

En Argentina, su jurisprudencia considera que basta la interposición de la demanda y no la citación para hacer incurrir en mora al deudor y para que éste deba los intereses (51 ter).

Se dice que otro de los medios por los cuales se constituye en mora al obligado, es el protesto, de que se ocupa el cód. de com. en sus arts. 489 a 497 inclusive; y que es privativo de las letras de cambio, cheques, vales y pagarés, los títulos al portador o nominativos (bonos) y sus cupones, los conocimientos y las cartas de porte, siendo de observar el art. 592 del cód. de proc. civ. a fin de que el protesto preste mérito ejecutivo.

En buenos principios, el protesto no sirve para constituir en mora al obligado en determinados instrumentos mercantiles, porque en todas las obligaciones de este género que tienen plazo señalado para su vencimiento la mora se produce automáticamente, sin necesidad de interpelación alguna, desde el día siguiente del vencimiento, con arreglo al inc. 1º del art. 63 del cód. de com. Por ejemplo, las letras de cambio tienen día señalado para su vencimiento, por lo que los obligados cambiarios no se encuentran incursos en mora desde el protesto, sino desde el día siguiente del vencimiento. El protesto puede diligenciarse dentro de los 8 días siguientes al vencimiento.

Puede ocurrir, sin embargo, que por defectos del protesto, o por haberse vencido el plazo para promover la ejecución des-

(51 bis) La demanda ejecutiva exigiendo el pago constituye interpelación si antes no la hubo extrajudicial.

(51 ter) Véase "La Ley", 76, p. 216 ss.

pués del reconocimiento, o por haber transcurrido el término trienal que el cód. de com. señala para la prescripción de las letras de cambio, el girador inicie el cobro de la obligación, no del documento mercantil, en la vía ordinaria, y pruebe la existencia de la obligación y su no pago por el demandado. En esta hipótesis, como el documento de cambio se extinguió por prescripción o, en otros casos, no ha sido puesto a cobro, la sentencia firme que se dicte en el juicio ordinario no tendrá en cuenta que la mora se inició el día siguiente a la fecha del vencimiento, sino desde el día de la notificación con la demanda ordinaria, porque no es la letra de cambio la que se cobra, sino la obligación que la misma contiene y que deriva de una relación de negocios entre girador y aceptante. No son aplicables entonces las reglas del derecho comercial, sobre todo en lo que a la mora se refiere, sino las del derecho común.

Por consiguiente, en lo que se refiere a las obligaciones mercantiles que tienen, como la letra de cambio, plazo señalado para su vencimiento, la mora no se produce con la interpelación, sino con la llegada del término. El protesto en las letras, no sirve para hacer incurrir en mora al deudor cambiario, sino para que sirva de constancia que se le ha exigido el pago al obligado cambiario.

En el campo mercantil la interpelación tiene sus peculiaridades. Así, el art. 63 inc. 2º del cód. de com. no admite cualquier interpelación extrajudicial, sino la que se haga por intermedio de notario y también por medio de agentes mediadores de comercio, desde que éstos tienen el carácter de notarios (art. 93 cód. de com.). Hemos esclarecido que en las obligaciones cambiarias la interpelación no es necesaria y que el protesto sirve para comprobar el no pago y que si bien puede ser suplido por el reconocimiento en diligencia preparatoria de la letra de cambio en su contenido y firma, este acto no tendrá tampoco los efectos de la interpelación, o sea que no constituirá en mora al obligado cambiario (art. 593 cód. de proc. civ.), que no puede ser otro que el aceptante, por cuanto los otros obligados, que lo son en vía de regreso, endosantes y girador inclusive, han quedado definitivamente liberados, desde que para estos obligados regresivos no se hizo en tiempo el protesto. Sin embargo, contra el girador todavía vive una responsabilidad extra-cambiaria, que es la de enriquecimiento ilícito. Por lo mismo, el reconocimiento no revive la acción de regreso; sólo hace readquirir el mérito

to ejecutivo al instrumento de crédito contra el principal obligado cambiario: el aceptante y su avalista. Ese reconocimiento tampoco constituye en mora al obligado cambiario, porque ya se encuentra en mora desde el vencimiento. Se afirma, empero, que como el reconocimiento que se encuentra en la diligencia preparatoria no es interpelación, los intereses moratorios se devenguen desde la citación con la demanda en el juicio ejecutivo de cobro de la letra de cambio reconocida. Sin embargo, en nuestro derecho mercantil la interpelación no es necesaria, como hemos visto, para producir la mora del deudor en las obligaciones que tienen término señalado para su vencimiento. Atendida esta circunstancia, la letra de cambio debe causar intereses legales desde el día siguiente de su vencimiento, ya sea que se proteste o que se reconozca. La cambial no representa una obligación sin plazo para su vencimiento, en cuyo caso le sería aplicable la doctrina del art. 62 del cód. de com., que habrá de analizarse posteriormente.

Para proceder ejecutivamente contra el avalista del aceptante es necesario levantar también contra él el protesto, o en otro caso, que el reconocimiento en diligencia preparatoria se entienda con dicho avalista.

En general, el reconocimiento de documentos en diligencia preparatoria no importa interpelación, porque no consta la voluntad expresa e inequívoca del acreedor dirigida a que su deudor realice el pago, pero la mora ya existe si se trata de instrumentos comerciales con plazo determinado para su exequibilidad.

Otras sutilezas con respecto a este asunto pueden decirse. Por ejemplo, un protesto que adoleciere de defectos y por tanto no prestare mérito ejecutivo podría servir para comprobar el no pago. Asimismo, una demanda que fuere nula por cualquier defecto procesal, podría servir para constituir en mora al obligado por ser una forma de interpelación, porque si bien carece de virtualidad procesal, tiene los elementos para producir la mora del deudor; así, si se hubiere presentado por ante juez incompetente pero constare que el demandado se instruyó de ella (esta es la misma doctrina que consagra el art. 161 del cód. de proc. civ.). También debe saberse que es posible una interpelación a plazo, en que expirando el término que se hubiere fijado comenzará la mora de pleno derecho; o una interpelación condicional, en que la mora comenzará cuando la condición se realice y la parte a quien va dirigida conozca su realización. Pero ello só-

lo será aplicable en los casos de cobro de obligaciones que no sean comerciales, con término fijo de vencimiento.

El protesto de un documento de cambio, aunque se declare su nulidad, podría servir para constituir en mora al deudor, si no existiera la regla del cód. de com. por la que la simple llegada del término hace incurrir en mora a éste.

Hemos ya esclarecido que la interpelación no es necesaria para constituir en mora al deudor en la esfera del derecho mercantil. Así, si la obligación tiene día fijado para su cumplimiento la mora no exige de requerimiento alguno, sino que se produce desde el día siguiente de su vencimiento, con arreglo al inc. 1º del art. 63 del cód. de com. O sea, que el derecho comercial observa con respecto de la mora una doctrina distinta a la del derecho común, por la cual el simple vencimiento del término constituye en mora al deudor, aunque este efecto en las obligaciones mercantiles, no es reconocido por nuestra jurisprudencia.

Hemos dicho que las obligaciones que no tienen plazo fijado pueden exigirse inmediatamente, conforme al precepto del art. 1252 cód. civ. Pues bien; en el derecho comercial esto es distinto, porque las obligaciones mercantiles que no tuvieren plazo prefijado por las partes o por las disposiciones del cód. de com., declara el art. 62 de ese cód., que serán exigibles a los 10 días después de contraídas si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución. Por tanto, si la obligación es comercial y sólo puede exigirse en juicio ordinario no admite interpelación del deudor inmediatamente sino después de 10 días. Vencido este plazo, recién el deudor se encuentra obligado a pagar. En las obligaciones mercantiles que no tienen término para el vencimiento se requiere la interpelación para constituir en mora al deudor.

El incumplimiento de las obligaciones accesorias no determina que el acreedor pueda exigir la prestación principal, a no ser que así se hubiere estipulado. Por ejemplo, si no se convino contractualmente que la falta de pago de los intereses en los plazos fijados daría lugar a que el acreedor pudiera exigir el monto del capital mutuado, sin tener que esperar el vencimiento del término señalado para su devolución, es incuestionable que el acreedor no podrá hacerlo. Por lo mismo, siempre los prestantes incluyen cláusulas que permiten exigir el capital si el deudor incumpliera su obligación de satisfacer los intereses en las épocas en que su abono proceda. Constituye una excepción a esta doc-

trina el préstamo asegurado con hipoteca de naves, por el que aún cuando en el contrato nada se hubiere establecido, la ley N° 2411, de 30 de diciembre de 1916, en sus arts. 39 inc. 2° y 41, dispone que el acreedor puede ejercitar su derecho a cobrar todo el crédito al vencimiento del plazo estipulado para el pago de los intereses sin que éstos hubieren sido satisfechos.

Existen sistemas legislativos en los que las obligaciones a plazo o día cierto una vez que llega su vencimiento constituyen en mora al deudor, sin que sea necesario requerimiento o interpelación alguna: *dies interpellat, citra ultam admonitionem*. Uno de ellos es el brasileiro. Se produce así una situación de mora *ex re*.

En el cód. civ. del Brasil figura un precepto con respecto a la constitución en mora, por el que la doctrina sobre este instituto resulta distinta de la que informa nuestro derecho. Expresa el art. 960 de ese cód. "El incumplimiento de la obligación, positiva y líquida, a su término, constituye, de pleno derecho, en mora al deudor".

"No habiendo plazo designado comienza ella desde la interpelación, notificación o protesto".

Anota BEVILAQUA (52), al comentar este precepto, que la estipulación de un plazo para el vencimiento de la obligación, dispensa al acreedor de cualesquier acto para constituir en mora al deudor. Es, dice, lo que se denomina mora *ex re*, por aplicación de la regla *dies interpellat pro homine*. Y que si no hay convenio sobre el plazo para el vencimiento, la mora comienza con la interpelación, notificación o protesto y que ésta es la llamada mora *ex persona*.

No es la que dejamos expuesta, la teoría que sigue nuestro cód. civ. sobre la mora. La interpelación es siempre necesaria aún cuando se hubiere pactado plazo de vencimiento, salvo dos excepciones que seguidamente habrán de analizarse. Se afirma que la fórmula brasileira es más perfecta que la nuestra y como dice BEVILAQUA (52 bis), citando a GIRARD, es racional y es a

(52) IV, p. 118 s.

(52 bis) IV, p. 119. Casi todas las legislaciones modernas consagran el principio del cód. civ. brasileiro. Está en el art. 284, 2° párr. del cód. civ. alemán y en el art. 102, 2° párr. del cód. federal suizo de las obligaciones.

El cód. civ. alemán en el 2° párr. de su art. 284 contiene la regla del *dies interpellat pro homine*:

"Si para la prestación se hubiera fijado una época con arreglo al calendario, incurrirá en mora el obligado, sin necesidad de instancia por parte del acreedor. Lo mismo sucederá cuando la prestación deba ir precedida de aviso, y que el tiempo para la prestación

causa de esta cualidad que debe su fortuna. Evidentemente, la aceptación de un plazo por el deudor supone que en el día siguiente del vencimiento del término debe cumplir con la obligación, por lo que no es necesario que el acreedor le advierta que es llegado el momento de desobligarse. En realidad, si las obligaciones puras requieren de interpelación para su exigibilidad y si las obligaciones a plazo se transforman en puras cuando dicho plazo termina, es razonable que también estas últimas requieran de interpelación.

Existen tres clases de mora que son a) interpelatoria, que exige el requerimiento; b) convencional, que es la que tiene su origen en el contrato; y c) legal, que deriva de la ley (52 ter).

Teniendo en cuenta el origen y la causa de que deriva la mora se divide en *mora ex contractu* y *mora ex lege*.

se haya fijado de tal modo que a partir del aviso, deba contarse con arreglo al calendario"

En cambio, sigue nuestra doctrina legislativa el proyecto del cód. franco-italiano de las obligaciones. Declara su art. 95:

"Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation, soit par une réclamation écrite du créancier, soit par l'effet de la convention lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure".

Y con respecto a las obligaciones de dinero, el mismo proyecto franco-italiano, expresa en el 2º párr. del art. 102:

"Ces intérêts ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. Ils sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte".

El cód. civ. venezolano de 1942 no sigue, en esta materia, a su modelo. Dispone su art. 1269:

"Si la obligación es de dar o de hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención.

"Si el plazo vence después de la muerte del deudor, el heredero no quedará constituido en mora, sino por un requerimiento u otro acto equivalente; y, únicamente 8 días después del requerimiento.

Si no se establece ningún plazo en la convención, el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente".

Y en el recentísimo cód. civ. italiano dice su art. 1219:

"Costituzione in mora.— Il debitore é costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto.

"Non é necessaria la costituzione in mora:

"1) quando il debito deriva da fatto illecito;

"2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione;

"3) quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore. Se il termine scade dopo la morte del debitore, gli eredi non sono costituiti in mora che mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto, e decorsi otto giorni dall'intimazione o dalla richiesta".

En las Partidas (Partida V, ley 3, tit. XIV), no había necesidad de interpelación para la mora. Allí se lee: "... E porende dezimos que cada uno es tenuto de dar, o de fazer, lo quel prometió, al plazo quel fue puesto para ello. E non se puede escusar que lo non faga, maguer el otro non gelo demande".

(52 ter) DEMOLOMBE, XXIV, Nº 517, p. 523; LAROMBIERE, I, art. 1139, Nº 4, p. 498.

La exposición de motivos advierte (52 quater) que la interpelación se requiere para las obligaciones que tienen plazo incierto como para aquellas en que se ha señalado el día de su cumplimiento. Agrega que la falta de requerimiento por el acreedor hace suponer que la demora no le irroga daño apreciable, por lo que deberá preferirse la solución más benévola.

El texto del art. 1254 cód. civ., en su primer párrafo, es el siguiente:

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

No es necesaria la *interpellatio* al deudor para la procedencia del juicio ejecutivo. No es cierta la doctrina de que el proceso ejecutivo no puede prosperar, si no se ha constituido al deudor en mora por alguno de los medios que señala el cód. civ. La mora no importa un requisito previo para el ejercicio de los derechos que emanan de un título que presta mérito ejecutivo.

El título hábil para ejecutar ostenta una presunción de certeza por lo que se va a la vía ejecutiva y sin que se requiera previamente un proceso de conocimiento en que se ventile la existencia de la obligación. Ello puede hacerse mediante el procedimiento contradictorio en la vía ordinaria, que franquea nuestra ley procesal. El título que sirve para ejecutar está taxativamente enumerado en dicha ley de procedimientos y acredita *prima facie* la existencia, exigibilidad y liquidez de la obligación puesta a cobro. Entre los requisitos procesales, no se encuentra señalado para el título ejecutivo la previa constitución en mora. La *interpellatio* está excluida. Para despachar el auto de pago, el juez no necesita saber si el ejecutado ha sido requerido o intimado. Existen países como la Argentina que si exigen para la ejecución el previo requerimiento, pero su jurisprudencia ha sostenido que “la falta de intimación no puede fundar la nulidad del procedimiento ejecutivo, si el deudor no consignó el importe de la ejecución”; y que “la omisión de la intimación de pago no es motivo bastante para viciar el procedimiento, si la presentación de los ejecutados no es acompañada de la consignación en pago, mediante el cual habrían paralizado la ejecución (52 quinquies).

(52 quater) V. APARICIO y G. S., Oód. Civ., III, p. 419.

(52 quinquies) Véase “Jurisprudencia Argentina”, 1942, III, p. 340. s.

LÓPEZ FERNÁNDEZ Carlos (52 sexies) se ocupa de esta materia en el derecho uruguayo, en que su cód. de procedimientos no exige la previa constitución en mora y combate la afirmación de que el título ejecutivo no contiene ninguna obligación exigible, porque el deudor no ha sido puesto en mora. Hace notar que la constitución en mora no es necesaria para que la obligación sea exigible; pero si lo contrario, que es indispensable que la obligación sea exigible para que se pueda provocar la mora. Comenta una sent. en la que se rechazó la ejecución por no haberse provocado la mora. Se trataba del caso en que la exigibilidad de todo el crédito estaba condicionada a la falta de pago de la primera cuota. El tribunal entendió que para exigirse la totalidad de la deuda debía haberse constituido previamente en mora al deudor, porque inicialmente no era exigible dicha totalidad.

175.— *Clases de interpelación.*— Veamos primeramente la llamada “interpelación contractual expresa”, o sea un caso de mora *ex contractu*, en la que no se cumple la obligación en el término pactado. Esta variante de la mora, que nace del contrato, es la que resulta de una cláusula que disponga, más o menos, lo que sigue: “El deudor quedará constituido en mora por el solo vencimiento del término señalado para cumplir con su prestación” (53). Aquí, la interpelación o requerimiento huelga. V.g., en el contrato de compra-venta se estipula que el comprador pagará el precio dentro de 60 días computados a partir de la perfección del contrato por escritura pública y de no hacerlo quedará automáticamente constituido en mora. Es incuestionable que si cumplido el término de 60 días el comprador no pagara el precio, deberá reputársele como deudor moroso, no obstante no habérsele interpelado, siempre que el vendedor hubiere cumplido con la obligación que le respecta, a no ser que ésta hubiere sido diferida para cumplirse dentro de un mayor plazo (arts. 1255 y 1408 cód. civ.).

Con respecto a esta mora contractual expresa, debe advertirse que con arreglo al art. 1250 del cód. civ., el pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor, a no ser que se hubiere es-

(52 sexies) “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, Año LV, Nos. 3-4, marzo-abril de 1957, p. 65 ss., nota “La mora en el juicio ejecutivo”.

(53) La sent. de 19 de Abril de 1935, en “R. de los T.”, 1935, p. 28, establece que no hay necesidad de interpelación para que la mora exista, cuando así se convino en el contrato.

tablecido que la obligación sería pagada en el domicilio del acreedor, o que ello resultare de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley. Pues bien; habiéndose establecido que la mora se producirá de pleno derecho, o sea que sus efectos habrán de aparecer sin necesidad de interpelación, si el acreedor no se presenta a cobrar, procede la consignación de la prestación debida. Si no lo hace es obvio que se le reputará incurso en mora, sin que sea necesario que el acreedor pruebe que él concurrió al domicilio del deudor y que no pudo obtener el pago.

En el cód. civ. anterior, la mora exigía interpelación; pero también se proveía que no había necesidad de pedir el cumplimiento si así se hubiere pactado. Sin embargo, el precepto de la legislación abrogada sólo se refería a las obligaciones de dar cosas. En efecto, el art. 1264 disponía:

“Incorre 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”.

El convenio por el que la interpelación no es necesaria para producir la mora del deudor, requiere que tal excepción se haya pactado claramente y no que se trate de inducirla de algunas frases vagas del contrato.

Conviene hacer mención de lo que acontece con el contrato de arrendamiento. El conductor o inquilino viene obligado a pagar la renta en los plazos convenidos, sin necesidad de requerimiento alguno. De no hacerlo quedará constituido en mora y esa situación hace posible la acción de desahucio (que es en buena cuenta una acción rescisoria de la locación-conducción), que no se corta o extingue por la posterior consignación de los arrendamientos debidos, a no ser que el juicio fuera sobre predios destinados a la morada, a la habitación; pero no si están locados para el ejercicio de la profesión, el comercio o a la industria, de conformidad con la legislación sobre inquilinato actualmente en vigencia. La mora del arrendatario se produce con la notificación de la demanda de desahucio por falta de pago de la renta. Esta es la doctrina verdadera. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó algunas veces que debía preceder un requerimiento previo judicial o extra-judicial (53 bis). Un dictamen fiscal importante es el que

(53 bis) En la sent. de 7 de setiembre de 1927, inserta en “A. J.”, 1927, p. 212, se sienta la doctrina de que para ejercitar el desahucio por mora del conductor, es necesario que los requerimientos para el pago de la merced conductiva hayan sido hechos a dicho conductor

precede a la sent. de 1º de abril de 1935 (53 ter). En alguna época los arrendatarios de predios rústicos gozaron de los beneficios que ahora gozan los inquilinos. En efecto, la ley Nº 7721, de 29 de marzo de 1933, ordenó, en su artículo único, que en cualquier estado de los juicios de desahucio sobre fundos rústicos, por falta de pago de la merced conductiva, si el demandado abona el total de la suma adeudada, quedaría terminado el juicio. Disponía esta ley que el plazo de su vigencia sería de un año, que se computaría a partir de la fecha de su promulgación.

y no a un tercero, lo cual está revelando que el Tribunal exigía una interpelación previa del dueño de la cosa locada.

Otra sent. de 30 de abril de 1907, en "A. J.", 1907, p. 535, cuya doctrina ha sido confirmada por la sent. de 1º de abril de 1935, en "R. de los T.", 1935, p. 28, decide que la locación se rescinde por falta de pago de la merced conductiva, sin necesidad de que el conductor sea constituido en mora, si así se estableció en el pacto.

Parece ser entonces que lo más prudente es pactar en el contrato de locación que si el conductor no abonara la merced en los plazos fijados quedará constituido en mora de pleno derecho. Con una cláusula de esta naturaleza el locador se pone a cubierto de cualesquiera interpretación que tienda a desvirtuar el principio de que la citación con la demanda de desahucio hace incurrir en mora a su arrendatario.

Los tribunales argentinos tienen también una jurisprudencia vacilante sobre la mora en el pago de los arrendamientos. Véase la nota a un fallo aparecido en "La Ley", 59, p. 831 ss., en que se citan las sentencias contradictorias que se han dictado; unas en el sentido de que el arrendatario no incurre en mora si no media interpelación previa y otras por la que la mora se produce por el solo vencimiento de los términos convenidos, sin necesidad de interpelación alguna. Empero, está fuera de duda que la mora del arrendatario se produce con la citación de la demanda de desahucio entre nosotros; y que el arrendatario moroso experimenta la rescisión del contrato de locación, porque así lo declara la ley. Asimismo, la mora en los arrendamientos no es susceptible de ser purgada a no ser que se trate de contratos de locación de casas-habitación, porque así lo dispone la legislación de emergencia, o sea que con el pago de los alquileres adeudados, más una cantidad prudencial por costas personales y procesales, se cortará el desahucio de estos predios, aun cuando el juicio se encuentre en estado de ejecución de sentencia, o sea dentro de la diligencia de lanzamiento (ley Nº 8765). El locador ni siquiera tiene derecho a cobrar intereses legales por los alquileres debidos, ya que se ha establecido que las rentas no producen nuevas rentas.

En España una ley de 15 de marzo de 1935, manda pagar intereses por los arrendamientos adeudados y admite que se paralice la acción si el pago de la renta debida más los intereses y costas se hace dentro de los ocho días siguientes al de la citación a juicio de desahucio.

Siempre desde antiguo la falta de pago de la renta ha sido de tanta importancia que ha justificado ampliamente el desahucio. Así, en España, en la Partida 5ª, tit. 8, ley 5, se faculta al señor del predio locado para echar de él al que lo tiene alquilado "sin calaña e sin pena", "si non le pagare el loguero".

En verdad, la falta de pago de los arrendamientos sitúa al arrendatario en una actitud moral francamente desfavorable, porque así se transforma en un detentador de la propiedad ajena. Por eso es que se ha establecido desde antiguo un juicio privilegiado y sumarísimo, que proteja al locador de estas anomalías. Dicho juicio no permite que se ventilen dentro de él otras cuestiones que las relativas al derecho del demandante para pedir la desocupación y al derecho del demandado por permanecer en el uso del predio. Por

Se dice que para que el arrendatario estuviera en mora debería ser previamente interpelado, pero la doctrina extranjera no lo ha estimado así. Sin embargo, el juicio de desahucio sólo puede promoverse por períodos vencidos de arrendamientos, aún cuando hubiere pacto de pago adelantado y siempre que se hubieran cumplido por lo menos dos meses y medio sin pagarse la renta o merced (art. 1530 cód. civ.). Cualquier pacto destinado a hacer posible el desahucio por falta de pago de los arriendos por un plazo menor que el legal, carece de validez. Además, el pago de la merced conductiva, salvo cláusula del contrato en contrario, deberá hacerse en el domicilio del arrendatario, que es el deudor de la renta; por lo mismo, es necesario que el locador, que es el acreedor, compruebe que concurrió a dicho domicilio y el pago le fue negado.

lo mismo, en los juicios de desahucio no pueden controvertirse cuestiones de propiedad o de posesión, debiendo estarse al status posesorio en que las partes se encuentran al iniciarse el desahucio.

Conviene recordar que la legislación de Partidas rigió en el Perú hasta 1852, año de promulgación del Cód. Civ. ahora por felicidad derogado.

Respecto al derecho brasileiro, en ensayo de Luis Antonio de ANDRADE, aparecido en Revista Forense, vol. CII, año XLII, 1945, p. 423 ss., titulado "Purgacao da mora", hace saber que los tribunales de su país en unos casos permiten que el desahucio por falta de pago de los alquileres o mercedes se corte y en otros no. ANDRADE se inclina a considerar que el arrendatario puede conservar el uso del fundo locado si paga la renta adeudada. Hace previamente un estudio de lo que significa purgar la mora, que importa cancelar, limpiar, enmendar, corregir los efectos producidos por la mora.

Nuestro cód. civ. no tiene, como el del Brasil en su art. 959, ninguna disposición destinada a purgar la mora.

Advierte el autor brasileiro que si la prestación no se ha tornado inútil para el acreedor por la mora, al igual de lo que dispone nuestro cód., dicho acreedor no podrá rechazarla si el deudor está pronto también a satisfacer las pérdidas y los daños que la mora hubiere ocasionado. Hace notar que el cód. de su patria, al igual que el nuestro, en el art. 1257, permite que la mora sea purgada cuando al contrario, la obligación a pesar de la mora del deudor todavía tiene utilidad para el acreedor. Esto no es completamente exacto, desde que en el Perú el acreedor puede según lo quiera, o sea a su arbitrio, o pedir el cumplimiento de la obligación demorada, más los daños y perjuicios moratorios, o la indemnización de los daños y perjuicios compensatorios por la inejecución. Tanto en el derecho brasileiro como en el peruano, constituido el deudor en mora, no se le concede a éste ningún plazo o término de gracia para satisfacer la obligación. Así ocurre, en cambio en Suiza, Francia, Italia, Alemania y España. En esos países, con el dèlai de grâce el deudor tiene la posibilidad de cumplir la obligación atrasada, aún después de que el acreedor hubiere demandado con citación la rescisión del contrato. Véase cód. civ. alemán: art. 326; cód. civ. francés: 3er. párr. del art. 1184; cód. civ. español: art. 1124; cód. suizo de las obligaciones: art. 107.

Considera ANDRADE que habiéndose pactado la condición resolutoria expresa los efectos de la mora no son susceptibles de ser purgados, enmendados y no podrá, por tanto, convaler el contrato.

Cree que es exacta la doctrina sentada por algunos fallos de sus tribunales que permite al inquilino purgar la mora aún después de haberse iniciado contra él la acción de desalojo.

En la p. 430 afirma, sin embargo, que la mora puede ser purgada, aún contra la voluntad del acreedor, a no ser que a) la obligación se hubiere tornado imposible o inútil;

En verdad, no es que sea necesaria la interpelación para constituir en mora al arrendatario en el contrato de locación-conducción, por el no pago de la merced conductiva o del alquiler. La citación con la demanda en el juicio de desahucio por dicha causal importa interpelación y constituye en mora al conductor o inquilino. Ahora bien; esa mora no es susceptible de ser purgada o borrada, sino en los contratos de locación de casas-habitación, en general, ya que la legislación permite que los inquilinos paguen los alquileres adeudados y una cantidad prudencial por concepto de costas y entonces el juez procederá a cortar dicho juicio de desahucio. Este beneficio no se extiende a los fundos rústicos, porque el desahucio por falta de pago de la merced una vez notificado al conductor no se paraliza por la posterior consignación de los arrendamientos adeudados. Dicho juicio de desahucio habrá de concluir necesariamente con el lanzamiento del arrendatario, salvo que el locador consienta en que una vez

b) si el contrato se rescindió de pleno derecho; o c) si el deudor fué interpelado judicialmente.

Esto mismo nos sirve para rebatirlo, porque la citación con la demanda de desalojo constituye interpelación judicial, razón por la cual ya el arrendatario no puede purgar la mora y evitar ser eyeccionado del predio.

Esclarece que tratándose de obligaciones de capital se puede purgar la mora pagando el importe de la obligación, más los intereses pactados o los intereses legales, al igual de lo que ocurre entre nosotros. Ello ocurre así porque en las obligaciones de dar sumas de dinero jamás existirá inejecución, sino tan sólo mora.

Muy ilustrativa es la disquisición del autor, pero desafortunadamente, a nuestro juicio inexacta.

Hay, sin embargo, quienes consideran que la demanda de desahucio no constituye un requerimiento o interpelación, sino que es una acción rescisoria que se tramita en vía sumaria. Pero como entre nosotros y de acuerdo con la ley procesal procede el juicio ejecutivo por cobro de arrendamientos, es obvio que la citación con la demanda ejecutiva constituye interpelación, que hace incurrir en mora al locatario, por lo que tanto la acción ejecutiva como la de desahucio se promueven al mismo tiempo.

Pedida en juicio la resolución de un contrato bilateral porque la parte no ha cumplido la obligación en la parte que le concierne, conforme al art. 1341 del cód. civ., no sería una buena defensa de la parte demandada alegar que no se le ha constituido previamente en mora, porque la notificación con la demanda de resolución importa interpelación suficiente que sitúa en mora a ésta.

Nuestro cód. civ. no denomina resolución del contrato, sino rescisión cuando regula la compra-venta. Así, si el comprador no paga el precio el vendedor puede exigir, según el cód., la rescisión en lugar de la resolución. Pues bien, este derecho de rescisión o resolución de la compra-venta, que es un contrato bilateral, no procede si el comprador le hubiere pagado al vendedor más de la mitad del precio, con arreglo al art. 1425 del cód. civ.

Constituye el desahucio por falta de pago de la renta el pedido que formula el locador por no haber cumplido el arrendatario con una de las obligaciones sustanciales que le respectan, pedido que tiene por objeto que se resuelva el contrato. Este pedido no puede paralizarse porque el arrendatario se pone al corriente en el abono de la renta convenida.

Ello no obstante, es evidente que corresponde al locador adoptar las precauciones necesarias, ya que en el futuro nuestro Tribunal Supremo puede exigir la interpelación del arrendatario. Por lo mismo, es conveniente insertar dentro del contrato de locación-conducción una cláusula que exprese que la falta de cumplimiento en el pago de la merced con-

satisfecha la deuda continúe en la posesión inmediata de la heredad o finca rústica. Se tiene entonces que la mora del conductor o inquilino se produce con la notificación con la demanda de desahucio a dicho conductor o inquilino; y los efectos de esa mora no se significan para el arrendatario en el pago de intereses legales que debería producir la suma debida por concepto de arrendamientos, sino en la pérdida del predio rústico que conduce. La jurisprudencia ha dejado establecido que los frutos no pueden producir nuevamente frutos y el dinero que se paga por merced constituye frutos civiles que produce la cosa arrendada. Es la locación un contrato sinalagmático y el conductor se encuentra legalmente obligado a pagar la renta en los plazos convenidos y a falta de convenio cada mes, según el art. 1517 inc. 2º del cód. civ. Pues bien, si con el desahucio se comprueba que el conductor no ha cumplido con esta obligación de pagar la merced en los plazos que la ley señala, el cód. civ. declara que el contrato se rescinde, o sea que termina (art. 1529 inc. 5º cód. civ.).

ductiva en los plazos fijados, producirá la resolución o rescisión del contrato de pleno derecho, sin que sea necesaria ninguna interpelación judicial o extrajudicial, además de pactar que la renta deberá ser pagada en el domicilio del acreedor, ya que la regla general en el silencio del contrato es que el pago se haga en el domicilio del deudor, como lo previene el art. 1250 del cód. civ..

Si el locatario purgara la mora debe entenderse que esa actitud sólo tiende a evitar que se produzcan los efectos futuros de la mora, pero no los que ya se hubieran verificado, los cuales constituyen para el locador derechos adquiridos. Por tanto, habiéndose comprobado la falta de pago de la renta el contrato quedó resuelto o rescindido por efecto de la "mora contractual" que recomendamos. Esa rescisión o resolución no podría ser enervada por el pago posterior, ya que la mora la produjo *ipso iure*.

Quizá a ANDRADE no le falta razón ya que la demanda de desahucio, por su contenido, no puede ser considerada como *interpellatio*. Esta es una advertencia que se hace al deudor de que debe cumplir la obligación; es un requerimiento que se le hace para que cumpla lo prometido; es el acto por el que se le hace saber al deudor que el acreedor tiene necesidad de la cosa que le es debida y que no consiente en dejarla más tiempo en manos de él (MOURLON, *Répétitions*, II, Nº 1142, p. 638); es la constatación jurídica de que el retardo causa perjuicio al acreedor (BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, Nº 892, p. 76, ed. 1895); es la declaración del acreedor de querer ser pagado al momento, o, al menos, dentro del término que él mismo designa en el acto de la intimación, cuando el vencimiento no haya sido fijado en la obligación (GIORGI, II, Nº 51, p. 92); es el acto por el cual después de vencido el término, se manifiesta al deudor la voluntad de que la obligación sea ejecutada (DEMOLOMBE, XXIV, I, Nº 524, p. 527). Nada de esto se observa en la demanda de desahucio, ya que ésta da por establecido el hecho de que el arrendatario debe y se pide que se le ordene dejar la cosa.

Hemos dicho, sin embargo, que la demanda ejecutiva de cobro de arrendamientos que se promueve conjuntamente con la de desahucio, entre nosotros, si constituye una auténtica *interpellatio*... Y la situación de mora se adquiere inmediatamente por el deudor, con la notificación de la demanda. Así lo hace notar LAROMBIERE, I, art. 1139, Nº 6, p. 499.

Bajo otro punto de vista el desahucio refleja no la mora del deudor, sino el incumplimiento del contrato por parte del arrendatario, lo que da lugar a exigir su resolución. Y que no se diga que para reclamar del incumplimiento es necesario constituir en mora al deudor. La interpelación es innecesaria para demandar la resolución o rescisión.

No existe entonces manera de paralizar el desahucio por falta de pago y de esta manera el juicio habrá de concluir con el lanzamiento de dicho conductor. De otro lado, una de las obligaciones del arrendatario es pagar la renta en los plazos convenidos (inc. 2º del art. 1517 del cód. civ.) y si no la pagare el contrato se rescinde (art. 1529 inc. 5º del cód. civ.) y esta rescisión no se declara en juicio ordinario, sino en juicio sumario de desahucio. Además, no se paga la renta por el conductor a pesar de que el locador cumplió con su obligación de entregarle la casa (art. 952 del cód. de proc. civ.).

Tampoco se purga la mora en el desahucio de predios urbanos alquilados para el ejercicio del comercio, industria u otras actividades.

El criterio de nuestro Tribunal Supremo en esta época es peligroso y erróneo. La sent. de 22 de junio de 1953 (53 quater), ha declarado fundado el desahucio por falta de pago de la merced de un fundo rústico, no obstante que aún no se había cumplido un plazo más 15 días, como lo declara el inc. 5º del art. 1529 del cód. civ. El contrato de locación-conducción había establecido en una de las cláusulas que la merced conductiva del predio rústico debería pagarse adelantada, o sea que transcurridos sólo quince días el locador promovió la acción de desahucio por falta de pago de la renta y consiguió éxito en el juicio ya que la Corte Suprema declaró fundada la demanda y ello le significó al arrendatario la pérdida del fundo.

No vacilamos en profundizar este problema de la mora del arrendatario, ya que el daño que éste puede sufrir al perder el fundo rústico puede ser enorme, sobre todo si pactada una locación por el término de 10 años, se vió obligado a restituir el predio en el segundo año por considerársele moroso en la acción de desahucio, no obstante que hizo mejoras por un valor considerable en la seguridad que el contrato había de durar. Es obvio que no tiene derecho al valor de las mejoras porque el contrato caducó por su culpa; el art. 1546 del cód. civ. dispone que el locador no pagará estas mejoras ni aún en la hipótesis de haberse comprometido a abonarlas.

(53 quater) Véase "R. de J. P.", año 1954, Nº 120 p. 77 s., 1er. sem. Son varios los fallos que declaran que es infundada la demanda de desahucio antes del vencimiento de los dos plazos y 15 días que señala la ley. Así, sent. de 5 de octubre de 1925, en "A. J.", 1925, p. 91; sent. de 16 de agosto de 1926, en "La Prensa" de 20 de agosto de 1926, p. 10; sent. de 25 de mayo de 1927, en "A. J.", 1927, p. 86.

No sólo en los cuerpos de legislación que han incorporado la regla de que basta la llegada del término para constituir en mora al deudor, ello se produce si, además, no se ha pactado que el pago de la obligación se haga en el domicilio del acreedor. De lo contrario, no obstante dicha regla, si el pago normalmente debe hacerse, en el silencio del contrato, en el lugar del domicilio del deudor, vencido el plazo no se puede decir que el deudor se encuentra incurso en mora, ya que no se le puede imponer a éste la obligación de ir en busca del acreedor o al domicilio de éste, si el pago legalmente debe hacerlo en el propio domicilio. Así lo dispone el art. 1219 del cód. civ. italiano de 1942, que agrega que producida la muerte del deudor los herederos no estarán en mora sino mediante intimación. Reza dicho precepto:

"Costituzione in mora.— Il debitore é costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto.

"Non é necessaria la costituzione in mora:

"1) quando il debito deriva da fatto illecito;

"2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione;

"3) quando é scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore. Se il termine scade dopo la morte del debitore, gli eredi non sono costituiti in mora che mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto, e decorsi otto giorni dall'intimazione o dalla richiesta".

En derechos extranjeros, en que funciona el principio del tiempo interpela al hombre, o sea que el deudor está incurso en mora con el simple vencimiento del término, se controvierte si el inquilino está en mora tan luego vence el plazo (mes) pactado para el pago del alquiler. Se arguye que la deuda es *quérable* y no *portable* y aún cuando el *dies interpellat pro homine* supone que la deuda se vence independientemente de la interpección, ello no significa —se dice— que el deudor de alquileres —deuda *quérable*— vea invertida su situación y tenga que ir en busca del acreedor-locador, porque la deuda *quérable* sólo reclama del deudor que se encuentre pronto a pagar, sin que tenga obligación de ofrecer.

Con mayor razón, esto puede afirmarse en el derecho peruano, sobre todo cuando se trata del pago de la merced de predios rústicos locados, en que la posterior consignación de la ren-

ta debida no detiene el juicio de desahucio. Podría sostenerse que el desahucio no estaría expedito porque no existe prueba de que el arrendatario hubiere sido interpelado.

No obstante estar vencida la obligación en los casos en que la ley contiene la regla *dies interpellat pro homine*, el deudor no estará en mora porque no tiene la obligación de moverse e ir al domicilio del acreedor. Así lo estiman POLACCO (53 quater-a) y SCUTO (53 quinquies).

Debe observarse que la regla es la de que el pago debe ser hecho en el domicilio del deudor (art. 1250 cód. civ.). Por esto el deudor no tiene la obligación de desplazarse y no caerá en mora sólo porque se haya vencido el plazo. Así lo hace notar VENZI (53 sexies).

Es claro que el pacto puede alterar la regla; es por ello que sería aconsejable que en los contratos de arrendamiento se insertaran cláusulas estableciendo que el arrendatario incurrirá en mora sin necesidad de ser requerido y sólo por el simple vencimiento de los términos señalados contractualmente para el pago de la renta; y que el lugar de pago es el del domicilio del locador. Con estipulaciones como éstas no sería necesario interpelar al conductor para constituirlo en mora y expeditar el desahucio.

De todo esto se extrae la consecuencia de que si el pago se hace en el domicilio del deudor, la mora de éste sólo se produce por la interpelación del acreedor en dicho domicilio, con mayor razón si la falta de pago se hace depender del vencimiento de un plazo. No es culpable quien está obligado a pagar en su propio domicilio y no lo podrá hacer si el acreedor no se presenta en dicho domicilio y no le da recibo.

Hay todavía quienes admiten que la citación judicial con el juicio de desahucio, por ejemplo, no es la interpelación o intimación necesaria para la constitución en mora, sino que la citación judicial es el medio de conseguir en juicio la ejecución de la obligación. Quizá la mora no nacería con el juicio ejecutivo de cobro de arriendo, pero si, en nuestro concepto, con la citación de la demanda de desahucio. Sin embargo, el desahucio —el

(53 quater-a) *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, p. 522, 2ª ed.

(53 quinquies) *La mora del creditore*, p. 31. Véase también RICCI. XIII, Nº 208, p. 316 s., que glosa una sentencia de la Suprema Corte de Turín.

(53 sexies) *Diritto civile italiano*, Nº 466.

escrito en que se pide— no constituye una interpelación. En él se reclama únicamente que el juez resuelva el arrendamiento.

Si el locador no cobra el arriendo, el conductor se cubre de la mora con la consignación. Así evita que el locador triunfe en el juicio de desahucio, que sólo se corta en las fincas urbanas destinadas a la habitación, por aplicación de la legislación de inquilinato (ley 8765), con una consignación tardía. La consignación de la merced conductiva, para que sea operante, debe hacerse antes de la citación con la demanda de desahucio. Nuestra jurisprudencia considera que es inválida la consignación, si se perfecciona después de la interposición de la demanda, o sea que no impide el desahucio una consignación hecha después de la presentación de la demanda de desahucio, aún cuando ésta no haya sido notificada (53 septies), es decir, cuando el conductor haya sido citado a comparendo.

En general, nuestros tribunales admiten que la constitución en mora en la locación, se produce para el arrendatario, con la notificación de la demanda de desahucio por falta de pago de la renta. Podría cuestionarse que no es esta demanda, sino la demanda ejecutiva de pago de dicha renta, la que importa interpelación.

Estímase que en el arrendamiento la mora se produce por el vencimiento del término, ya que con arreglo al inc. 2º del art. 1254 del cód. civ., resulta que la designación del tiempo en que debía de cumplirse la obligación fué el motivo determinante, atendida la naturaleza y circunstancias de ésta. Otros consideran que la mora "*ex re*" no es una consecuencia propia de la deuda de merced conductiva, por lo que no incurriría en mora el arrendatario si no media interpelación previa.

Sin embargo, con arreglo al art. 1517 inc. 2º, el arrendatario se encuentra obligado a pagar la renta en los plazos estipulados y, a falta de convenio, cada mes. El incumplimiento de esta obligación legal ocasiona que el conductor se repunte moroso, conforme al inc. 2º del art. 1254 del mismo cód. Y la mora no es susceptible de ser purgada, sino en el caso de las obligaciones recíprocas en que los dos deudores incurren en mora, o cuan-

(53 septies) Sents. 30 Dobre., 1907, en "A. J.", 1907, p. 535; 6 octubre 1908, en "A. J.", 1908, p. 439; 10 octubre 1910, en "A. J.", 1910, p. 399; 17 abril 1923, en "A. J.", 1923, p. 7; 4 setiembre 1926, "A. J.", 1926, p. 55; 23 marzo 1927, en "A. J.", 1927, p. 10; 19 Diciembre 1931, en "R. de los T.", 1932, p. 2.

do se trata de arrendamientos de inmuebles urbanos destinados a la morada (53 octies).

No obstante haberse pactado el pago adelantado de la renta, no está expedito el desahucio sino por períodos vencidos. A lo que si tiene derecho el dueño del fundo arrendado es a cobrar ejecutivamente los arrendamientos que se hubieren causado en forma adelantada. Para demostrar el absurdo en que se ha incurrido por nuestros jueces basta citar el art. 1530 del cód. civ., que claramente dispone que la rescisión por falta de pago de la renta jamás procede, ni para casas ni para fundos rústicos, si no se han cumplido por lo menos dos mensualidades y 15 días. En el caso que venimos comentando se habían cumplido unos cuantos días, pero se consideró que el contrato es ley para las partes y que la disposición contenida en el art. 1530 citado no es de orden público, por lo que pueden los contratantes pactar libremente lo contrario.

La interpelación contractual expresa de que estamos tratando, es decir, la que no exige requerimiento para que el deudor quede incurso en mora, se significa por el apotegma romano *dies interpellat pro homine* ("el tiempo interpela al hombre"), o sea que el término hace las veces de requerimiento.

Hemos visto que el solo cumplimiento o vencimiento es insuficiente para constituir en mora, en el campo del derecho civil. En cambio, en el área del derecho comercial ocurre precisamente lo contrario. Sin embargo, nuestra jurisprudencia sin ponderar lo prevenido por un precepto de la ley especial, ha decidido que el simple vencimiento no importa la mora del obligado cambiario, sino que es necesario el protesto que franquea el art. 596 del cód. de proc. civ., y sólo desde el día siguiente a ese acto comienzan a devengarse intereses legales. El precepto a que aludimos es el inc. 1º del art. 63 del cód. de com. (53 nonies).

(53 octies) En general, el cód. civ. permite sólo por excepción que el deudor purgue su mora. En la locación se observa la protección a quien concede el uso de la cosa, no obstante los "dilettantismos socialistas" que José de la RIVAGUERO imputó a hombres como el insigne OLAECHEA.

(53 nonies) Esta doctrina ha sido sustentada por las sentencias de 1º de abril de 1932, inserta en "R. de los T.", 1932, p. 177; y en la de 31 de mayo de 1933, que corre en "R. de los T.", 1933, p. 149.

En la jurisprudencia citada, las vistas de los fiscales, dentro de la buena doctrina, habían establecido que los intereses legales en las letras de cambio deberían devengarse desde el día siguiente de la fecha de su vencimiento, pero las sentencias ordenaron su pago desde la fecha del protesto, que como se sabe puede ser diferida hasta ocho días después del vencimiento del documento.

Otros documentos mercantiles como los pagarés, producirán los intereses que contractualmente se hubieren estipulado; y si no existe pacto de intereses el pago de éstos procede desde la citación con la demanda (53 decies), conforme a nuestra absurda jurisprudencia, no obstante que tienen día señalado para su vencimiento.

Podría decirse que la llamada *interpelación contractual expresa* no es tal interpelación, ya que basta para que el deudor quede en mora que transcurra el plazo convenido. A ella se refiere el inc. 1º del art. 1254 cód. civ., cuyo primer párrafo ya hemos examinado:

“Empero, no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista”:

“1º Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente”.

La constitución en mora no exige un acto formal y solemne, o términos sacramentales, sino la expresión clara de la voluntad del acreedor en la que se exige del deudor que cumpla con la obligación; debe traducir siempre, sea la forma en que se haga, el requerimiento de pago.

Se admite que los actos que interrumpen la prescripción son suficientes para los efectos de la constitución en mora.

Se estima que estaría probado el requerimiento extrajudicial, si al contestar la demanda el deudor no negó la afirmación hecha por el acreedor, de que había formulado tal requerimiento.

Como el requerimiento no debe ser, conforme a nuestra ley, siempre judicial, el requerimiento por despacho telegráfico debe considerarse idóneo para constituir en mora al deudor.

El requerimiento de pago formulado en oportunidad de la traba del embargo constituye en mora al deudor.

Aún la demanda formulada por ante juez incompetente constituye en mora al deudor, desde que le es notificada; no basta su simple presentación, sino la citación con la demanda (53 undecies).

En la legislación civil la mora exige la coexistencia de tres elementos: el retardo, la imputabilidad y el requerimiento o interpelación.

(53 decies) Así lo decide una sent. de 12 de mayo de 1925, transcrita en “El D. J.”, de 26 de mayo de 1925.

(53 undecies) Véase “De la caída en mora”, por DAVID Francisco, en *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, París, 1939, tomo LIX.

La mora contractual es de interpretación restrictiva; no se puede deducir de la presunta voluntad de los contratantes, por lógica que ella fuere. No cabe entonces aplicarla extensivamente.

Para que se produzca la mora "*ex re*" se necesita que el acreedor acredite los extremos necesarios, porque el deudor goza de la presunción de que el requerimiento es siempre necesario.

Las conversaciones mantenidas entre acreedor y deudor, con el objeto de que el segundo reintegre al primero lo que le adeuda, no importan interpelación extrajudicial.

No es necesario, para reclamar el incumplimiento contractual, la previa constitución en mora. La citación con la demanda indemnizatoria constituiría la interpelación que la ley reclama. Hay quienes niegan que la constitución en mora se obtenga con la notificación de la demanda, porque a la fecha de la misma no nace la obligación de indemnizar.

La designación de un lugar para el pago no basta para encuadrar la mora en el art. 1254 del cód. civ., que se ocupa de la mora *ex re*, o sea de la que no requiere interpelación.

No incurre en mora el ejecutado que se allanó a la acción ejecutiva y consignó el importe de la obligación puesta a cobro. Así lo establece el art. 659 del cód. de proc. civ., que declara:

"El ejecutado no está obligado al pago de costas cuando satisface la deuda antes de trabarse o aplazarse el embargo o de convertirse el preventivo en definitivo".

Y el art. 609 del mismo cód. previene:

"Si el ejecutado paga la suma reclamada, se entregará ésta al demandante, poniéndose constancia en los autos y quedará terminado el juicio".

Si la interpelación se formula antes del vencimiento del plazo de la obligación, no le resta eficacia a la constitución en mora, porque ésta empezará a contarse desde el vencimiento del término.

Habiéndose pactado en el contrato que el pago de la obligación se haría en el domicilio del acreedor —lo cual es lícito, porque la disposición que declara que el pago se hace en el domicilio del deudor no es de orden público—, la mora del deudor no requiere para producirse, de la *interpellatio*, porque de la naturaleza y circunstancias de la obligación (entre ellas, la mu-

tación de domicilio para el pago), resulta que la designación de la época en la que debía hacerse el pago, fue el motivo determinante para constituir la obligación (art. 1254 inc. 2º cód. civ.).

Nuestros tribunales no admiten la mora en el cumplimiento de una sentencia (53 duodecies). En el derecho extranjero, se controvierte si el fallo que finaliza un juicio en el que se ha pronunciado una sentencia de condena, coloca en mora al deudor, o si es necesario pedir su ejecución para que incurra en mora. Dícese, por unos, que un fallo no se distingue de una obligación contractual, por lo que es indispensable interpelar para su cumplimiento; además, el acreedor si quiere puede dejar de ejecutarla. Se objeta por otros, que la decisión no es meramente declarativa, sino conminatoria al cumplimiento de la obligación contenida en la sentencia. Esta es autoritaria; constituye un mandato con fuerza de autoridad. No es necesario requerir al demandado para su cumplimiento. Un ensayo interesante sobre esta cuestión ha escrito COSTA Agustín A. (53 tridecies).

Entonces, en el derecho comparado no se discute que hubiera mora y, por consiguiente, pago de intereses si se retarda el cumplimiento de un fallo que condena al vencido al pago de una obligación de dinero; lo que se objeta es la necesidad del requerimiento. A este respecto, nuestro cód. de proc. civ. dispone en su art. 1146: "Si la sentencia contiene condena por cantidad líquida, el juez ordenará que el obligado pague en el acto de la notificación, bajo apercibimiento", o sea, que exige interpelación.

Hay una mora *ex re*.

Hay también casos en que el deudor reconoce que se encuentra en mora.

Asimismo, el hecho de que el deudor pida prórroga no supone que dicho deudor se encuentre en mora. Así lo hace notar SALVAT (54).

176.— *La mora legal*.— Se trata de la mora que no requiere interpelación, cuya exégesis vamos a hacer. Existe una mora *ex lege* o mora legal. Se le denomina en la primera forma por-

(53 duodecies) Véase sent. de 22 de julio de 1935, en "R. de los T.", 1935, p. 247; y sent. de 21 de marzo de 1928, en "A. J.", 1928, p. 7.

(53 tridecies) "La Ley", tomo 18, p. 235 ss.

(54) Obligaciones, Nº 105, p. 51, ed. 1935. Véase nota 4, en la que resalta la uniformidad de la doctrina extranjera.

que resulta de la cosa misma. De ella tratan los incs. 1º y 2º del art. 1254 cód. civ.

V.g., es un supuesto de mora legal el previsto en el 3er. párrafo del art. 1385 cód. civ.:

“Pasará también el riesgo al comprador, si éste no concurre el día señalado en el contrato para pesarlas, contarlas o medirlas, hallándose las cosas a su disposición”.

La mora se produce automáticamente, desde que las cosas vendidas estuvieren a disposición del comprador y éste no concurre el día señalado. No hay necesidad de interpelación.

Si las cosas muebles se pierden por el *casus* en manos del que debió entregarlas, la pérdida la soporta quien debió recibirlas y no concurrió en el día que el contrato señalaba para su entrega.

Otro caso de mora legal, o sea en que no es necesaria la interpelación, es la del art. 1693 cód. civ.:

“Los socios deben poner en la masa común, dentro del plazo convenido, sus respectivos capitales, y contra el moroso puede la sociedad, o proceder ejecutivamente hasta que se verifique la entrega, o rescindir el contrato en cuanto a dicho socio”.

En casos como los expuestos, la ley declara que la mora se produce por el simple vencimiento del término; sin requerir la interpelación. Es oportuno expresar que en cuanto a la sociedad la ley ha tenido en cuenta que puede sufrir perjuicio por no aportar el dinero prometido. Se trata de una mora que se produce de pleno derecho. La regla general es que si la mora se debe al *casus* el deudor no responde, pero tratándose del contrato de sociedad el socio responde cualquiera que sea la causa de la mora, de los efectos de ésta. Así lo previene el art. 1694 del cód. civ.

VALVERDE (54 bis) afirma que en caso de dolo la mora no exige interpelación o requerimiento. Las mismas ideas sostiene en la página 113 de la precitada obra. En el mismo sentido GIORGI (55).

La mala fe produce el efecto de que el poseedor responda de la pérdida o detrimento del bien que debe entregar a su due-

(54 bis) III, p. 104.

(55) II, Nº 61, p. 105 s. Quizá tiene razón en cuanto al poseedor de mala fe, quien responde de la pérdida o deterioro de la cosa, aún por caso fortuito, como lo declara el art. 840 del cód. civ., sin permitirle que pueda exonerarse de responsabilidad probando que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa con detrimento del propietario, aunque hubiere cumplido con devolverla, lo que si es posible tratándose de la prenda (art. 995 cód. civ.).

ño, aún en el caso de que esos hechos hubieren sobrevenido por caso fortuito. El art. 840 del cód. civ. que establece esta grave consecuencia no permite que el poseedor se libere de responsabilidad acreditando que la cosa se hubiere perdido por la misma causa aunque se encontrare en poder del propietario. Sin embargo, corresponde a la jurisprudencia decidir si el poseedor quedaría liberado invocando y demostrando esta circunstancia. Conceptuamos que el silencio de la fórmula legal niega al poseedor un recurso de este género. Por el contrario, lo admite para el acreedor pignoraticio (art. 995 cód. civ.).

No es necesario constituir en mora al poseedor de mala fe para que lo afecte esta responsabilidad en el *casus*.

La posesión de mala fe es la del ladrón o la del usurpador, o la de aquel que adquiere la cosa a sabiendas que quien se la transfiere no es su dueño (art. 890 cód. civ., 2da. parte); y no obstante tratarse de un poseedor que puede ganar la propiedad del bien por prescripción.

La mora *ex re* es la contenida en los incs. 1º y 2º del art. 1254 del cód. civ., que resulta de la fuerza de las cosas. En cambio, la mora *ex persona* exige interpelación previa. La mora *ex re* funciona de pleno derecho, *ipso iure*.

Como decían los romanos, la mora resultaba de la propia naturaleza de las cosas: *mora fit ex re*.

Hay casos que en doctrina se denominan de "mora presumida". Así, si la cuenta final de la tutela arroja saldo contra el tutor, deberá éste intereses legales desde un mes después del feneamiento del cargo, se le interpele o no. Basta el simple transcurso de este término legal; y aún en la hipótesis de que las cuentas las presente mucho tiempo después de cesar como tutor. (art. 537 cód. civ.).

177.— *Interpelación contractual tácita*.— Es otra forma de interpelación, que también no es tal, y está comprendida en el inc. 2º del art. 1254 cód. civ.:

"Empero, no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista".

"2º Cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que debía entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación".

Se trata aquí de la forma en que quedó establecida la obligación. La naturaleza y las circunstancias de ella producen en el

ánimo del juez la convicción de que el acreedor tuvo en cuenta estos elementos. V.g., se adquiere por un establecimiento de comercio un lote de juguetes que se venderán en Navidad y los efectos se entregan después de esa fecha. Es incuestionable que la mora no es necesario haberla estipulado expresamente. Otro ej.: se contrata la entrega de fuegos de artificio para la conmemoración de un aniversario determinado y se entregan con posterioridad a dicho aniversario.

Esta es otra de las variantes de la mora *ex re*. Aun cuando el cód. no lo dice, parece indispensable, como anota SALVAT (55 bis), que el deudor hubiere tenido conocimiento que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación fue el motivo determinante para constituir la.

Existen obligaciones en que la fecha para su cumplimiento tiene importancia especial, por lo que no cumplidas en la fecha señalada habrá inejecución y no, simplemente, retardo. No es este precisamente el supuesto previsto en el inc. 2º del art. 1254 del cód. civ., en que se deja establecido que la interpelación no es necesaria "cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que debía entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación". En este caso también el tiempo designado tiene importancia esencial, pero no tanta ya que si la prestación no se lleva a cabo en la fecha indicada no habrá incumplimiento, sino sólo mora. Por ejemplo, si X encarga a un artesano la fabricación de un objeto para entrega dentro de cierto término, porque con dicho objeto pretende cumplir determinado cometido en el término indicado, si el artesano se retrasa en la hechura, no habrá incumplimiento, sino mora, ya que el objeto puede utilizarlo X igualmente, para otros fines, con posterioridad.

178.— *Formas de interpelación.*— Para que el deudor quede incurso en mora no es necesario que la interpelación sea sólo judicial; basta que se haga en forma extrajudicial, como reza el primer párrafo del art. 1254 cód. civ.: "Incorre en mora el obligado, desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación".

Lo que la ley persigue es que el deudor quede enterado en forma indubitable de la manifestación de voluntad del acree-

dor. Por ello, una simple comunicación no sería bastante, por la dificultad de la prueba; pero sí una carta notarial. En el campo comercial como se vió, los telegramas no sirven para constituir en mora (véase 2º párrafo del art. 51 del cód. de com.). Ninguna forma exige la ley para la interpelación extrajudicial.

Es también operante la interpelación judicial, aunque se hiciera ante juez incompetente si consta que el demandado se instruyó de ella.

La interpelación judicial será válida si la ordena juez incompetente. Es aplicable el art. 161 del cód. de proc. civ: "La notificación del proveído recaído en una demanda, aún cuando sea nula por no haberse observado las formalidades de la ley, producirá efecto en cuanto tienda a impedir la caducidad del derecho o de los términos, si consta que el demandado se instruyó de la notificación".

En aquellos derechos que establecen la mora del deudor por la simple llegada del término, se dispone que en las obligaciones que no tienen plazo la mora del deudor comienza desde la interpelación.

La interpelación que hiciere el acreedor pocos días antes del vencimiento de la obligación se tendrá por prematura y no producirá efecto alguno. Vencido el plazo, el acreedor necesitará interpelar de nuevo.

Existe, sin embargo, una grave dificultad respecto a la constitución en mora del deudor mediante carta notarial. Si bien es cierto que el notario se encuentra autorizado para dar fe de que ha entregado la carta a determinada persona y ello lo hace constar en la copia que devuelve, en realidad la fecha de entrega no tiene el carácter indubitable. Por ejemplo, una carta que el notario declara haber entregado el 15 de julio de 1953; esta declaración no supone que dicho día fue entregada por el notario, porque puede haber sido entregada después. La discusión sobre el día de la entrega se produce, v.g., en aquellas obligaciones de capital en que la cantidad que se paga por concepto de intereses cada día de demora es considerable. Asimismo, la carta notarial tiene por objeto constituir al acreedor en mora y estando éste incurso en mora soporta el riesgo por la pérdida o deterioro de la cosa mueble aún no entregada; pues bien, si el deudor experimenta la pérdida de la cosa mueble por caso fortuito antes de haber hecho tradición de ella sufrirá su pérdida, pero si el acreedor se encuentra en mora de recibirla esa pérdida la sopor-

taría el acreedor. Podría entonces darse el caso de un deudor que hubiera sufrido la pérdida de la cosa mueble que debía entregar desde hace tiempo, pero que no estuviere en mora porque el acreedor había olvidado interpelarlo, que pretendiera hacer incurrir en mora al acreedor mediante una carta notarial antedatada.

Los notarios no obstante la fe de que están munidos, no conceden a las cartas notariales que entregan, fecha cierta.

Los mismos peligros ofrece la interpelación judicial y aún más graves, por cuanto la fe del escribano sobre la fecha de la notificación es terminante, salvo que el notificado compruebe que se encontraba el día en que se dice hecha en lugar distante de aquel en el que aparece notificado (55 ter). La notificación judicial entonces tiene fecha cierta, en tanto que la notificación notarial no la tiene.

Motivo de controversia es el determinar si la citación con la demanda suple a la interpelación y sirve de partida a la mora del deudor. Así opina GIORGI (55 quater).

Con arreglo a nuestro derecho, si ejecutivamente se demanda el cobro de una suma de dinero, la notificación con la demanda constituye en mora al deudor y lo obliga al pago de intereses. Empero, no pagará ni costas procesales ni costas personales si paga la deuda antes de trabarse el embargo o de convertirse el embargo preventivo en embargo definitivo. Los abogados saben que la demanda ejecutiva no sólo exige el pago de la suma debida, sino también la traba del embargo preventivo, que se lleva a efecto antes de notificar al deudor. Se trata de fuertes gastos que experimenta el acreedor por poner en movimiento la maquinaria judicial y, sin embargo, no tiene derecho a cobrarlos si el deudor le cancela la obligación antes de que el embargo preventivo se transforme en definitivo. A lo que si tendría derecho el acreedor es a los intereses pactados, o a los intereses legales.

Previene el art. 659 del cód. de proc. civ.: "El ejecutado no está obligado al pago de costas cuando satisface la deuda antes de trabarse o aplazarse el embargo o de convertirse el preventivo en definitivo".

(55 ter) Véase sent. de 14 de junio de 1901, en CALLE J. J., "Vistas Fiscales", III, p. 52; sent. 2 octubre 1928, en "La R. del F.", 1929, p. 70.

(55 quater) II, Nº 53, p. 96 ss., quien afirma que así habrá de ocurrir siempre que esté implícita o explícitamente la substancia de la intimación, o sea la declaración del acreedor de querer ser pagado.

Tratándose del contrato de arrendamiento, el locador puede cobrar la renta debida mediante juicio ejecutivo, siempre que su demanda reúna los requisitos exigidos por el art. 598 del cód. de proc. civ.; puede, asimismo, demandar la rescisión del contrato de locación mediante un juicio sumario, que es el de desahucio. De ambos medios puede valerse simultáneamente. Empero, tratándose de casas-habitación la acción de desahucio se corta si el inquilino paga los alquileres adeudados, más una cantidad prudencial por costas (ley N° 8765). En cambio, la mora del conductor de predios rústicos no puede ser purgada; el juicio de desahucio habrá de continuar hasta que dicho conductor sea obligado a desocupar el predio. Nos parece que tanto la notificación de la demanda de desahucio, como la notificación de la demanda ejecutiva de cobro de arrendamientos constituyen en mora al arrendatario. Y dentro de nuestra legislación —salvo si se trata, como decimos, de casas-habitación— la mora del arrendatario no puede ser purgada, porque el cód. civ. establece en el inc. 5° del art. 1529, la rescisión del contrato. Una vez exigida esa rescisión en el juicio de desahucio, no podrá ya más el arrendatario purgar su mora y detener la litis.

El mismo cód. civ., sin embargo, en su art. 1530, dispone que la rescisión del contrato de locación-conducción, no podrá declararse si no se han cumplido dos mensualidades y quince días; es decir, que el pacto de que el contrato se rescindirá de pleno derecho si el arrendatario dejara de pagar un mes, carece de validez y los jueces no pueden declarar la resolución del contrato por haberse realizado la hipótesis pactada. O sea que la mora en que hubiere incurrido el arrendatario por efecto del contrato carece de validez, por ser contraria a lo dispuesto por la ley en su art. 1530.

Es obvio que si el locador no promoviera el desahucio, sino simplemente ejecución por cobro de arrendamientos, pagados éstos ya no podrá dicho locador iniciar desahucio, porque la mora del arrendatario ha sido purgada.

En resumen, tratándose de contratos de locación-conducción, a no ser que se trate de casas-habitación, el deudor no puede purgar los efectos de su mora.

El inc. 6° del art. 1529 del cód. civ. dispone que también se rescinde el contrato de arrendamiento "si necesitó el arrendatario que hubiese contra él sentencia para pagar el todo o parte de las rentas, y se vence con exceso de quince días el plazo siguien-

te, sin que haya satisfecho la nueva renta devengada". En esta regla se examina el supuesto de que el locador no promovió desahucio sino acción ejecutiva de cobro de arrendamientos, los que fueron abonados por el arrendatario y después insiste en no ser puntual, por lo que el desahucio se encuentra expedito con el vencimiento de un mes más quince días, no ya dos meses y quince días. Si hubiere el dueño promovido desahucio no concebimos cómo podría darse el caso que plantea el inc. 6º del art. 1529 cód. civ., porque ese juicio habría terminado necesariamente con el lanzamiento del arrendatario. Se puede imaginar, empero, que no obstante haber resultado victorioso en el desahucio el locador, magnánimamente, hubiere perdonado al arrendatario.

La exégesis que se hace carece ahora de importancia, por cuanto existe en vigencia toda una masa legislativa que ha dejado sin efecto el código civil respecto a arrendamientos de inmuebles urbanos; y los inmuebles rústicos no se arriendan por mensualidades, sino que los plazos de abono de la renta se fijan en trimestres, semestres, etc.

GIORGI (55 quinquies) se interroga sobre lo que puede acontecer si la demanda es nula o si se hace ante juez incompetente.

Resuelve estos problemas sabiamente, diciendo que si se trata de un vicio que quita toda certeza de la voluntad seria del acreedor, de ser pagado sin retraso, es incuestionable que la interpelación no producirá el efecto que persigue. Pero si sólo es un vicio que haga inhábil a la demanda para producir los efectos propios y especiales de acto preparatorio del juicio, que no deja duda sobre el propósito del acreedor, es evidente que dicha demanda será idónea para la constitución en mora. También le parece suficiente para los efectos de la mora la demanda por ante juez incompetente, porque en realidad el deudor no puede ya contar más con la espera del acreedor (supra 175).

179.— *La mora requiere que el acreedor hubiere cumplido su obligación o se allanare a cumplirla.*— Dispone el art. 1255 cód. civ.:

"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".

Esta disposición se apoya en el adagio "la mora purga la mora". Y como un complemento de ella tenemos la excepción de contrato no cumplido, inserta en el art. 1342 cód. civ.:

“En los contratos bilaterales no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no lo ha cumplido, u ofreciese cumplirlo”.

Es la llamada *exceptio non adimpleti contractus*. El fundamento de ambas reglas se encuentra en la relación de interdependencia que existe entre las obligaciones en el contrato bilateral; y también en el principio de la equidad, ya que no es razonable que se obligue a cumplir a una de las partes si la otra, a su vez, no ha cumplido su prestación.

Las obligaciones recíprocas emergen de los contratos sinagmáticos o bilaterales. Así, en la compra-venta si el vendedor es deudor de la cosa, el comprador es deudor del precio (55 sexies). De allí que el comprador no podrá constituir en mora al vendedor si él no ha pagado el precio o prometiére pagarlo.

De esto se sigue que en los contratos bilaterales para que uno de los contratantes pueda constituir en mora al otro, se requiere que el primero cumpla u ofrezca cumplir la prestación que le corresponde, a no ser que para esta prestación exista un plazo mayor aún no vencido. Y ello obedece a que en estos contratos cada contratante es acreedor y deudor al mismo tiempo. En conclusión, una parte no puede exigir la prestación que se le debe, si no ofrece ejecutar aquella a que se encuentra obligado.

El legislador peruano siguió en esta materia al cód. civ. de España, cuyo art. 1100 en su 5º párrafo dispone:

“En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”.

MANRESA (55 septies), al explicar este precepto de su cód. informa que la llamada *compensación de mora*, establece una íntima relación entre las obligaciones recíprocas o bilaterales, en la que el cumplimiento de una obligación es condición para el cumplimiento de la otra, lo mismo que la existencia de una obligación es condición de la existencia de la otra. Agrega que existen hipótesis para el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, en cuyo caso la mora en la obligación que debió cum-

(55 sexies) En los contratos bilaterales, en los que las prestaciones son recíprocas, la imposibilidad sobrevenida a una de las partes por caso fortuito, no la inhibe de exigir a la otra la prestación a que ésta se encuentra obligada. BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, I, Nº 423, p. 458 ss., examinan agudamente este problema.

(55 septies) Comentarios al Cód. Civ. Español, tomo VIII, Madrid, 1901, p. 58.

plirse primero no se apreciará con arreglo a este precepto, sino conforme a las reglas y excepciones generales. V.g., si en un contrato de compra-venta la entrega de la cosa debe realizarse inmediatamente, porque el contrato nada prevé a este respecto; empero, la obligación de pagar el precio ha sido diferida mediante estipulación.

Respecto a este mismo dispositivo, SÁNCHEZ ROMÁN (55 octies) expresa que es la *compensatio mora*, en la que incurren ambos contratantes en los contratos bilaterales, en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones mutuas. Pone el ejemplo de la compra-venta, en la que el comprador no entrega el precio ni el vendedor la cosa; y que si la mora de un contratante nace en época distinta que la del otro, la mora posterior extingue las consecuencias de la anterior, quedando relevado de toda responsabilidad el primero que incurrió en mora.

También es aprovechable la doctrina de los civilistas argentinos, porque el art. 510 del cód. de VELEZ SANSFIELD dispone: "En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva".

LAFAILLE (55 nonies) advierte que en las obligaciones recíprocas, que emergen de los contratos sinalagmáticos, ambas partes pueden estar en mora. Y que quien reclama daños y perjuicios por la mora del otro contratante, debe demostrar que cumplió su obligación o estar presto a ejecutarla, porque de lo contrario la otra parte puede oponerle con éxito la *exceptio non adimpleti contractus*. Así, el vendedor no podrá reclamar el precio, si no se encuentra en situación de poder transferir la propiedad de la cosa vendida.

SALVAT (55 decies) no comenta en especial la regla del 510 del cód. civ. de Argentina, sino que la refiere a la excepción de incumplimiento del contrato, contenida en el art. 1201. Hace notar que en los contratos bilaterales las obligaciones que asume uno de los contratantes son correlativas de las que asume

(55 octies) Derecho Civil Español, Común y Foral, Parte especial, Libro II, Derecho de Obligaciones (Derecho de la Contratación), Estudios de Derecho Civil, tomo IV, 2ª ed., Madrid, 1899, § 2, p. 301.

(55 nonies) D. Civ., t. VI, Trat. de las Obligaciones, vol. I, B. Aires, 1947, Nº 167, p. 164 s.

(55 decies) Tratado de D. Civ. Argentino, V, Fuentes de las Obligaciones, t. I. B Aires, 1946, Nº 246 ss., p. 124 s.

el otro, por lo que sería injusto que un contratante pudiese exigir el pago de las obligaciones a cargo del otro, sin que por su parte hubiere cumplido las obligaciones que ha asumido por virtud del mismo contrato. Por ello se reclama que la parte que demanda el cumplimiento del contrato debe probar haberlo cumplido por su parte. Si existe a su cargo el pago de una suma de dinero, debe consignarla. Si su obligación tiene plazo debe acreditar la existencia de dicho plazo y prometer que ha de pagarla al vencimiento del plazo señalado, a fin de poder exigir válidamente la obligación de la que es acreedor. Esta defensa importa una excepción que impedirá que el otro contratante consiga éxito en la acción. La hace valer el contratante demandado, quien reconviene exigiendo que el actor cumpla las obligaciones que el contrato le impone, o rehusa cumplir hasta que el demandante cumpla o se coloque en situación de cumplir.

A este respecto, todavía en nuestra legislación el contratante cuya obligación es inmediata, puede exigir que el otro contratante dé garantía si su obligación es a plazo, no obstante que ello no ha sido previsto en el contrato. Ello se infiere del art. 1343 del cód. civ., que establece: "Si después de concluido un contrato bilateral sobreviniese a una de las partes disminución de su patrimonio, capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar su prestación en primer lugar, rehusar su ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne o dé garantía bastante".

ALESSANDRI y SOMARRIVA (55 undecies) comentan muy brevemente el art. 1552 del cód. civ. de Chile, el cual previene: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

Después de expresar que tal disposición traduce el adagio "la mora purga la mora", dicen que es la base de la excepción de contrato no cumplido, que puede deducir el contratante demandado.

Refiriéndose a esta excepción (55 duodecies) hacen notar que no fué concedida en el Derecho Romano y que su nacimien-

(55 undecies) Curso de Derecho Civil, tomo III, De las Obligaciones, Santiago, 1941, Nº 350, p. 212.

(55 duodecies) Curso de D. Civ., tomo III, De las Obligaciones, Santiago, 1941, Nº 351, p. 212 ss.

to se produce en el Derecho Canónico; que el fundamento de ella se encuentra en el art. 1489 de su cód., que declara: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios". Informan que CAPITANT considera que esta excepción se explica por la teoría de la causa, ya que si un contratante no cumple tampoco el otro contratante se encuentra obligado a cumplir, porque su obligación carece de causa; en los contratos bilaterales la obligación de una parte es causa de la obligación de la otra. Empero, afirman que esta interpretación es errónea, porque la excepción se basa en la interdependencia que existe entre dos obligaciones en el contrato bilateral y la causa sólo se exige al tiempo de la celebración del contrato. También la excepción tiene su fundamento en la equidad; sería injusto que se obligue a cumplir el contrato a una parte si la otra no lo ha cumplido. Otro fundamento sería el de la interpretación de la voluntad de las partes; el legislador presume que un contratante querrá cumplir su obligación cuando el otro contratante la cumpla o se allane a cumplirla. Se pone este ejemplo: *A* vende a *B* un inmueble y como *B* no ha pagado el precio, lo demanda. *B* responderá que no se encuentra en mora y opone la excepción de contrato no cumplido porque *A* no le ha entregado el inmueble. Es necesario, sin embargo, que *B* consigne el precio que le corresponde pagar, a orden del juez. Asimismo, *B* después de deducir la excepción, deberá probar que *A* no le ha entregado el inmueble. De lo expuesto, resulta que si *A* demanda el pago con más los daños y perjuicios, *B* no será condenado a abonarlos, porque la mora del actor purga la mora del demandado.

En este orden de ideas, si vendedor y comprador piden la resolución del contrato y el pago de los daños y perjuicios, el primero fundado en la falta de pago del precio y el segundo en la no entrega de la cosa vendida, se declarará la resolución o rescisión pero no el pago recíproco de daños y perjuicios, porque ambos contratantes han estado incursos en mora.

Si el comprador reclama ejecutivamente el pago del precio insoluto, no puede después pedir la resolución del contrato.

También se expresa que no existe mora en un contrato bilateral si antes no se pidió su cumplimiento, aún cuando es-

ta interpretación es objeto de vivo debate, lo mismo que la anterior.

Otras soluciones encontradas en los derechos extranjeros dignas de anotarse son: Que no procede el desahucio (resolución) del contrato de locación-conducción, si ya se ha reclamado y conseguido el pago de la renta en la acción ejecutiva correspondiente. La resolución de un contrato de compra-venta por falta de pago de precio afecta a los terceros adquirientes, si resulta que de los instrumentos o del registro aparecía dicha falta de pago. Es improcedente la acción ejecutiva para reclamar el pago de una obligación emergente de un contrato bilateral, si no está probado que el ejecutante hubiere cumplido, a su vez, con las obligaciones que le respectan. La no entrega de la cosa vendida produce la resolución del contrato, aunque éste se hubiere inscrito. Si el vendedor no entrega la cosa vendida el comprador no se encuentra en mora para el pago de su precio. La demanda de resolución de un contrato deberá ser rechazada, si el demandante no ha cumplido las obligaciones que estaban a su cargo, por razón del mismo contrato.

En síntesis, el incumplimiento recíproco de ambos contratantes da lugar a que no exista mora en ninguno de ellos y no hay, por tanto, obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

En el cód. civ. alemán su art. 298 reza: "Si el deudor no está obligado a realizar la prestación sino contra otra prestación recíproca del acreedor, se constituirá éste en mora cuando, aún estando dispuesto a aceptar la prestación ofrecida, no ofrece a su vez la contraprestación demandada". ENNECCERUS (55 tredecies), al referirse a este dispositivo, manifiesta que si el deudor ofrece la prestación que le respecta y exige la contraprestación, el acreedor incurrirá en *mora accipiendi* si no obstante estar dispuesto a aceptar, no ofrece a su vez la contraprestación que le respecta. Agrega que dicho acreedor incurrirá, asimismo, en *mora debendi* en cuanto a la contraprestación que él adeuda, desde que el ofrecimiento que el deudor hace de pagar siempre que se le pague a su vez la contraprestación, importa un requerimiento que el deudor hace para que el acreedor cumpla con su contraprestación.

(55 tredecies) Trat. de D. Civ., tomo II, D. de Obligaciones, vol. I, Barcelona, 1933, § 57, III, 1, p. 290, tex. y n. 12.

La cosa vendida, según el art. 1400 cód. civ., debe entregarse inmediatamente después de la venta. A su vez, el art. 1411 del mismo cód. declara que el precio deberá pagarse el día en que la cosa debe ser entregada. El incumplimiento de estas obligaciones da margen a que se pueda pedir la resolución o rescisión del contrato (arts. 1401 y 1413 ss. del cód. civ.). Es incuestionable que para pedir no la resolución, sino la entrega de la cosa debe haberse cumplido con pagar el precio. Correlativamente, para exigir el pago del precio por el vendedor, debe éste haber cumplido con entregar la cosa; no bastando que sólo haya transferido el derecho de propiedad, ya que tratándose de inmuebles el dominio se traslada por efecto del mero contrato. La cosa vendida puede ser retenida por el vendedor si el comprador sólo ha pagado parte del precio y no se ha estipulado plazo para el pago del saldo.

Otro contrato bilateral del que nacen obligaciones recíprocas es el de locación-conducción, porque el locador se encuentra obligado a entregar inmediatamente la cosa al arrendatario, salvo que se hubiere convenido el tiempo para la entrega, o que por costumbre debe hacerse en otra época (art. 1511 cód. civ.); y el arrendatario deberá pagar la merced o alquiler en los plazos convenidos y a falta de convenio, cada mes (art. 1517 inc. 2º cód. civ.). Es obvio que para cobrar los arrendamientos el locador debe de haber cumplido con entregar la posesión de la cosa locada y si no lo ha hecho no bastará para su cobro el testimonio de la escritura pública del contrato en que el arrendatario se obliga a pagarlos. Nuestros tribunales mantienen la doctrina de que no se requiere interpelación previa para hacer incurrir en mora al arrendatario en el pago de la merced o alquiler, que franquea la acción rescisoria o resolutoria de desahucio, seguramente porque tienen en cuenta que el arrendatario tiene la posesión inmediata del bien materia de la locación. Empero, es incuestionable que la acción ejecutiva de pago de arrendamientos puede ser enervada por la excepción de contrato no cumplido, si el locador no entregó la cosa, no obstante que el cobro se apoye en el testimonio de la escritura pública de locación-conducción, o en el instrumento privado reconocido en diligencia preparatoria, en el cual consta dicho contrato.

El art. 598 del cód. de proc. civ. franquea la vía ejecutiva para el pago de arrendamientos sin título que preste mérito ejecutivo, si el ejecutante afirma que el arrendatario ocupa actual-

mente la cosa. La exposición de motivos de la ley procesal (55 quatuordecies) explica que no se reclama título para este supuesto porque existen contratos de arrendamiento que se celebran verbalmente, en cuyo caso la renta no podría cobrarse sino en un lato y dispendioso juicio ordinario.

De la letra misma del art. 598 de la ley de procedimientos civiles resulta que el cobro de arrendamientos en la vía ejecutiva, sea por medio de instrumento público, sea por instrumento privado judicialmente reconocido, sea sin ningún instrumento, exige como requisito concurrente la palabra del locador y demandante de que el arrendatario ocupa actualmente la cosa. Así debe entenderse la frase del dispositivo procesal que dice: "...sea cual fuere la forma en que se hubiese celebrado la locación".

En los estrados judiciales, el ejecutado por arrendamientos ha alegado y probado la no entrega del bien, lo cual en realidad importa deducir la *exceptio non addimpleti contractus*, aún cuando no se le ha dado dicho nombre técnico. En realidad, nuestro legislador del año 12 ha procedido sabiamente, ya que para todo cobro ejecutivo de renta derivada de una locación, reclama que el acreedor de la misma declare que el arrendatario ocupa, al tiempo de la ejecución, el bien cuyos arrendamientos ha puesto a cobro.

Sobre la necesidad de esta afirmación del ejecutante hay muchos fallos. Así, la sent. de 5 de octubre de 1931 (55 quindecies) y la sent. de 9 de octubre de 1931 (55 sexdecies) deciden que es requisito indispensable para admitir la demanda que el acreedor afirme que el arrendatario ocupa el bien. La sent. de 11 de agosto de 1937 (55 septemdecies) declara que la ley da al arrendador acción ejecutiva para el cobro de la renta en la hipótesis de ser cierta su afirmación y de que existe contrato y deuda por su mérito y que desvirtuada la presunción de la demanda procede declarar sin lugar la ejecución.

Sin embargo, también hay decisiones judiciales que relevan de la afirmación al ejecutante. Así, la sent. de 21 de noviembre de 1933 (55 octodecies) expresa que la facultad contenida en el

(55 quatuordecies) En APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ, Cód. de Proc. Civ., tomo I, 2ª ed. Lima, 1938, p. 315, art. 598.

(55 quindecies) "R. de los T.", 1931, p. 260.

(55 sexdecies) "R. de los T.", 1931, p. 301. En este fallo el recaudo era un testimonio de la escritura pública.

(55 septemdecies) "R. de los T.", 1937, p. 346.

(55 octodecies) "R. de los T.", 1933, p. 421.

art. 598 del cód. de proc. civ. se refiere a los contratos de locación concluidos verbalmente o por escritura privada y que si el contrato se ha otorgado por escritura pública, deberá estarse a su mérito para la procedencia de la ejecución. La sent. de 21 de agosto de 1935 (55 noventa y cinco) declara, simplemente, que la escritura pública del contrato de locación-conducción presta mérito ejecutivo en la acción de pago de arrendamientos. El Fiscal razonaba en esta forma: el instrumento público merece fe y presta mérito ejecutivo para exigir la obligación que contiene; y sería anómalo que el locador por escritura pública, no pudiera reclamar el pago ejecutivamente, situándolo en condición legal desfavorable al que sólo afirma el contrato de arriendo con su palabra. Agregaba que el fallo recurrido que denegaba la ejecución porque el demandante no afirmaba que el demandado ocupaba actualmente el bien, éste había convenido en la existencia del contrato de arriendo y en la renta pactada y sólo se limitó a afirmar haberla pagado en parte y que el plazo para abonarla era distinto del señalado en la demanda. Refiriéndose a la jurisprudencia anterior textualmente decía: "Los jueces deben juzgar por lo dispuesto en la ley y no por casos análogos, porque cada caso jurídico tiene su propia fisonomía; y las resoluciones que en ellos recaigan, no pueden aplicarse como normas generales, con prescindencia de la ley".

En verdad, sea que la locación se hubiere celebrado verbalmente, sea que conste en instrumento público, el locador que ejecutivamente cobra arriendos, debe afirmar que el arrendatario ocupa la cosa locada, porque se trata de un contrato sinalagmático en que la parte que exige el pago de la obligación que le favorece, afirma que cumplió la obligación de que era acreedora la otra parte contratante.

Quien cobra renta que no se le debe es sancionado por el art. 678 del cód. de proc. civ., que declara: "El demandante que abusando de la facultad contenida en el art. 598, cobra sumas que no se le adeudan, será multado en favor del demandado en una cantidad igual al doble de las cantidades indebidamente reclamadas".

No obstante que el ejecutado arrendatario probó que no se encontraba actualmente ocupando la cosa locada, la sent. de 27 de junio de 1911 (55 veces) declaró procedente la acción ejecuti-

(55 noventa y cinco) "R. de los T.", 1935, p. 289.

(55 veces) "A. J.", 1911, p. 145.

va no sólo contra el arrendatario u obligado directo, sino contra su fiador, en razón de que se había recaudado la demanda con el testimonio de la escritura pública del contrato de arrendamiento.

Existe interdependencia entre la obligación del locador de dar la cosa y la obligación del arrendatario de pagar la renta. Si la cosa no la tiene el arrendatario, es obvio que no puede reclamárselo el pago de renta. Puede haber ocurrido que el contrato de locación se haya interrumpido en su funcionamiento porque el arrendatario devuelve la cosa locada, no obstante que el plazo señalado contractualmente es forzoso para ambos contratantes. En este caso, el locador tiene contra el arrendatario una acción de indemnización de daños y perjuicios, pero no puede exigirle ejecutivamente el pago de los arrendamientos de una cosa cuya posesión ya no tiene. El fiador no responderá de esta indemnización si sólo se obligó a asegurar el pago de la merced.

Los arts. 1255 y 1342 del cód. civ. no tienen antecedente en nuestra legislación. No han existido en el cód. civ. abrogado. Por lo mismo, no existe jurisprudencia sobre la doctrina que contienen. Sin embargo, el arrendatario a quien no se le ha entregado la cosa, ha alegado alguna vez esta circunstancia, para paralizar la acción ejecutiva de cobro de arrendamientos; y esta alegación y prueba la ha hecho dentro del término de la oposición. No ha tenido éxito, si la ejecución se ha recaudado con el testimonio de la escritura pública de arrendamiento, que señalaba el monto de la renta. Constituiría esta alegación la excepción de contrato no cumplido.

En lo que se refiere al art. 1343 cód. civ., que declara: "Si después de concluido un contrato bilateral sobreviniese a una de las partes disminución de su patrimonio, capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar su prestación en primer lugar, rehusar su ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne, o dé garantía bastante", este precepto tiene su antecedente en el art. 1381 del cód. civ. de 1852, que sólo se refería al contrato de compra-venta y que rezaba: "Puede también eximirse el vendedor de la entrega de la cosa, aunque se haya concedido término para el pago, si el comprador, después de la venta, ha caído en quiebra o sufrido tan notable menoscabo en sus bienes, que el vendedor quede expuesto al inminente peligro de perder el precio. En ambos casos no puede el comprador exigir la entrega sino dando fianza para el pago del precio".

Conviene, sin embargo, expresar que existen fallos en los que se ha enervado la acción de pago de precio en la compraventa mediante la *exceptio non adimpleti contractus*. La sent. de 23 de julio de 1901 (55 ununvicies) establece que si el comprador es vencido en el juicio posesorio de la cosa comprada, no se encuentra obligado a pagar su precio. La sent. de 6 de noviembre de 1901 (55 duovicies) declara que estando pendiente la litis sobre la validez de la venta, no se puede cobrar el precio. La sent. de 21 de octubre de 1925 (55 trivicies) no se refiere a la acción de pago de precio, sino a una demanda de rescisión o resolución de la venta promovida por el vendedor porque el comprador no había pagado el precio. Constaba, sin embargo, que el vendedor después de entregar la cosa al comprador, había despojado a éste, razón por la que dicho comprador se había abstenido de pagar el precio en el plazo contractualmente señalado. Esta abstención se declaró válida, porque como consideraba el Fiscal, la obligación de pagar el precio es correlativa a la que tiene el vendedor de entregar la cosa, por lo que si ésta no es entregada, o si de alguna manera el mismo vendedor priva al comprador de su posesión, no existe o se suspende aquella obligación. Propiamente, se rechazó la demanda de rescisión en virtud del principio de que la mora purga la mora. La sent. de 20 de octubre de 1926 (55 quatuorvicies) rechaza la demanda para el pago del precio porque está probada la perturbación en la posesión de la cosa vendida; en este caso, la cosa vendida había sido entregada, pero otra obligación del vendedor es la del saneamiento. Se aplicó el art. 1411 del cód. civ. del 52, que disponía: "Si el comprador fuere perturbado en la posesión, o tuviere justo motivo para temer que lo será, por una acción hipotecaria o de reivindicación, puede suspender el pago del precio hasta que el vendedor haga cesar esa perturbación, o le dé fianza de saneamiento; a no ser que se hubiese estipulado que el comprador pagaría, no obstante la perturbación. En este caso, no podrá ser retenida sino la cantidad que baste para cubrir la responsabilidad cuestionada". Ha desaparecido este dispositivo del nuevo cód., pero es evidente que la doctrina que contiene subsiste, por aplicación de las reglas generales sobre evicción y sa-

(55 ununvicies) CALLE, "Vistas Fiscales", tomo II, p. 48.

(55 duovicies) CALLE, "Vistas Fiscales", tomo III, p. 134.

(55 trivicies) "A. J.", 1925, p. 103 s.

(55 quatuorvicies) "La Prensa", 22 de octubre de 1926.

neamiento; porque una de las obligaciones principales del vendedor es la de garantizar la cosa vendida; y porque ahora se tiene la regla general para los contratos bilaterales del art. 1343. El art. 1411 del cód. civ. abrogado fué instalado siguiendo el art. 1653 del cód. de NAPOLEÓN, que previene: "Si se molestara al comprador o tuviere justo temor de que lo será por una acción hipotecaria o de reivindicación, podrá suspender el pago hasta que el vendedor haya hecho desaparecer este temor, a no ser que prefiera dar fianza o que se haya estipulado que a pesar de este inconveniente, pagará el comprador el precio convenido". Explicando PLANIOL-RIPERT y Hamel (55 quinvicies) este numeral dicen que se trata de una perturbación o del temor legítimo de una perturbación, que se derivan de una acción hipotecaria o de una acción reivindicatoria dirigidas contra el comprador; por ello procede el derecho de retención del precio y que esta es una aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*. Afirman que esta excepción funcionará en todos los casos en que aparezca el incumplimiento de las obligaciones del vendedor. Trátase también del temor de una perturbación aún no realizada, para justificar la retención del precio; empero, debe ser un temor legítimo, que exista un justo motivo de temor de ser perturbado. No se podría alegar la retención apoyada en tal precepto si se descubre un vicio oculto, porque el derecho de retención no se extiende a los supuestos no previstos. Tampoco funciona la retención del precio por una simple molestia en el disfrute, que no afecta al derecho de propiedad del comprador.

También en el derecho de cambio se ha pronunciado un fallo que debe tenerse en cuenta: Resuelve la sent. de 2 de junio de 1932 (55 sexvicies) que si la letra de cambio representa el pago del precio en un contrato de compra-venta, no procede la ejecución si el endosatario ha sido sólo encargado de su cobro por el vendedor, quien giró la cambial y la aceptó el comprador, y está probado que la venta ha sido rescindida. En este caso, no se trata de la excepción de contrato no cumplido, sino que por la resolución o rescisión del contrato de venta, no existe obligación de pagar el precio a cargo del comprador. La solución sería distinta y el comprador y aceptante estaría obligado al pago si la letra la tiene el ejecutante en virtud de un endoso pleno, ya

(55 quinvicies) Trat. Prác. de D. Civ. Francés, tomo X, Nº 149, p. 158 es.
(55 sexvicies) "R. de los T.", 1932, p. 225.

que las excepciones personales contra el girador no pueden ser deducidas contra el actual tenedor del instrumento de cambio, no obstante que la rescisión del contrato extinguía todas las obligaciones que emergían de dicho contrato.

Por la sent. de 1º de agosto de 1924 (55 septemvicies) se declara que el crédito que tiene el vendedor por pago del precio, cuya demanda exigiéndolo se ha anotado preventivamente, tiene preferencia al crédito hipotecario posterior. En realidad, conforme al nuevo cód. civ., el vendedor tiene por el precio, o la parte de él que quedare debiéndole el comprador, hipoteca legal sobre el inmueble enajenado (art. 1026 inc. 1º). Además, con arreglo al art. 46 del Reglamento de las Inscripciones, el registrador al extender una inscripción de enajenación deberá indicar si se pagó el precio al contado o señalando plazos para su pago y si se ha pagado todo el precio o parte de él. Si se compra un inmueble bajo la fé del registro y de la inscripción no aparece que se debe el precio por una enajenación anterior, no existirá hipoteca legal, conforme al art. 1052 del cód. civ. Si las transferencias de dominio a título oneroso se perfeccionan sobre inmuebles no registrados, hay que estar a lo que aparezca de los instrumentos de enajenación (56).

180.— *Efectos que produce la mora del deudor.*— El primero y más grave es el contenido en el art. 1256 cód. civ.:

“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, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo”.

Se extrae de aquí la doctrina de que habiendo mora el deudor carga con los riesgos de la cosa, con el *periculum*. Si la cosa se destruye por caso fortuito o fuerza mayor ese riesgo incide sobre el deudor en mora; a no ser que pruebe que incurrió en ella

(55 septemvicies) “A. J.”, 1924, p. 80 ss.

(56) En nuestro derecho, el vendedor carece de privilegio para el pago del precio. Adviértase el problema que aparece si la venta es sobre inmueble no inscrito, razón por la que la hipoteca legal del vendedor por el precio que se le debiere, no podría registrarse. Sólo le quedaría al vendedor la acción resolutoria de la venta, la que estaría expuesta a resultar ineficaz contra el subadquiriente de buena fe y a título oneroso, lo cual ha sido declarado por el Tribunal Supremo en un fallo de antología.

sin su culpa o que el caso fortuito o la fuerza mayor habrían alcanzado a la cosa aún en manos del acreedor (57). Los efectos de la mora cesan por el pago o la consignación en pago o por el abandono de la instancia por parte del acreedor. Asimismo, dicho acreedor puede renunciar a los efectos de la mora (57 bis).

No está claramente construída la fórmula contenida en el art. 1256 del cód. civ. Así, establece que "el deudor que estuviese en mora responderá de los daños y perjuicios, y aún del caso fortuito". Con esta expresión parece que no existen daños y perjuicios que provienen del caso fortuito y de la fuerza mayor y de los cuales no responde el deudor por expresa declaración del art. 1319 del mismo cód. civ., sino que el caso fortuito es una categoría especial. Lo evidente es que el deudor en mora responderá también de los daños y perjuicios que no se deben a su culpa o a su dolo, sino que sobrevinieron para el acreedor por caso fortuito o fuerza mayor. Y aquí es importante advertir que la mora se ha producido por culpa del deudor, por lo que debería daños y perjuicios moratorios; pero, además, acaece el incumplimiento de la obligación por caso fortuito y los daños y perjuicios compensatorios también los debe no obstante haber provenido de un caso fortuito; y ello es así porque el deudor ya se encuentra en mora.

Aquello de que el deudor moroso responde de la imposibilidad de la prestación, aunque dicha imposibilidad se deba a caso fortuito o fuerza mayor, proviene de que la mora induce la culpa y de que la pérdida estando el deudor incurso en mora no será para él un caso fortuito.

(Continuará).

(57) En no pocas hipótesis el acreedor persigue deliberadamente que su deudor incurra en mora. Así, en los contratos de locación-conducción de fundos rústicos, en los que el locador quiere recobrar la cosa por medio del desahucio por falta de pago. No ocurre lo mismo con el alquiler de casas-habitación, desde que el desahucio por falta de pago puede ser cortado por la posterior consignación del pago de la renta conforme a la legislación de emergencia. Pues bien; para el arrendatario no le será suficiente alegar que el locador no le cobró y el único remedio con que cuenta para evitar la mora es la consignación (art. 1258 cód. civ.).

(57 bis) SALVAT, N° 110, p. 54.