

El Derecho de las Obligaciones*

Sección Quinta

EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO VII

NOCION DE LA MORA

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Catedrático de Derecho Civil

La mora del deudor, en el cód. de 1852, lo hacía responder del deterioro de la cosa, según el art. 1263. Se comprende que el deudor respondía también de la pérdida, a estar a la doctrina del citado dispositivo, cuyo texto decía:

“Desde el día en que debe entregarse una cosa, corre de cuenta del que debe recibirla, aunque no se haya entregado; pero si la persona obligada a darla, ha incurrido en mora, es de su responsabilidad, el detrimento que sufra la cosa”.

Debe entenderse que el deterioro o pérdida se produce por efecto del *casus*, porque si esos acaecimientos provienen de dolo o culpa del deudor, respondería de los mismos aunque no se encuentre en mora.

En el art. 1302 del cód. de Napoleón se dispone: “De cualquier modo que la cosa robada haya perecido su pérdida no dispensa a aquel que la sustrajo de la restitución de su valor”.

O sea que el ladrón no se libera de responsabilidad aún cuando pruebe que la cosa robada hubiera perecido igualmente en-

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

contrándose en manos del propietario. Es la solución desde el Derecho Romano.

Este es evidentemente un rigor injusto, que se encontraba también en el art. 1298 del antiguo cód. de Italia y que nuestro cód. peruano no contiene.

En nuestra legislación no tenemos regla alguna que constituya en mora al delincuente desde el momento que perpetra el delito.

Sobre las consecuencias de la mora, previene el art. 287 del cód. civ. alemán:

"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".

La prestación del caso fortuito por el deudor en mora es lo que se conoce como la *perpetuación*. Esta denominación obedece a la circunstancia de que se quiere significar que la obligación subsiste aún cuando la cosa o el hecho perezca o resulte imposible por efecto del caso fortuito; se perpetúa la obligación no obstante tal acaecimiento invencible.

La declaración legal de que el deudor moroso no responderá del caso fortuito si prueba que éste habría alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo, se debe al principio de que si bien el acreedor no debe perder con la mora del deudor, tampoco debe ganar.

El deudor moroso responde de la pérdida de la prestación sobrevenida por caso fortuito durante la época de su mora. Ello obedece no a la mora en si misma, sino a que la prestación se perdió por causa de la mora; no es una sanción al deudor moroso por ser tal, sino que se repara el daño que tenga por origen la mora. Es por eso que al deudor se le permite liberarse de responsabilidad probando que el caso fortuito habría alcanzado a la prestación, aunque ella hubiera sido cumplida a su debido tiempo (art. 1256, § 2º cód. civ.). Si el deudor hubiera sido puntual en cumplir, la prestación no habría desaparecido por el *casus*.

El deudor en mora que experimenta la pérdida de la prestación por un incendio proveniente de un rayo, puede liberarse acreditando que si hubiera entregado las cosas en que la prestación consiste en el término convenido, el acreedor habría procedido a embarcarlas en un buque que después hubo de naufragar.

gar. Esta probanza habrá de aprovecharle, evidentemente, porque la ley lo hace responsable del *casus* en la hipótesis de que si el acreedor hubiera sido pagado a su debido tiempo hubiera evitado el *casus*. Si la puntualidad no impide el perecimiento de las cosas materia de la prestación, no existe razón para condenar al deudor.

Tratándose no del incumplimiento absoluto de la obligación, sino de la mora, no es necesario que para justificar el retardo el deudor acredite la existencia del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino simplemente la ausencia de culpa que produce la imposibilidad temporal para la ejecución de la prestación.

Esta afirmación que hacemos no deriva de especulaciones doctrinarias, sino de la letra de la ley. En efecto, el art. 1256 del cód. civ. después de establecer que el deudor que estuviese en mora responderá de los daños y perjuicios y aún del caso fortuito, declara en su segundo párrafo que dicho deudor podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en mora *sin culpa alguna de su parte*, o sea que en él existiría ausencia de culpa. Acreditará entonces que observó la diligencia exigible en todo hombre normal; y esta prueba lo librará de estar incurso en mora. Es claro que si prueba el acontecimiento fortuito, con mayor razón quedaría liberado.

Conviene destacar que la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor no se produce espontáneamente; es el deudor que no habiendo cumplido la prestación, pretende liberarse de las consecuencias de su incumplimiento y aduce el *casus*. Esta afirmación lo obliga a acreditar que el *casus* se produjo.

No es exacto expresar que la ausencia de culpa y el *casus* son nociones que se confunden, porque la prueba de la ausencia de culpa denota a la postre la existencia de un caso fortuito y viceversa. No; en muchos supuestos el deudor no prueba el acaecimiento imprevisible e insuperable, pero prueba que su conducta fué diligente, cuidadosa y que, sin embargo, le fué imposible cumplir. Adviértase que en la responsabilidad contractual, la culpa o su inexistencia no se determina en comparación con el *standard* o patrón del "*bonus et diligens pater familias*", sino con la noción de la culpa *in concreto* contenida en el art. 1322 cód. civ., o sea que habrá de atenderse a la naturaleza de la obligación, a la persona del deudor, a la época y al lugar del incumplimiento.

Cuando la ley reclama sólo ausencia de culpa, bastará también que el deudor acredite en el juicio que su conducta fué normal, que estuvo dentro de los límites de lo prudente y de lo cuidadoso, sin que tenga necesidad de probar el caso fortuito o la fuerza mayor. Por el contrario, si el precepto se refiere al *casus*, el deudor se encuentra constreñido a probarlo si quiere que se le libere de responsabilidad. De nada le servirá acreditar que no es culpable.

Si con el objeto de liberarse, afirma el deudor moroso que la prestación hubiera desaparecido del mismo modo, aunque la hubiere cumplido en la fecha señalada, es incuestionable que esta afirmación deberá ser probada suficientemente por dicho deudor. Así lo hacen notar WINDSCHEID (57 ter) y SALEILLES (57 quater).

Existen obligaciones en las que no es susceptible de producirse la mora del deudor, sino su incumplimiento absoluto. Así, por ejemplo, si se adquieren boletos para un espectáculo en fecha determinada, que no se realiza, o para un viaje en ferrocarril que no se efectúa, por culpa de la empresa.

Hemos expresado que el deudor moroso que responde por el caso fortuito puede liberarse probando que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida aún cuando hubiere cumplido con entregarla al acreedor a su tiempo. La prueba corre a su cargo, evidentemente. En caso contrario, su responsabilidad es manifiesta, ya que nada habría ocurrido si cumple con entregar la cosa el día señalado.

El principio contenido en nuestra legislación lo encontramos en el art. 287 del cód. civ. alemán, en estos términos:

“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”.

181.— *Hipótesis en que la mora equivale a la inejecución.*— Contempla este supuesto el art. 1257 cód. civ.:

“Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultara sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución, y exigir el pago de daños y perjuicios”.

(57 ter) *Diritto delle Pandette*, II, § 280, tex. y n. 14 de la p. 105.

(57 quater) *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, N° 34, p. 29, ed. 1901. El acreedor puede probar, a su vez, que hubiera vendido la cosa o que la habría transformado. Ello no impide que el deudor, a su vez, produzca prueba para acreditar que no pensaba venderla o transformarla.

El cód. alemán contiene una doctrina semejante en el 2º párrafo del art. 286:

“El deudor deberá indemnizar al acreedor del daño causado por su morosidad.

“Si a consecuencia de ésta no es ya útil la prestación para el acreedor, podrá éste rehusarla y reclamar daños y perjuicios por inejecución de la obligación. Son aplicables a esta materia por analogía, las disposiciones de los artículos 346 a 356 sobre rescisión convencional”.

En buenos principios, el retardo en la inejecución puede, en algunos casos, producir los mismos efectos que la inejecución completa, absoluta y total. Por ejemplo, si habiendo pedido juguetes para ser vendidos en Navidad, el comerciante los recibe con posterioridad a esa fecha. Es evidente que en este supuesto, la obligación carece de utilidad para el acreedor, por lo que puede negarse a que se ejecute y exigir los daños y perjuicios compensatorios; no daños y perjuicios moratorios.

El acreedor puede rechazar la prestación por cuanto el retardo le significa que dicha prestación le es inútil; pero como enseña BEVILAQUA (57 quinquies), corresponde al acreedor probar la inutilidad de la prestación, que solamente le era útil en la fecha que se había contractualmente designado para su cumplimiento. Sin embargo, será dispensado de probar la inutilidad, si del título de la obligación resultara que ella debería ser cumplida en el día señalado, so pena de ser rechazada si su ejecución se cumpliera posteriormente.

Entonces, el efecto substancial de la mora es la de constituir al deudor en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que dicha mora produjera. Este es un efecto legal, ya que el art. 1320 del cód. civ. dispone que “queda sujeto a la indemnización

(57 quinquies) IV p. 113. Existen obligaciones que en doctrina se conocen como cualificadas, o sea aquellas que señalan un término que las partes consideran fundamental para su cumplimiento, por lo que cumplidas con posterioridad al vencimiento del plazo señalado, más que mora lo que habría es incumplimiento total y absoluto. No están comprendidas como podría suponerse, en el inc. 2º del art. 1254 del cód. civ. (“Cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fué motivo determinante para establecer la obligación”), porque en las obligaciones cualificadas por el plazo no existirá mora sino incumplimiento total. Así, si el abogado que defiende los intereses del cliente le causa un daño irreparable por dejar vencerse el término para apelar o recurrir de nulidad, no obstante que tenía poder suficiente para hacerlo. Podría estimarse, empero, que esta mora conduce al incumplimiento absoluto, ya que el acreedor puede exigir, conforme al art. 1257 cód. civ., los daños y perjuicios y no la ejecución de la obligación..

de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en . . . mora".

Otro efecto que puede producir la mora es el de la rescisión del contrato, o sea cuando la mora del deudor ha tornado inútil la prestación para el acreedor, cuando éste ya no va a obtener la ventaja que pensó conseguir si la prestación se hubiere cumplido en el término señalado para su ejecución. Esto lo dice nuestro cód. en su art. 1257:

"Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultare sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución, y exigir el pago de daños y perjuicios".

Ya los daños y perjuicios que reclamará el acreedor no serán moratorios, sino compensatorios.

En casos como éste, el acreedor demandará en juicio la resolución del contrato; y ya no exigirá más el cumplimiento de la prestación demorada, que en esos momentos es inútil que ingrese dentro de su patrimonio.

Será evidentemente el juez quien habrá de decidir, mediante las probanzas aportadas por el acreedor, si la prestación se ha tornado inútil; y esta es una cuestión de hecho, librada a la apreciación subjetiva del juzgador. Es éste quien tendría en cuenta, v.g., que es el acreedor quien, habiendo advertido que el contrato le va a resultar desfavorable, atribuye gran importancia a una leve imperfección de la cosa que es objeto de la obligación.

Asimismo, si el acreedor recibe la prestación sin que se le proporcione, al mismo tiempo, la cantidad que representa la indemnización de daños y perjuicios, ello no importa una renuncia tácita del acreedor a reclamar la indemnización. Se trataría, en este caso, de una obligación en parte líquida y en parte ilíquida (lo es la indemnización de daños y perjuicios en todas las obligaciones que no son de capital), por lo que el acreedor puede recibir sin peligro el pago que se le hace, de conformidad con el segundo párrafo del art. 1247 del cód. civ.

Cuando el juez, acogiendo la pretensión del acreedor, declara rescindido el contrato por haberse tornado inútil la prestación, debe dar las razones en que se apoya para así declararlo; debe hacer un examen de la inutilidad que lo conduce a admitir lo alegado por el acreedor.

Por ejemplo, sería una prestación inútil la que pretenda hacer después de la fecha señalada para una comida de cumpleaños,

el bodeguero que vendió los comestibles que iban a emplearse en ella.

Siendo el acreedor quien afirma que la prestación le es inútil, es a él a quien corresponde probar este extremo. Por su parte, el deudor aportará pruebas de que la prestación continúa siendo de utilidad para el acreedor.

Si el juez, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, declara inútil la prestación, declarará también la rescisión del contrato, desde que el cumplimiento de la obligación supone la ejecución del contrato. Asimismo, el juez puede ordenar el pago de la indemnización de daños y perjuicios, si fueron reclamados por el acreedor. De otro lado, si el acreedor según el contrato tenía que verificar un pago sería eximido de hacerlo y si ya lo hizo podría repetirlo. Como ya se dijo, la indemnización de daños y perjuicios se deberá no por la mora, sino por la inejecución absoluta de la prestación, que al ser declarada inútil no será ya recibida.

No cabe ya entonces que la mora sea purgada por el deudor con el cumplimiento tardío de la obligación y el abono de los daños y perjuicios moratorios.

Las partes pueden, mediante una cláusula especial del contrato, estipular que no cumplida por el deudor la obligación en el tiempo señalado, será reputada inútil, razón por la que el acreedor queda exonerado de la prueba de la inutilidad de la prestación tardía. Esta sería una variante de la condición resolutoria expresa.

181 a.— *Purgación de la mora.*— La purgación importa la extinción de la mora, su enmienda, su conclusión. La mora se repara, se purga, se enmienda.

Esta materia no se encuentra tratada en nuestra legislación. Nada existe sobre la cesación de los efectos de la mora; no se sabe hasta cuándo es posible purgar la mora.

Por la doctrina sabemos que la mora concluye por una completa oferta de pago, formulada en tiempo y lugar oportunos.

Hay, entre nosotros, contratos que no admiten que la mora sea purgada. Así, los de locación-conducción de fundos rústicos, si la mora se ha producido para el conductor. Promovida demanda de desahucio, sin interpelación previa, nuestros tribunales han fallado, con rara uniformidad, declarando fundada la rescisión del contrato de arrendamiento, no obstante que el conductor tan

luego como fué notificado con la demanda de desahucio hubiere consignado en pago la renta debida. Esto es evidentemente cuestionable.

Precisamente, la legislación de inquilinato permite purgar los efectos de la mora en la locación de inmuebles destinados a la morada, ya que el pago de los alquileres debidos, más una cantidad prudencial por costas, corta el desahucio, o sea la demanda rescisoria del contrato de arrendamiento. Este beneficio ha sido extendido a los yanaconas mediante un Decreto Supremo de 6 de abril de 1955, o sea que también en ciertos predios rústicos se opera esta singularidad de que el deudor puede purgar la mora e impedir ser desahuciado. Es de advertir, empero, que este decreto, que modifica la ley civil, carece de validez, ya que el Ejecutivo no puede derogar las leyes, con simples decretos; la ley que contiene el cód. civ. está vigente en este punto.

El deudor que está incurso en mora y quiere purgarla no tratará de demostrar que carece de culpa, porque entonces lo que estaría controvirtiendo sería la existencia misma de la mora. La purgación de ésta supone la culpa del deudor.

El cód. civ. del Brasil se ocupa, en su art. 959, de esta materia:

"Purga-se a mora:

"I) por parte do devedor, oferecendo éste a prestação, mais a importância dos prejuízos decorrentes até o dia da oferta.

"II) por parte do credor, oferecendo-se éste a receber a pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.

"III) por parte de ambos, renunciando aquéle que se julgar por ela prejudicado os direitos que da mesma lhe provierem".

El anteproyecto del cód. de las obligaciones del Brasil trae el art. 287:

"Emendase a mora:

"I — por parte do devedor, com o oferecimento útil ao credor, da prestação, mais a importância dos prejuízos decorrentes até o dia da oferta;

"II — por parte do credor, oferecendo-se éste a receber o pagamento, e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.

"Parágrafo único — Proposta a ação pelo credor, cessa para o devedor a faculdade de emendar a mora".

La purgación de la mora es imposible si ya la prestación se tornó inútil; empero, lo importante en el anteproyecto brasileiro es que declara que demandada la obligación en juicio no puede

ser purgada. Quizá sería mejor decir que notificada la demanda rescisoria.

La purgación es un favor de la ley al deudor, que le permite neutralizar la acción del acreedor que quiera traerse abajo el contrato mediante la acción rescisoria o resolutoria.

Hay quienes sostienen que la mora puede ser purgada hasta la contestación con la demanda.

La doctrina del anteproyecto brasileiro es clara, aunque no es recomendable. Nosotros, nada tenemos sobre esto. Nadie sabe hasta qué momento el deudor puede purgar la mora.

En la ejecución de los contratos, los jueces peruanos no pueden establecer términos de gracia; nuestra legislación no los admite.

Por lo tanto, la sentencia que pone término a una demanda rescisoria o resolutoria de contrato, no puede establecer un término para la ejecución de la prestación incumplida, sino negar o declarar fundado el pedido del acreedor.

En otras hipótesis, el acreedor no pide la rescisión o resolución, sino el pago de la obligación que el contrato constituyó a cargo del demandado. En tales supuestos, la sentencia mandará pagar la prestación, con más los daños y perjuicios moratorios que hubieren sido acreditados.

La mora del deudor se extingue, asimismo, por la remisión del acreedor.

La concesión de un plazo por el acreedor importa una remisión futura.

ENNECCERUS (57 sexies) expresa que constituye un problema de interpretación determinar si la remisión de la mora, especialmente por la concesión de un plazo, importa que deben ser remitidas también las consecuencias que dicha mora hubiere producido.

La purgación de la mora la puede efectuar no el propio deudor, sino un tercero.

Importará remisión, para el derecho procesal alemán, la retirada del requerimiento (57 septies).

No se presume que la remisión de la mora supone que se han remitido las consecuencias ya producidas.

El pago tardío de la obligación, después de que el sujeto

(57 sexies) II, 1, § 54, 2, p. 277.

(57 septies) ENNECCERUS, II, 1, § 54, n. 2 de la p. 77.

Véase también WINDSCHEID. *Diritto delle Pandette*, II, § 281, p. 106 s.

pasivo se encuentra incurso en mora, no hace desaparecer las pretensiones derivadas de la mora; se trata de derechos independientes y autónomos.

Por ejemplo, durante la secuela del juicio de desahucio la entrega al locador, y el recibo sin observación por éste, de la renta debida, por cuyo mérito promovió la litis, no ocasiona el corte del juicio ni la pérdida del derecho a la rescisión del contrato de arrendamiento que la mora del arrendatario ha producido. La consignación de la renta posterior a la citación de la demanda es demostrativa de la mora del arrendatario. El retiro por el locador de lo consignado no puede producir el efecto de purgar la mora. De lo contrario, el locador estaría constreñido a no retirar la consignación hasta que el juicio concluyera, no obstante que el arrendatario ha continuado usando de la cosa.

Si el locador no demanda la rescisión en la vía ordinaria o en la sumaria de desahucio, por falta de pago de los arriendos y sólo se limita a cobrar dichos arriendos (en la vía ejecutiva, conforme al art. 598 del cód. de proc. civ.), si obtiene su abono, no conseguiría éxito en un desahucio posterior al pago, porque al tiempo de promoverlo había sido pagado de la renta debida. Ya no existiría mora.

Para los peruanos, existe en la ley un supuesto en que no obstante haberse demandado la rescisión goza el deudor de un plazo para el cumplimiento de la prestación, o sea que puede purgar la mora. Así, el art. 1414 del cód. civ. prevé que el comprador hubiere pagado parte del precio y no se hubiere señalado plazo para el pago del saldo y el vendedor opta no por pedir ese saldo, sino por demandar judicialmente la rescisión de la venta. Dispone este precepto que se declarará la rescisión si el comprador no obla el resto del precio dentro de ocho días de notificada la demanda de rescisión.

Es incuestionable que no obstante haberse vencido este plazo legal, el juez se verá impedido de declarar resuelto el contrato, si el comprador retiene el precio para obligar al vendedor a que le otorgue la escritura pública del contrato, supuesto que prevé el art. 1427 del cód. civ.

Fluye del cód. civ. la idea de que notificada la demanda de rescisión del contrato de venta, el juez deberá necesariamente declararla, si la misma se apoya en la falta de pago del precio y el contrato no señala plazo para su abono. Nos fundamos para hacer esta afirmación que no es necesario que se señale plazo, porque hay una mora *ex re*, que es la establecida en el art. 1411,

que dispone que el pago del precio se hará el día en que la cosa debe ser entregada. La rescisión, repetimos, será judicialmente declarada si la cosa ha sido entregada, hecho que obliga a pagar el precio. No nos parece defendible la alegación de que el comprador aún no estaba obligado a pagar ese precio porque no había sido interpelado.

Asimismo, el comprador puede exigir la rescisión del contrato si no se le ha entregado la cosa y no existía plazo para la entrega, porque conforme al art. 1400 del cód. civ. *in fine* la cosa debe entregarse inmediatamente después de la venta, si el contrato no señalaba plazo.

Notificada la demanda de rescisión si el vendedor consigna el precio, o, en su caso, el comprador, entrega la cosa, ello no enerva esa demanda y el juez deberá necesariamente declarar la rescisión. Ninguno de esos actos debilita la acción rescisoria. La mora no puede ser purgada después de la notificación de la demanda rescisoria.

Nuestro código sanciona aún la mora *inculcata* en el caso de la venta, por cuanto en su art. 1404 prevé que la entrega de la cosa no se hubiera hecho por culpa del vendedor. Es decir, decide que el contrato se declarará rescindido aún sin culpa del vendedor y lo único que hace es librar al vendedor del pago de los impuestos y gastos y del abono de los daños y perjuicios; pero el contrato se viene abajo. Y el art. 1405 lo obliga a pagar los intereses del precio que ha recibido, además de que el vendedor deberá devolver el precio que recibiera. Esos intereses serán los legales, evidentemente. Y la rescisión de la venta procede pese a que el comprador conociera el obstáculo de que ha provenido la demora de entrega, hipótesis regulada por el art. 1406 del cód. civ.

Existen así supuestos en que aún cuando la mora del deudor no derive de su culpa, es sancionado con la destrucción del negocio que hubiera concluído. Se trata ciertamente de soluciones criticables.

Si en un contrato bilateral existe cláusula que declara que se producirá la rescisión o resolución de pleno derecho (cláusula resolutoria expresa), producido el incumplimiento no podrá el deudor purgar la mora.

Para GIORGI (57 octies) si la condición resolutoria opera de

(57 octies) Teoría, II, Nº 73, p. 115. Examina GIORGI la cuestión que se debate en la doctrina francesa de si basta que la condición resolutoria sea expresa para producir la rescisión automática del contrato, o si para producir ese efecto se necesita añadir explícitamente que la obligación se resolverá de pleno derecho.

pleno derecho, la resolución deberá reputarse como un efecto consumado desde el momento de la incidencia en mora; y esa resolución no es reparable con las ofertas tardías que el acreedor no querrá aceptar. Ni siquiera habrá de repararse con la consignación el efecto que produjo la condición resolutoria que vive en todo contrato bilateral y que nuestro cód. legisla en el art. 1341.

¿Si en el contrato bilateral no existe precepto expreso como en la compra-venta, el deudor podrá purgar la mora no obstante haber sido notificado con la demanda de rescisión, hasta el momento de contestar la demanda, por cuanto la condición resolutoria sólo es tácita? Sin embargo, ni aún en esta hipótesis podría admitirse la purgación de la mora si el acreedor probara, en el curso de la litis, que la prestación le es ya inútil, como lo prevé el art. 1257 del cód. civ.

También cesan los efectos de la mora con la renuncia del acreedor, la que puede ser expresa o tácita. Empero, respecto a la renuncia tácita hay que proceder con sumo cuidado. Sólo se puede admitir ésta cuando los actos practicados por el acreedor son incompatibles con los efectos de la mora, o cuando resulta claro que el acreedor no quiere valerse de las consecuencias operadas por la mora. Las renunciaciones no se presumen, ni son susceptibles de interpretación extensiva. Por ejemplo, se discute si el recibo de la deuda sin protesta, por el acreedor, importa que éste cancela los derechos que tiene por la mora.

Sin embargo, no cabe reclamar rescisión si el acreedor recibió con atraso la prestación. Y ya sabemos que uno de los efectos de la mora es la rescisión del contrato.

No hay, para nuestra jurisprudencia, posibilidad de purgar la mora en el contrato de locación-conducción, de fundos rústicos, o de predios urbanos no destinados a habitación, una vez que se ha notificado al arrendatario con la demanda rescisoria de desahucio, a no ser lo previsto por la legislación del inquilinato.

Tratándose de la compra-venta a plazos, de cualquier clase de bienes, no cabe exigir la rescisión del contrato si se ha pagado más de la mitad del precio. Así lo previene el art. 1425 del cód. civ. O sea que la mora del comprador no producirá la rescisión de la venta. Empero, este precepto pierde todos sus benéficos efectos, al terminar con la frase "... salvo pacto en contrario".

Y en cuanto a la compra-venta, en general, ya hemos visto la hipótesis de que el comprador deba parte del precio y no se le hubiera fijado plazo para su abono. La rescisión no puede ser declarada por el juez sino en el caso de que el comprador no pagara en cierto plazo legal (art. 1414 cód. civ.). Si se debe todo el precio por el comprador y ya se le entregó la cosa vendida, el juez tendrá que declarar la rescisión que pida el vendedor, aunque al ser notificado con la demanda, el comprador hubiere consignado el precio, porque debió pagarlo el día en que la cosa le fué entregada, según el art. 1411 cód. civ. Caso distinto es si se le dió plazo al comprador para pagar y éste ha vencido y no ha sido interpelado. La demanda de rescisión por esta causa, no constituye requerimiento, porque no tiene esa finalidad.

Y respecto al contrato de venta, en general, no está claro en nuestro código, que la notificación con la demanda rescisoria por falta de entrega de la cosa vendida, obligue al juez a declarar rescindida la venta, si el vendedor cumple con entregarla o depositarla, en el curso de la litis (véase arts. 1404 y ss. del cód. civ.).

Es incuestionable que la ley civil debería proveer los dispositivos necesarios para que se conozca con claridad si la mora puede o no ser purgada y en qué tiempo verificarse la purgación; o si existen algunos contratos que no consienten la enmienda de la mora.

En el contrato de mutuo la mora en el pago de los intereses por el dinero recibido no supone que se ha producido la mora en el pago de la obligación principal. Sin embargo, puede pactarse que así ocurra y entonces el atraso en el abono de los intereses convenidos produce el decaimiento del plazo y permite al acreedor exigir el principal del préstamo. Asimismo, tratándose de la hipoteca naval el no pago puntual de los réditos da lugar a que el mutuante pueda exigir el pago del capital mutuado, aún cuando el plazo no estuviere vencido. Así lo disponen los arts 39 inc. 2º y 41 de la ley N° 2411, de 30 de diciembre de 1916. Es decir, que la mora en la obligación accesorio produce la mora de la obligación principal, aunque nada se hubiere pactado, si se trata del gravamen hipotecario de las naves.

Si el acreedor reclama lo que se le debe por intereses los jueces no le reconocen como de abono los intereses legales de la suma puesta a cobro, porque la misma representa intereses y éstos no pueden producir, a su vez, intereses. De otro lado, los intereses

penales se encuentran prohibidos, conforme a la ley N° 8372, de 6 de junio de 1936. Empero, la prohibición sólo se limita a los contratos de préstamo. Adviértase que los intereses penales inciden sobre el monto del préstamo; y los intereses moratorios a los que nos estamos refiriendo deberían producirse sobre el total de la suma representativa de los intereses adeudados.

La mora en el pago de los intereses convenidos no puede ser purgada con el abono de éstos, ni de los intereses penales, si su cobro estuviera permitido. O sea que la acción ejecutiva de cobro de la obligación principal (cantidad mutuada), no se detiene por el abono de las cuotas de intereses debidas, si se pactó que el acreedor podría cobrar el principal del préstamo aún antes del vencimiento del plazo convenido, en el caso de que el deudor no pagara puntualmente los intereses que se hubiere señalado. No cabe entonces enmendar la mora en la obligación accesoria que acarrea la exigibilidad de la obligación principal cuyo plazo debe considerarse que ha vencido no obstante que con arreglo al calendario se encontraría vigente.

Para BEVILAQUA (57 nonies) la excusa de la mora puede ser admitida en cualquier tiempo oportuno, si con eso no se hace daño a la otra parte; agrega que aunque esté iniciada la acción contra el deudor puede éste purgar la mora, esto es, puede admitirse que presta lo que le correspondía prestar por virtud de la obligación asumida, más los perjuicios que la mora hubiere causado.

No conocieron los romanos, en los orígenes de su derecho, la enmienda de la mora y fué CELSO quien introdujo esta purgación de la mora, atendiendo al supremo principio de la equidad, como atenuación de aquel otro riguroso principio de perpetuación de la obligación a consecuencia de la mora. Así lo hace notar PAULO en el *Digesto* (58).

El § 3 del título I del libro XLV — 91 — de PAULUS, libro XVII, *ad Plautium* dice:

"Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quominus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio, si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non

(57 nonies) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, IV, p. 115, 7ª ed., 1946.

(58) D. 45, 1, fr. 91 § 3º.

fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adolescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo, esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur, nam dum quaeritur de damno, et par utriusque causa sit, quare non potentiur sit, qui teneat, quam qui persequitur?"

Cuya traducción es la que sigue:

"Corresponde ver respecto a lo que los antiguos establecieron, que siempre que interviene culpa del deudor se perpetúa la obligación, cómo haya de ser entendido. Y si verdaderamente hubiere hecho el prometedor que no pueda pagar, la Constitución tiene fácil inteligencia; pero si solamente hubiera sido moroso, se duda, si, no habiendo sido después moroso, se extinguirá la mora anterior. Y escribe Celso, el joven, que el que incurrió en mora en entregar el esclavo Stico, que había prometido, puede enmendar esta morosidad ofreciéndolo después; porque esta es una cuestión de bondad y de equidad, en cuyo género de cuestiones se yerra, dice, perniciosamente muchas veces atendiendo a la autoridad de la ciencia del derecho. Y verdaderamente es admisible esta opinión, que ciertamente sigue también Juliano; porque cuando se cuestiona sobre el daño, y es igual la causa de uno y de otro, ¿por qué no será preferente el que tiene sobre el que persigue?"

En las obligaciones de dar sumas de dinero nunca se produce el incumplimiento total y absoluto; no existe más que mora o incumplimiento relativo. Y la mora se purga con el pago de la suma que se adeuda. En esta clase de obligaciones los daños y perjuicios que causa la mora se reparan con el abono de los intereses estipulados, o con el de los intereses legales. Pagada la obligación de dinero, con más los intereses convenidos o legales devengados hasta el día del pago, cesa el curso de los intereses, o sea que se ha purgado la mora.

El acreedor puede válidamente negarse a recibir el pago si sólo se pretende entregársele la suma representativa de la obligación de capital y no los intereses causados. Si en razón de la negativa del acreedor a recibir el capital sin intereses se le consigna sólo el capital, dicha consignación no impedirá que los intereses continúen devengándose, no obstante que el capital ha sido consignado. Ello obedece a que la impugnación que formule el

acreedor contra esa consignación que él considera diminuta, se declarará fundada; por tanto, la consignación insuficiente no ha extinguido la obligación productora de intereses.

En el contrato de sociedad civil el socio debe aportar el capital a que se obligó por el pacto, dentro del plazo convenido. Si no lo hiciere, la sociedad puede promover juicio de rescisión del contrato con respecto a dicho socio, haciendo uso del derecho que le concede el art. 1693 del cód. civ. La posterior entrega o consignación del capital prometido, cuando ya ha sido notificado con la demanda rescisoria, no purgará la mora del socio ni impedirá que judicialmente se declare la rescisión parcial.

En el contrato de renta vitalicia, el acreedor de las pensiones adeudadas, no conseguirá éxito si demanda la rescisión del contrato por falta de pago de las pensiones. La mora del deudor de las pensiones no autoriza al acreedor a rescindir el contrato, por expresa declaración del art. 1757 del cód. civ. El acreedor de la renta sólo puede demandar la rescisión del contrato, si el que recibió el capital y se obligó a pagar las pensiones, no otorga las seguridades que para su cumplimiento se estipularon contractualmente, o sea que la acción rescisoria procede si el deudor incurrió en mora para la prestación de garantías. Notificado con la demanda de rescisión, el deudor no puede purgar la mora en que ha incurrido, prestando las seguridades pactadas. Así lo establece el art. 1758 del cód. civ.

En realidad, nuestro cód. civ. no contiene ningún precepto que permita purgar la mora al deudor, en forma general. Tampoco lo tenía el cód. civ. derogado.

Sin embargo, en el censo enfiteútico, que en el Perú no puede constituirse por prohibirlo el art. 1º de la ley N° 1447, de 7 de noviembre de 1911, el cód. del 52, en su art. 1903 disponía: "El enfiteuta puede purgar la mora y salvar la cosa del comiso, satisfaciendo todo el canon adeudado y las costas. El derecho de purgar la mora existe hasta que se pronuncie sentencia que cause ejecutoria en el juicio de comiso". Con respecto al contrato de locación-conducción de inmuebles urbanos destinados a la habitación, el art. 9º de la ley N° 8765, de 20 de octubre de 1938, permite al inquilino purgar la mora en el pago de los alquileres, no obstante que el juicio de desahucio haya sido sentenciado y se encuentre el fallo en ejecución. Previene el art. 9º: "El procedimiento fenecerá si en cualquier momento antes del lanzamiento el conductor consigna la merced conductiva devengada hasta

el día del pago, más una cantidad que a juicio del juez sea bastante para garantizar las costas causadas al demandante. El juez regulará estas costas en la forma ordinaria”.

Este beneficio ha sido concedido también a los inquilinos de predios urbanos destinados a establecimientos comerciales, fabriles, industriales, profesionales o a otros usos que no sean casas-habitación, por el art. 2º del Decreto Supremo de 27 de setiembre de 1949, que dispone: “En los casos de desahucio por falta de pago de la merced conductiva de los inmuebles anteriormente indicados, el procedimiento fenecerá en cualquier momento, hasta antes de consumado el lanzamiento, si el conductor consigna la renta adeudada hasta el día del pago, más una cantidad prudencial para garantizar las costas del proceso. La reincidencia en la mora no invalida los efectos de esta disposición”. Los jueces admitían esta facultad concedida a los inquilinos de inmuebles no destinados a la morada, por un simple decreto supremo. Es inquestionable que una disposición emanada del Poder Ejecutivo no puede modificar los preceptos del cód. civ. y del cód. de proc. civ., que no permiten que el arrendatario en general, purgue la mora en el pago de la renta con la consignación posterior de ésta. Estos códigos son leyes de la República y ninguna ley se deroga sino por otra ley, conforme al art. I del título preliminar del cód. civ.; empero, en este caso, un decreto enerva lo regulado por leyes.

En el contrato de compra-venta nuestro cód. concede el plazo de ocho días para purgar la mora al comprador que no ha pagado el resto del precio y este plazo se cuenta desde que fué notificada la demanda de rescisión o resolución de la venta. Declara el art. 1414 del cód. civ.: “Cuando se ha pagado parte del precio, y en el contrato no se estipuló plazo para el pago de la otra parte, se declarará la rescisión que pida el vendedor, si el comprador no obla el resto del precio dentro de ocho días después de notificada la demanda. Rescindido el contrato, el vendedor devolverá la parte de precio pagado, deducidos los impuestos y gastos del contrato”.

De la norma reproducida se desprende que no se ha señalado plazo para el pago del saldo de precio, porque si se señaló plazo para el pago del resto, el comprador no goza de los ocho días para purgar la mora en que ha incurrido; es decir, la rescisión debe ser admitida y declararse fundada.

Asimismo, no habiendo plazo fijado para el pago de todo el precio, éste debe abonarse el día en que la cosa se entrega, según el art. 1411 del cód. civ. O sea que si entregada la cosa el comprador no paga el precio la demanda de rescisión deberá declararse fundada, porque no hay posibilidad legal de que el comprador purgue la mora en que ha incurrido.

En lo que respecta al vendedor, éste debe entregar la cosa vendida inmediatamente después de la venta, salvo que se le hubiere señalado plazo (art. 1400 *in fine* del cód. civ.). La no entrega inmediata, o en el plazo señalado, otorga al comprador la facultad de pedir la rescisión o resolución de la venta. Notificada la demanda de rescisión, no hay posibilidad en la ley de que el vendedor purgue la mora de entrega en que ha incurrido entregando la cosa vendida. La rescisión deberá en este caso ser judicialmente declarada.

Hay opinión en contra que declara que la mora no se produce automáticamente, sino que es necesaria la interpelación. Empero, la demanda misma de rescisión o resolución, importa la interpelación o requerimiento que constituye en mora al obligado y que le impide ya en lo posterior, purgar la mora.

En conclusión:

Nuestro cód. civ. no contiene una norma de carácter general, sobre purgación de la mora. Por tanto, se puede establecer como principio, que el deudor incurrido en mora no puede impedir las consecuencias jurídicas que la misma produce.

Que sólo existen casos específicos por los que se concede al deudor moroso la posibilidad de purgar la mora y mantener la vigencia del contrato, el cual podría quedar resuelto por aplicación de la condición resolutoria.

Que tratándose del cumplimiento de las obligaciones de capital, los daños y perjuicios que debe el deudor moroso, cesan de continuarse produciendo con el pago de la obligación, más los daños y perjuicios ya causados, o sea que se permite que se purgue la mora.

Tratándose del contrato de mutuo de dinero puede declararse su resolución y exigir el pago de la obligación principal antes del término, si se ha estipulado que la mora en el pago de la obligación accesoria de intereses, por el deudor, produce tal resolución y hace exigible inmediatamente la solución de dicha obligación principal.

Debe estimarse que la citación con la demanda resolutoria o rescisoria importa interpelación judicial y constituye en mora al cocontratante.

Existe, sin embargo, un principio general muy importante: *La mora concluye con la prescripción de la obligación que dió origen al requerimiento. Dicho requerimiento impide la extinción por prescripción, pero la interrupción de la prescripción queda sin efecto si se declara el abandono del juicio.* Véase art. 278 del cód. de proc. civ.

182.— *La mora del acreedor.*— La mora creditoria es difícil, pero no imposible de darse.

Habrà mora del sujeto activo de la obligación cuando éste se resista, sin tener ninguna razón jurídica, a recibir la prestación del sujeto pasivo. Así, *X* le vende a *Z* un caballo y cuando *X* pretende entregárselo, para ejecutar —no perfeccionar— el contrato, *Z* se niega a recibirlo.

Existirá mora *accipiendi* o *credendi* cuando el acreedor se niega a recibir el pago en el tiempo, lugar y modo pactados; rehusa las ofertas de pago que le hace el deudor, o no se le encuentra en el lugar que se había designado para el pago.

En el cód. civ. francés y los que siguieron este modelo, no existe mora del acreedor; el deudor sólo tiene el recurso de la consignación. En el cód. alemán, por el contrario, la mora del acreedor ha sido minuciosamente regulada, ya que con su retardo agrava la obligación a cargo del deudor. Fué, en efecto, el cód. alemán el primero que se ocupa de la mora *accipiendi*. Empero, ésta no es una invención o creación del legislador germano ya que los romanos conocieron la mora del acreedor y regularon sus efectos como habremos de comprobarlo.

No cabe hablar, sin embargo, de que exista paralelismo entre esta mora del acreedor y la mora del deudor. En esta última es esencial la idea de la culpa.

Hay que fijar previamente una cuestión muy importante: el acreedor incurre en mora cuando siendo necesario su concurso para el cumplimiento de la obligación, lo niega sin justo motivo, retardando así la liberación del deudor.

Por consiguiente, en aquellas obligaciones para cuyo pago no se necesita el concurso o cooperación del acreedor, no habría éste de incurrir en mora, ya que la liberación del deudor se consigue con el depósito o pago por consignación, sin exigirse el concurso del acreedor.

Hay entonces obligaciones que requieren para su completa actuación el concurso del acreedor; otras obligaciones que no presuponen esa contribución. La mora del acreedor aparece en las obligaciones que exigen una cooperación conclusiva y liberatoria del acreedor.

Presupuesto insustituible en la mora creditoria es el no intervenir el acreedor para el cumplimiento de la obligación en la forma que se le demanda.

En algunos casos, se reclama del acreedor una intervención pasiva; así, cuando debe recibir una deuda *portable*. Empero, lo frecuente es que se exija del acreedor una intervención activa; así, cuando se trata de deuda *quéritable*.

Existen obligaciones en que no es posible la mora *creditoris*, como son las de no hacer o las estipuladas en favor de terceros, desde que para su cumplimiento no le es impuesta al acreedor ninguna conducta especial. En estas obligaciones no se da la mora del acreedor (58 bis).

Si la mora del acreedor importa que dicho acreedor se abstiene de cooperar al cumplimiento, no existirá *mora credendi* en las obligaciones cuyo objeto comporta omisiones, porque para cumplir estas obligaciones no se reclama cooperación de ningún género del acreedor.

Y la falta de cooperación del acreedor debe ser injustificada, o sea que no pueda existir para justificar la falta de cooperación un motivo legítimo, como reclama el art. 91 del cód. suizo y el art. 1206 del cód. civ. italiano.

En el sentido ya indicado, para BARASSI (58 ter) es presupuesto de la mora creditoria que sea necesario el concurso del acreedor para el cumplimiento de la obligación. Esto es en verdad esencial. Además, el deudor deberá hacer cuanto esté en su poder para el cumplimiento de la obligación.

No cabe mora del acreedor y, a la vez, mora del deudor. Entre los presupuestos de la mora está el de la inexistencia de la mora en el otro sujeto de la obligación. Acreedor y deudor no pueden ser morosos al mismo tiempo.

No existen moras simultáneas, al mismo tiempo. Una mora excluye a la otra. Determinada la mora de uno de los sujetos de la obligación, el otro no puede estar incurso en mora.

(58 bis) Véase ESPINOLA, II, 1, p. 399.

(58 ter) "La teoria generale delle obbligazioni", III, Nº 248, p. 87, 2ª ed., 1948.

Si el deudor paga después de vencido con exceso el plazo, no estará en mora. Y si el deudor ofrece el pago al acreedor después de vencido el plazo y éste lo rehusa, la mora del acreedor se inicia desde el rehusamiento. En nuestro derecho no existe mora automática; no hay *dies interpellat pro homine*.

Puede acontecer que las moras del acreedor y del deudor se sucedan. Así, el acreedor no quiere recibir cuando éste le ofrece pagar; y, posteriormente, el deudor incurre en mora cuando el acreedor le reclama el pago y dicho deudor no lo efectúa. En tales casos, al hacerse el pago mediante ejecución judicial, cada uno de ellos responderá de los daños y perjuicios que les corresponden, teniéndose en cuenta los períodos en que estuvieron en mora, operándose entonces la compensación. La mora sobreviniente no cancela los daños y perjuicios de la mora antecedente. La regla *posterior mora nocet* no extingue ni cancela los efectos de la mora de la otra parte.

Conviene expresar que el deudor no necesita pagar para no estar en mora. Para nosotros, el deudor estará obligado a pagar no cuando la obligación sea exequible por vencimiento del plazo, sino cuando el acreedor lo interpele. Es indiferente que la obligación haya vencido, si el acreedor permanece en silencio. No hay entonces necesidad de que consigne; basta que ofrezca pagar para provocar la mora del acreedor. Si tuviera que consignar necesariamente, jamás se daría la mora del acreedor.

Puede ocurrir también que el deudor se encuentre en mora porque el acreedor lo ha interpelado hace tiempo. Pero después formula la oferta y el acreedor se niega a recibir el pago; ello producirá la mora del acreedor y hará cesar su propia mora.

La mora *accipiendi* no tiene los mismos fundamentos que la mora *solvendi*. Para esta última se tiene en cuenta que el deudor está constreñido a cumplir. Por el contrario, el acreedor sólo tiene el derecho de aceptar la obligación; no está en el deber, en la obligación, de aceptarla.

Háblase de mora del acreedor no en el sentido de cumplimiento de la prestación, porque el acreedor nada tiene que ver con dicho cumplimiento. Sin embargo, deberá éste cumplir ciertos actos que hagan posible dicho cumplimiento.

Debido a su mora el acreedor se convierte en deudor de su deudor, ya que con el pago dicho deudor quedaría liberado y si el acreedor dificulta el pago su situación es análoga a la del deudor moroso.

Veamos este ejemplo: *A* se ha obligado por contrato a recibir el pago en su domicilio, en fecha determinada; pero *A* no se encuentra en su domicilio en la fecha señalada, ni ha dejado representante autorizado suficientemente para recibir el pago. Es inquestionable que el acreedor estará en mora, sobre todo si, v.g., al recibir el pago deberá cancelar una hipoteca localizada en bien del deudor o de un tercero. La no cancelación oportuna del gravamen es indudable que ha producido daños y perjuicios, que han impedido vender o gravar ventajosamente el bien. Es de advertir, sin embargo, que para constituir en mora al acreedor deberá interpelársele, propiamente, hacerle la oferta de pago. Para la mora del acreedor se requiere que exista prueba de que éste ha rehusado recibir la prestación; por ello la oferta verbal no es eficaz, atendida la circunstancia de la dificultad de acreditarla. La oferta desempeña el mismo papel que la interpelación.

Por el art. 1175 de nuestro cód. civ. si la cosa mueble se pierde antes de su tradición, esa pérdida la sufre el deudor al quedar disuelta la obligación; empero, encontrándose el acreedor en mora de recibir, no obstante no habersele hecho la tradición, esa pérdida la soportará dicho acreedor.

ENNECCERUS (58 quater) informa que la mora creditoria es un retraso del cumplimiento fundado en que el acreedor omite la cooperación (especialmente, la aceptación) indispensable por parte de ese acreedor.

Asimismo, con la mora *accipiendi* no se extingue la obligación del deudor: éste continúa obligado a cumplir la prestación (58 quinquies). Sin embargo, con la mora del acreedor es evidente que éste carga con los riesgos; así, si la cosa mueble se deteriora por caso fortuito, ese deterioro lo sufrirá el acreedor. Para ello se tiene en cuenta que la posición del deudor no puede ser agravada

(58 quater) Trat. de D. Civ., II, D. de las oblig., 1, § 57, p. 286

(58 quinquies) En la Argentina sus tribunales han dictado un fallo por lo menos sobre mora del acreedor. Así, en el de 5 de diciembre de 1949, inserto en "La Ley", 57, p. 497 s., se establece que el acreedor incurre en mora cuando por un hecho suyo o una omisión culpable hizo imposible o impidió la ejecución de la obligación y que es impropio de la ejecución cuando el acreedor, antes de proponer el juicio, frustró los propósitos del deudor de cumplir con su prestación; por estos fundamentos se desestimó la ejecución con costas, o sea que en buena cuenta se cometió el absurdo de que el deudor quedare liberado del cumplimiento de su obligación, efecto que en ninguna hipótesis debe producir la mora *credendi*. En efecto, declarar sin lugar la ejecución importa declarar la inexistencia de la obligación, a no ser que se funde en una excepción específicamente dilatoria la denegatoria (salvo la caducidad de la obligación ejecutiva, que no importa la inexistencia de la obligación, porque ésta puede ser cobrada en la vía ordinaria).

por la conducta del acreedor. En efecto, la cosa mueble debería ser entregada por el deudor al acreedor en cierto día prefijado y el acreedor se niega a recibirla. Si con posterioridad dicha cosa mueble se deteriora por caso fortuito, esa disminución de su valor la sufre el acreedor, sin que le sea lícito disolver la obligación o pedir reducción de precio, como lo autoriza el art. 1177 cód. civ.

Sobre mora *accipiendi* o mora del acreedor véase GIORGI (58 sexies) y SALVAT (58 septies).

MAYNZ (58 octies) expresa que el acreedor estará en mora en todos aquellos casos en que por un hecho u omisión culpable, hace imposible o impide la ejecución actual de la obligación. V.g., si rehusa aceptar la prestación que legítimamente se le ofrece en el tiempo y lugar oportunos, no hallándose en el lugar convenido para la ejecución, rehusando concurrir a los actos indispensables para la ejecución, como la medida o peso de los objetos que se han de entregar, o la liquidación de un crédito no líquido. MAYNZ (58 nonies) cita en nota todas las frases y fragmentos de los que se extrae esta teoría de la mora creditoria en los romanos. Llama la atención, evidentemente, que un código como el de NAPOLEÓN no hubiera recogido esta mora *credendi*, por lo cual tampoco la conocieron los códigos que tuvieron como fuente el código napoleónico. No sería aventurado afirmar que a causa de los romanistas latinos no se estudiara cuidadosamente este problema.

Realmente tiene que sorprender a quien estudia la mora y sus efectos, que los códigos como el francés, hayan desdeñado ocuparse de la mora del acreedor. No sólo el código civil peruano abrogado, sino el vigente, no regulan la mora creditoria. Ello no supone, empero, que en una controversia los jueces no examinen su aparecimiento y sus consecuencias. Pese a que la ley nada declare, el juzgador tendrá que atribuir a cuál de las dos partes le corresponde soportar los riesgos —en las cosas muebles, especialmente—. V.g., la pérdida de esas cosas muebles, por caso fortuito, encontrándose aún en poder del deudor, no lo hará a éste sufrir la pérdida, si antes quiso entregarlas al acreedor, pa-

(58 sexies) II, Nos. 82 ss., p. 121 ss.

(58 septies) Obligaciones en general, Nº 111 s., p. 54 s., ed. 1935.

Para el conocimiento de la mora del acreedor en el derecho alemán revívese ENNECCERUS L., II, 1, § 280, p. 286 ss.

(58 octies) Curso de D. Romano, II, p. 48, 2ª ed., 1892.

(58 nonies) Curso de D. Romano, II, n. 5 de la p. 48, 2ª ed., 1892.

ra lo cual formuló la oferta respectiva, y éste no concurrió a recibirlas el día del pago.

Es claro que también la consignación o el depósito constituyen en mora al acreedor; empero, esto no tiene mayor significación a causa de que dicha consignación en pago, es una de las variantes del pago; y, propiamente, la consignación tiene todos los efectos peculiares y extintivos del pago, en cuanto éste importa determinar que la obligación ha concluído.

La consignación al ser pago extingue la obligación por cumplimiento, por lo que si el acreedor no retira lo consignado no se encuentra en mora de recibir; la ley considera que se le pagó con la consignación. La oferta seguida de consignación libera al deudor; pero la oferta pura y simple produce la mora del acreedor.

RUGGIERO-MAROI (59) enseñan que si bien el acreedor no está obligado a recibir, él no puede oponer obstáculos a la liberación del deudor. La mora del acreedor es todo injustificado retardo a recibir la prestación ofrecida en el modo especificado en la ley, o toda injustificada omisión a cumplir cuanto es necesario a fin de que el deudor cumpla la obligación.

Para MESSINEO (59 bis) así como existe un retardo culposo (o doloso) del deudor, también puede existir el hecho *injustificado* (aunque no sea culposo, ni sea doloso) del acreedor, de no recibir el cumplimiento (aunque le sea ofrecido en los modos de ley), o la abstención de cumplir lo necesario (los llamados actos preparatorios), para que el deudor pueda pagar la obligación.

BEVILACQUA (59 ter) define la mora del acreedor como el retardo en el recibo de la prestación.

La mora importa retardo en el cumplimiento de la obligación. En un caso el retardo se debe a un acto del deudor; y en otro a un acto del acreedor.

Es al deudor a quien corresponde soportar la onerosidad de la prestación; y por un acto que no ha sido cometido por el deudor, sino por el acreedor, se perpetúa la onerosidad de la prestación que ha asumido. Es evidente que la mora del acreedor puede acarrearle al deudor daños positivos; así, el retardo del acreedor impone al deudor incurrir en los gastos de conservación de la cosa debida; por ejemplo, se trata de ganado por en-

(59) Istituzioni, II, p. 97 s., 6ª ed.

(59 bis) Manual de D. Civ. y Com., IV, § 120, p. 346.

(59 ter) Código, IV, p. 112, 7ª ed., 1946.

tregar, que el acreedor se resiste a recibir, y que deberá mantener durante todo el tiempo de la mora *accipiendi*.

Es razonable que si la ley se muestra severa al regular la mora del deudor, también proceda en la misma forma cuando se trata de la mora del acreedor.

El cód. civ. alemán, en su art. 293, define así la mora del acreedor:

“Se constituye en mora el acreedor cuando no admite la prestación que se le ofrece”.

El art. 1206 del cód. civ. italiano previene:

“*Condizioni.— Il creditore é in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto é necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione*”.

En Suiza el art. 91 de su *code des obligations* declara:

“*Le créancier est en demeure lorsqu'il refuse sans motif légitime d'accepter la prestation qui lui est régulièrement offerte, ou d'accomplir les actes préparatoires qui lui incombent et sans lesquels le débiteur ne peut exécuter son obligation*”.

El proyecto franco - italiano de las obligaciones y contratos no regula la mora *accipiendi*.

En el cód. civ. del Brasil se trata en una sola sección de la mora del acreedor y de la mora del deudor. Así, el artículo inicial, que es el 955, previene:

“*Considera-se em móra o devedor, que nao effectuar o pagamento, e o credor que o nao quizer receber no tempo, lugar e forma convencionados*”.

No obstante lo dicho por el legislador peruano, nuestro cód. ha omitido regular la mora del acreedor; empero, es obvio que ella tendrá que ser judicialmente determinada si al ser invocada por la parte, el juez, en vista de las pruebas aportadas, así lo declara en un fallo ejecutoriado.

Expresa OLAECHEA (59 quater), en la 135a. sesión de la Comisión Reformadora del nuevo código, su fecha 13 de enero de 1926: “El Anteproyecto se ocupa de la mora del acreedor *mora accipiendi*, la que se opera cuando éste se niega a recibir el pago, y contempla por tanto el fenómeno jurídico de la mora

(59 quater) Véase ACTAS, V, p. 188, ed. Castrillón, 1928. Lo mismo dice el legislador en la exposición de motivos de nuestro cód. civ. Véase APARICIO y G. S., Cód. Civ., III, p. 419.

bilateral y su posible compensación". En efecto, no existe precepto alguno, en el Anteproyecto, que se refiera a la mora del sujeto activo de la obligación, y menos aún en el código vigente.

Tampoco en el Proyecto del nuevo cód. civ. del Perú (59 quinquies) se dice nada de la mora *credendi*, o sea que no obstante lo expresado por OLAECHEA en la exposición de motivos, en la elaboración de este cuerpo de leyes se olvidó de regular esta mora. Debe, sin embargo, revisarse si la mora creditoria desapareció por obra de la comisión revisora, que en otras partes del código destruyó el esfuerzo de OLAECHEA.

Pese a ello, nuestros jueces tienen, como hemos dicho, que examinar la mora del sujeto activo y las consecuencias que se han producido con respecto al cumplimiento de la obligación convenida. Por ejemplo, si el acreedor, por haber rehusado irrazonablemente el recibir la prestación en el término convenido, hizo incurrir en gastos considerables de conservación al deudor, los cuales no se habrían producido si el deudor hubiere tenido la posibilidad de cumplir la obligación en el término prefijado. Y si llevamos el análisis hasta sus últimas consecuencias, podíamos figurarnos que el deudor después de constituir en mora a su acreedor, fuera declarado en quiebra, en cuya hipótesis no sería ya el deudor el que le reclamara al acreedor los daños y perjuicios que el retardo le irrogaría, sino el síndico. Más grave aún es este hecho, si realizada la consignación en tiempo hábil, el síndico retirara después el depósito.

La obligación del juzgador de examinar los efectos de la mora *credendi*, en caso de ser reclamados por el deudor, se apoya en el art. XXIII del T. P. del cód. civ. peruano, que dispone:

"Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios del derecho".

Nosotros tenemos en el nuevo cód. hasta 2 preceptos aislados de mora *accipiendi*: El art. 1557 del cód. civ. previene que si el empresario se obliga a poner materiales, sufre la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad del dueño para recibirla.

El dueño es el acreedor y si éste se niega a recibir la obra incurrir en mora. Las consecuencias de la mora habrían de ser que

la pérdida o destrucción de la edificación por caso fortuito la sufrirá el dueño o acreedor.

El art. 1557 del cód. civ. a la letra dice:

“Si el empresario que contrató la obra se obliga a poner los materiales, sufre la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad del dueño para recibirla”.

La obra que ha sido edificada por el empresario en el solar proporcionado por el dueño, repútase bien mueble, no obstante su carácter inmueble, ya que se ha incorporado al suelo. Si se destruye antes de la entrega, se destruye para su dueño, o sea para el empresario, si no hizo tradición de ella.

Conforme al art. 1553 del mismo cód., “cuando el empresario pone materiales e industria hay una venta, y debe arreglarse a los principios establecidos en el título que corresponde a ese contrato”. Antes de la tradición de la cosa mueble no hay desplazamiento de propiedad del empresario al dueño del suelo.

Según el precepto del art. 1557 si la pérdida de lo edificado se debe a caso fortuito o fuerza mayor, esa pérdida la sufrirá el constructor, salvo si el acreedor está en mora de recibirla, por haber sido citado para recibirla oportunamente.

De acuerdo con la doctrina imperante sobre mora *accipiendi*, si el dueño del edificio ha sido constituido en mora por el empresario, es decir, hay mora del acreedor, y si dicho empresario destruye por su culpa el edificio, esa destrucción la soportará el dueño, que es el acreedor. Sólo si la destrucción se debe a dolo o culpa inexcusable del empresario, responderá éste, que es el deudor.

El art. 1558 del cód. civ. peruano se refiere a la oferta que constituye en mora al acreedor, al declarar:

“Desde que el empresario pone la obra a disposición del propietario está éste obligado a recibirla. Si no obstante el requerimiento del empresario, el propietario retarda sin justa causa recibir la obra, se reputará entregada”.

Otras hipótesis de mora *credendi* que contiene el cód. civ. peruano se refieren a la venta de cosas muebles por peso, número y medida. Los dispositivos son los que siguen:

Art. 1385.— “La venta de las cosas por peso, número o medida, queda perfecta desde que las partes convienen en la cosa y en el precio; pero no pasa el riesgo al comprador hasta que se pesen, cuenten o midan y queden a su disposición.

“Si al contrario, estas mismas cosas se venden en conjunto, pasa desde luego el riesgo al comprador.

“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”.

Art. 1386.— “También pasa el riesgo cuando el día no fué señalado en el contrato, si lo determina el vendedor, cita al comprador y éste no concurre, estando las cosas a su disposición en el tiempo, lugar y modo estipulados”.

La mora del acreedor-comprador se produce si el deudor-vendedor determina, a su albedrío, el plazo que no ha sido contractualmente previsto, lo cita a dicho comprador y éste no concurre. El comprador es acreedor de cosas muebles.

Esta venta ha quedado consumada consensualmente, pero el derecho de propiedad del comprador no se ha configurado mientras las cosas muebles no le sean entregadas, por lo que no estando en mora el comprador, en caso de perderse las cosas muebles, esa pérdida la sufrirá el vendedor, que es su dueño.

Estos preceptos figuraban también en el cód. civ. de 1852, bajo los números 1315 y 1316.

En los dispositivos del cód. vigente se han incluido frases relativas al tiempo, lugar y modo de ejecución.

Nótese que el tercer párrafo del art. 1385 del cód. agrega “... hallándose las cosas a su disposición”, frase que no impone al deudor la obligación de citar al acreedor, pero que sí lo obliga a producir prueba de la circunstancia de que las cosas se encuentran a la orden de éste. Si el acreedor no se presentare quedará constituido en mora, ya que se trataba de la designación de un día para apartar la mercancía de la existencia del deudor y que éste tenía la obligación de entregar. Es obvio que la pérdida de las cosas lo hará soportar el riesgo al acreedor-comprador, si esa pérdida se produjo sin dolo o culpa inexcusable del deudor-vendedor, no sólo porque lo manda el párrafo precitado del art. 1385, sino porque ello está de acuerdo con la regla del art. 1175 del cód. civ. y pese a que se viola la máxima de que el género no perece jamás. No es necesario que la mercancía ofrecida haya sido separada de la existencia del deudor-vendedor.

182a.— *Requisitos de la oferta para producir la mora del acreedor.*— Así como la interpelación o requerimiento es nece-

sario para originar la mora del deudor, salvo aquellos supuestos de mora *ex re*, o que se trate de derechos en que funciona la regla de que el tiempo interpela al hombre, la oferta es indispensable para producir la mora *credendi*, o sea que cumple su misma función.

Por regla general, la mora del acreedor requiere una oferta *real* de cumplimiento y la negativa, expresa o tácita, del acreedor a recibir el pago. No basta que el deudor exprese que está pronto a cumplir.

La oferta verbal puede constituir en mora al acreedor, siempre que se pueda probar que hubo ofrecimiento del deudor y rechazo del acreedor.

A este respecto, el cód. civ. alemán dispone, en su art. 295, lo siguiente:

“Bastará la oferta verbal del deudor cuando el acreedor haya declarado que no aceptará la prestación, o cuando para la ejecución de ésta sea necesario un acto del acreedor, y en particular cuando éste deba buscar la cosa. Se equiparará a la oferta de prestación la invitación hecha al acreedor para que realice el acto necesario para recibirla”.

Si el acreedor omitiera adoptar ciertas providencias que son necesarias para recibir la prestación, ello se entiende como que se ha producido su rehusamiento.

También se reputa que el acreedor rehusa si no se le encuentra, ni ha dejado mandatario conocido.

No será necesaria la oferta real, para el art. 350 del cód. civ. griego, en este caso:

“*Le créancier reste également en demeure pour une offre du débiteur non réelle, s'il a déjà déclaré qu'il n'accepte pas la prestation*”.

Es obvio que esta negativa del acreedor deberá ser acreditada fehacientemente, a fin de que el deudor pueda librarse de la oferta real.

La oferta al acreedor es tanto más necesaria si contractualmente se hubiere estipulado que el deudor quedará constituido en mora sin necesidad de interpelación de ningún género; sólo por la llegada del término señalado para el cumplimiento de la prestación.

La oferta puede hacerse judicial o extrajudicialmente y siempre que para este último supuesto, la oferta se pueda probar indubitadamente. Los efectos perjudiciales de la mora pa-

ra el acreedor comienzan cuando el deudor le hace saber que quiere cumplir.

La oferta en buena cuenta constituye un requerimiento al acreedor; se le pide que concurra a recibir el pago, que esté presente. Esa oferta puede ser hecha antes del vencimiento. Es válida aunque no se exprese que debe estar subordinada a la entrega de un recibo, porque todo deudor tiene derecho, por lo general, a un instrumento que acredite el pago efectuado. Para la mora del acreedor no es necesario que la oferta la haga el propio deudor; puede hacerla cualesquier tercero, desde que el pago puede hacerlo también un extraño. Asimismo, la oferta puede ser dirigida al representante nombrado por el acreedor para recibir el pago.

No siempre es necesaria la oferta para que el acreedor quede incurso en mora de recibir. Así, en estos casos: 1) cuando el acreedor ya tiene declarado con anterioridad que no quiere recibir el pago, cuando hace saber que rechazará el pago; 2) cuando el acreedor no se encuentra en el lugar de pago; 3) cuando la oferta no puede ser realizada por acto imputable al acreedor; 4) cuando el acreedor exige más de lo que se le debe o cosa distinta de la debida; 5) cuando el acreedor se niega a restituir al deudor que quiere pagar, el título de la obligación.

Para von TUHR (59 sexies), encontrándose en mora el deudor, si le ofrece al acreedor todo lo que por su mora le debe, se produce la mora de dicho acreedor, y se extingue la mora del deudor.

No habiendo más de un acreedor, la oferta de pago parcial no constituye en mora a éste, desde que para dicho acreedor la obligación se reputará siempre indivisible. Cosa distinta ocurrirá si existen varios acreedores y la obligación no es indivisible, ni solidaria.

Para ENNECCERUS (59 septies), si existe pluralidad de acreedores y la prestación debe hacerse a todos ellos en conjunto, lógicamente, el ofrecimiento deberá hacerse a todos; pero si son acreedores solidarios, bastaría ofrecer el pago a uno para constituir en mora *accipiendi* a todos.

Siendo la obligación a término, el deudor puede producir la mora de su acreedor, aún cuando el ofrecimiento se hubiere he-

(59 sexies) II, p. 66.

(59 septies) II, 1, § 57, p. 288, II, 1), 6).

cho antes del vencimiento del plazo convenido para el pago, siempre que el plazo se hubiere establecido en beneficio de dicho deudor, o que no se hubiere declarado nada sobre este particular, porque entonces jugaría la presunción *iuris*. Pero siendo el plazo establecido en beneficio del acreedor o de ambos, el ofrecimiento antes de la expiración no producirá efecto alguno para el acreedor.

En las obligaciones a plazo la mora del acreedor puede ser producida antes del vencimiento de dicho plazo, desde que el deudor puede constituirlo en mora válidamente antes de ese vencimiento, ya que el plazo se presume establecido en beneficio del deudor según el art. 1112 del cód. civ.

Si el deudor se encuentra en la imposibilidad de cumplir la prestación ello impide la mora del acreedor. La prueba de esta imposibilidad corre a cargo del acreedor y existe debate doctrinario para saber cuándo la prestación es imposible que la cumpla el deudor (59 octies).

Hay supuestos en que el ofrecimiento de la prestación al acreedor no puede hacerse antes de vencida la obligación; así, si el plazo fué establecido en beneficio del acreedor o de ambos, pues el deudor no puede privar al acreedor de este beneficio.

Si la obligación que deriva del contrato se encuentra subordinada a una condición suspensiva es necesario para la validez de la oferta que esa condición se haya realizado.

Aún cuando el deudor se encuentre sujeto por pacto a la regla *dies interpellat pro homine*, no estará constituido en mora por el simple vencimiento del plazo, si es que acredita haber hecho la oferta.

De aquí se sigue que la mora del deudor cesa con la oferta; pero si el acreedor notifica al deudor que está listo a recibir, caerá de nuevo en mora el deudor si no pagara. En buenos principios, la mora del deudor concluiría con la oferta; empero, de allí no puede seguirse que el acreedor quedaría constituido en mora.

También aparecerá la mora del acreedor cuando corresponda a éste la elección en las obligaciones alternativas y no la hace; el caso está previsto en el art. 1263 del cód. civ., dentro del

(59 octies) Para un examen de esta cuestión véase en Boletim do Ministerio da Justiça, Número especial, 1955, Lisboa, Portugal, en que se ha elaborado un proyecto legislativo sobre mora creditoria.

instituto de la consignación. Es natural que el deudor deba requerir al acreedor para que haga la elección. Ciertamente, no existe, en este caso, oferta, sino una petición para que el acreedor cumpla con elegir.

Como ya se ha dicho, hay ciertas obligaciones que necesitan del acreedor una actividad peculiar para que el pago se haga; así, las obligaciones alternativas si es a dicho acreedor al que corresponde elegir y no lo hace, en realidad es moroso. Lo mismo ocurre si previamente tiene que rendir cuentas, a fin de establecer el saldo que le es abonable.

En los contratos bilaterales, o sea cuando a una prestación debe corresponder una contraprestación, la misma persona puede estar constituida en mora como acreedor y en mora como deudor. Por ejemplo, el comprador que rehusa recibir la cosa porque se convino que la pagaría cuando se le entregara la posesión de dicha cosa, está en mora *credendi* respecto a la cosa que se le adeuda, pero en mora como deudor del dinero que debía entregar. En este caso, los riesgos de la cosa los soporta; y, asimismo, deberá intereses moratorios por el dinero que no entregó.

Si quisiera purgar la mora este acreedor-deudor ha de hacerlo invocando ambas calidades al mismo tiempo.

Contiene la legislación griega precepto específico para la mora en los contratos bilaterales, o sea en aquellos en que el deudor es, al mismo tiempo, acreedor, disponiendo que cuando el deudor se encuentra obligado a ejecutar una prestación sólo contra otra prestación, el acreedor quedará constituido en mora cuando habiendo aceptado la prestación que le es ofrecida, no ofrece —a su vez— la prestación que le ha sido demandada. Propiamente, esta mora sería del deudor. Dispone el art. 353 del cód. civ. de Grecia de 1941:

“Demeure sur conventions bilatérales.

“Lorsque le débiteur n'est tenu de la prestation que seulement contre une autre contre-prestation, le créancier reste en demeure lorsque, bien qu'il soit disposé d'accepter la prestation offerte, n'offre pas la contre-prestation demandée”.

Esta cuestión también ha sido prevista por el legislador alemán en los siguientes términos:

Art. 298 del cód. civ. de Alemania:

“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”.

Un contrato bilateral típico es el de compra-venta, en el que el vendedor deberá la transferencia del derecho de propiedad sobre la cosa vendida y la entrega de ésta misma, y el comprador deberá el precio.

Pues bien; como la venta de inmuebles no reclama escritura pública, la venta puede hacerse por documento privado; y el vendedor transfiere el dominio y entrega el predio, en tanto que el comprador sólo paga parte del precio y conviene en pagar el saldo en diversos plazos. Posteriormente, el comprador demanda el otorgamiento de escritura pública de la venta y la contestación del vendedor es la de que no tiene por qué suscribir dicha escritura en razón de que no ha existido venta, negándose, además, a recibir el precio que le es debido. Aquí existen dos moras: una mora *debitoris* por cuanto el vendedor debería cumplir con otorgar la escritura pública del contrato; y otra mora, que es creditoria, por cuanto debe recibir el saldo de precio que se le adeuda.

La demanda del comprador para que el vendedor le otorgue escritura pública de la venta se apoya en el art. 1340 del cód. civ., que previene que “si la ley exige el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial, las partes que han celebrado el contrato, pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida”; y, más especialmente, en el art. 1427 del mismo código, que preceptúa: “El comprador de inmuebles, o de derechos y acciones sobre ellos, aunque se le haya entregado la cosa, puede retener el precio o la parte que debiere, mientras el vendedor le demore el otorgamiento de escritura pública. En este caso, no debe el comprador intereses de la cantidad retenida”.

Lo que nos interesa es la mora del acreedor, en este caso, la mora del vendedor que es acreedor del precio. Es incuestionable que la demanda de otorgamiento de instrumento público dirigida contra el vendedor produjo la mora de éste como acreedor de parte del precio; y esta mora *credendi* habrá de producirse sin necesidad de consignar dicha parte del precio, porque el art. 1427 que hemos reproducido lo autoriza a retener la parte de precio que debiera en tanto el vendedor demore la firma del instrumento en que consta la venta. No hay entonces necesidad de que el comprador deposite o pague por consignación la suma que debe y, sin embargo, ella habrá de producir la mora del acreedor-vendedor. Empero, la mora de éste es de deudor de una obligación de hacer, que es la de otorgar instrumento público.

Por otra parte, es claramente comprensible que la demora en el otorgamiento de la escritura pública le producirá daños y perjuicios al comprador, que le serían indemnizables. Esos daños se traducen en la falta de derecho de propiedad auténtico e indubitable en el comprador, ya que no puede inscribir dicho derecho en el registro de la propiedad inmueble y menos vender la cosa que es de su dominio, por virtud del instrumento privado. Se advierte, sin embargo, que esos daños y perjuicios los deberá el vendedor no como acreedor del precio no recibido, sino como deudor del otorgamiento de instrumento. Empero, lo que hemos querido destacar es que la mora *credendi* la produce el comprador-deudor del precio sin necesidad de consignarlo.

Hay quienes sostienen que aún cuando el depósito es el que constituye en mora al acreedor, la simple oferta real no seguida de depósito es suficiente para liberar al deudor de las graves consecuencias de su mora, como son la indemnización de daños y perjuicios, la aplicación de la cláusula penal moratoria, y la resolución del contrato por el mérito de la condición resolutoria tácita (59 nonies). Ya hemos dejado establecido que el depósito constituye pago por consignación, supone la liberación del deudor y no puede producir la mora del acreedor; aún en el caso de que el depósito sea diminuto, no existirá mora del acreedor, por cuanto éste, por ser incompleto, tuvo razón suficiente para no admitir el pago de la prestación.

AUBRY et RAU (60) informan que la oferta antes del vencimiento del plazo, cuya expiración acarrea la pérdida de un derecho o da lugar a la aplicación de una pena, produce el efecto —independientemente de la consignación— de poner al deudor al abrigo de la decadencia de un derecho o del riesgo de que se le aplique la pena.

También DEMOLOMBE (60 bis) afirma que las ofertas reales, independientemente de la consignación, cubren al deudor del pago de la indemnización de los daños y perjuicios y de la aplicación de una cláusula penal por mora. Con estas ofertas el deudor no estará ya en mora.

No obstante que no tenemos dispositivo que regule la mora del acreedor en el derecho peruano, podemos construir la teo-

(59 nonies) Véase GIORGI, VII, Nos. 264 y 279, p. 289 s. y 318 s.

(60) IV, § 322, p. 301 s., 6ª ed.

(60 bis) XXVIII, Traité des contrats, 5, Nº 138, p. 95.

ría de la mora *credendi* en base no de la consignación, que extingue la obligación, sino de la oferta.

Como ya hemos expresado, la mora del acreedor no es completamente nueva; ya los romanos la tenían; así, D. 24, 3, fr. 26; y D. 18, 6, fr. 17. Esta última cita se refiere a la hipótesis de que pedida al vendedor la cosa si él no la entregara y queriendo después entregarla ya el comprador se niega a recibirla. Y la primera cita se refiere a la mora de la mujer, que se niega a recibir el esclavo, por lo que la muerte de éste en poder de quien debía entregarlo habrá de hacerle soportar el perjuicio (60 ter).

Como entre nosotros la mora no se produce automáticamente, o sea que el deudor no podrá reputarse moroso por la simple llegada del término, debe admitirse que dicho deudor no tiene la obligación de consignar. Por lo mismo, su oferta de pagar la prestación hará incurrir en mora a su acreedor.

Debe tenerse en cuenta, empero, que la oferta no libera de su obligación al deudor; dicha obligación continuará vigente mientras no se extinga por pago, o por causas imputables o no imputables al deudor. Ello no obstante, la oferta libera al deudor de la mora, limpia y borra la falta en que ha incurrido y que produjo su mora, aunque no lo libra de los daños y perjuicios ya producidos.

(60 ter) PAULO: Semel mora facta si servum dotalem postea offerente marito mulier acceperit noluerit, et ita is decesserit, non debeat pretium eius maritus, vel heres eius, ne damnum sentiat, quod postea offerente eo mulier accipere noluit — “Si una vez causada la mora, la mujer no hubiere querido recibir después el esclavo dotal, ofreciéndoselo su marido, y así las cosas aquel hubiere fallecido, el marido, o su heredero, no deberá su precio, ni sufrirá quebranto, porque al ofrecérselo después él no lo quiso recibir la mujer. Cuerpo de D. Civ. Romano, por KRIEGLER y otros, II, p. 195, ed. castellana, 1892.

POMPONIIUS, libro XXXI ad Quintum Mucium.— Illud sciendum est, quum moram emtor adhibere coepit, iam nom culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quodsi per venditorem et emtorem mora fuerit, Labeo quidem scribit, emtori potius nocere, quam venditori moram adhibitam; sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim, si interpellavero venditorem, et non dederit id, quod emeram, deinde posteriore offerente illo ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emtorem mora fuisset, deinde, quum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, quum posset se exsolvere, aequum est, posteriorem moram venditori nocere — POMPONIO. Comentarios a Quinto Mucio, libro XXXI.— Se ha de saber, que cuando el comprador comenzó a incurrir en mora, se ha de responder por el vendedor, no ya de la culpa, sino solamente del dolo malo. Pero si hubiere habido mora por el vendedor y el comprador, escribe ciertamente Labeón, que la mora causada perjudica más bien al comprador, que al vendedor; pero se ha de ver que no le sea perjudicial la última mora. Porque, ¿qué, si yo hubiere requerido al vendedor, y éste no hubiere dado lo que le habia comprado, y después ofreciéndomelo él, luego yo no lo hubiere recibido? A la verdad, en este caso debería perjudicarme a mí. Pero si hubiese habido mora por el comprador, y después, estando todo íntegro, el vendedor hubiere incurrido en mora, pudiendo cumplir, es justo que la mora posterior perjudique al vendedor. Véase Cuerpo del D. Civ. Romano, por KRIEGLER, HERMANN y OSENBRUGGEN, I, Instituta-Digesto, p. 926, ed. castellana, 1889.

La negativa del acreedor a recibir la prestación que le es ofrecida no podrá jamás producir la liberación del deudor; ello importaría una sanción al acreedor. Y al acreedor puede constituirse en mora en forma tácita, ni siquiera expresa; por tanto, sería injusto que por moroso perdiera definitivamente su derecho.

Existen supuestos, sin embargo, que la mora del acreedor produce la pérdida de su derecho. V.g., quien toma pasaje en un barco y no puede embarcarse en la fecha señalada; o el que compra un boleto para una función teatral en día determinado y no concurre.

También es lícito contratar que el acreedor perderá su derecho a la prestación si dentro de cierto plazo se niega a recibirla.

La mora *creditori* importa en estos casos el incumplimiento absoluto, sin que el deudor tenga nada que restituir, no obstante que el atraso del acreedor fuere por caso fortuito.

Se tiene, entonces, que la simple oferta, no seguida de consignación, produce efectos jurídicos; y el más importante de esos efectos es el de que libra al deudor de tener que soportar cualquier perjuicio derivado de la injustificada prolongación de la obligación.

LORIZIO (60 quater) expresa: En el derecho romano el acreedor era constituido en mora por el sólo hecho de rehusar recibir; la *depositio* sólo importa liberación. En cambio, la oferta libra al deudor de la mora *solvendi*; lo libra también del *periculum rei*, lo hace responder sólo por su dolo; tiene el deudor el derecho de obtener la restitución de la cosa empeñada, que el acreedor no podrá más vender.

El depósito de la prestación es sólo facultativo y a él recurrirá el deudor no cuando quiera librarse de los efectos de su propia mora, sino cuando quiere su liberación. Por tanto, no es admisible la doctrina de que la mora del deudor sólo cesará con la consignación; ya esto no se puede sostener, si el deudor ha ofrecido la prestación. No hay por qué creer que continúa la perpetuación de la obligación, con su corolario de la indemnización de daños y perjuicios, y/o la aplicación de la cláusula penal.

(60 quater) SCIALOJA, Dizionario pratico del diritto privato, vol. IV, p. 357, § 29, Nº 8.

Conviene advertir que el cód. suizo reconoce la mora del acreedor, pero no le otorga efectos. Por eso el principal comentarista, que es ROSSEL (60 quinquies), manifiesta que las simples ofertas de pago, que no están acompañadas de la consignación, constituyen una materia susceptible de controversia.

La cuestión es importante, porque en los contratos de alienación de cosa mueble, los riesgos de la pérdida o destrucción de cosa correrán para el acreedor desde su entrega, salvo que éste hubiere sido constituido en mora de recibir, en cuyo caso corren desde esta última fecha.

El peligro que tiene que controlarse por la justicia, es el de que el deudor provoque la mora de su acreedor con una oferta simulada, desde que no cuenta con los medios necesarios para hacer el pago de la obligación.

Este peligro ha sido eficazmente regulado en la legislación italiana, con la oferta real y los requisitos que para ello se exigen.

Como observa ENNECCERUS (60 sexies), el acreedor puede probar que el deudor no se hallaba en situación de realizar la prestación que debía y que le había ofrecido; y si lo prueba es obvio que dicho acreedor no incurriría en mora.

Sin embargo, basta para el deudor demostrar que podía ejecutar la prestación al tiempo que la ofreció al acreedor; aún cuando éste demuestre que después del ofrecimiento ya no podía ejecutarla.

En este orden de ideas, si el acreedor demostrara la imposibilidad de la prestación, o sea que el deudor no se encontraba en situación de pagar, no caería en mora.

Por el art. 352 del cód. griego, el acreedor no quedará constituido en mora si el deudor no se encuentra en situación de cumplir la obligación:

"Le créancier ne reste pas en demeure, lorsque le débiteur, dans les cas des deux articles précédents, n'était pas en état d'accomplir la prestation lors de l'offre ou de l'acte que le créancier devait traiter".

Esta regla ya la contenía el cód. civ. alemán; así, su art. 297:

"No se constituirá en mora al acreedor cuando en la época de la oferta, o en el caso previsto en el artículo anterior, en la fi-

(60 quinquies) Manuel du droit fédéral des obl., N° 120, p. 144, ed. 1892.

(60 sexies) II, 1, § 57, p. 286 s., I), 2).

jada para el acreedor, no se halle el deudor en estado de ejecutar la prestación".

MESSINEO (60 septies) expresa algo que no es verdad. Dice bien al expresar que la oferta vale únicamente para establecer el momento de los efectos de la mora del acreedor; pero dice mal cuando agrega: "... sólo si es aceptada, libera al deudor ...". Nunca libera al deudor la oferta; la prestación continuará viva y, por tanto, el deudor no habrá de considerarse liberado sino cuando la prestación haya concluído por uno de los medios de extinción que la ley regula, como el pago, novación, etc. Sin embargo, quizá este autor, que se inclina porque a la oferta debe seguir el depósito, entienda que éste debe hacerse. Empero, este depósito importa pago por consignación.

Para la mora del acreedor es esencial que la prestación debida sea ofrecida de modo que el no cumplimiento pueda ser imputado a la actitud asumida por el acreedor.

Si la prestación no le es ofrecida al acreedor no puede éste ser constituído en mora, ya que no se tendría la certeza de que si le fuera ofrecida no la rechazaría, o no practicara los actos necesarios para tornar posible el pago.

Los efectos perjudiciales de la mora se producirán para el acreedor cuando el deudor se declara dispuesto a cumplir.

No será necesaria la oferta para constituir en mora al acreedor cuando éste se encuentra obligado por el contrato, o por una notificación anterior, a recibir la prestación en fecha determinada, o cuando deja pasar el plazo, o cuando impugna el acto de cumplimiento, independientemente de su cooperación. Así, si versando el contrato sobre una compra-venta de plaza a plaza, prohíbe la remisión de las mercaderías al vendedor.

No es necesario que exista oferta real si el acreedor le hace saber al deudor que habrá de resolver el contrato, o que considera que el contrato no produce efecto alguno.

La mora del acreedor puede producirse de pleno derecho si se fijó una fecha para la realización de la prestación y dicha fecha se señaló para que el acreedor prestara su cooperación en interés del deudor.

Este punto ha sido previsto por el art. 296 del cód. civ. alemán:

(60 septies) Manual de Derecho Civil y Comercial, IV, § 120, 4) p. 350.

“Si para el acto que deba realizar el acreedor se ha fijado una época según el calendario, sólo se exigirá la oferta cuando el acreedor realice el acto en la fecha marcada. Lo mismo sucederá cuando el acto deba ir precedido de una advertencia, y cuando la época de dicho acto se haya fijado de tal suerte que a partir de la advertencia puede contarse con arreglo al calendario”.

La oferta debe hacerse en el lugar señalado en el contrato para el cumplimiento de la obligación.

Acerca del lugar donde se formula la oferta, ésta se hará en el lugar de pago de la obligación según la ley (domicilio del deudor), según la naturaleza de la obligación, o según el convenio (art. 1250 de nuestro cód. civ.).

MESSINEO (60 octies) expresa que la oferta deberá hacerse en el domicilio del acreedor, no obstante que el lugar de pago es normalmente el del domicilio del deudor. Dice que se hará como si la deuda fuera deuda *portable*.

Dos elementos deben considerarse para la mora del acreedor: a) la oferta del deudor; y b) el rehusamiento, la negativa del acreedor, a recibir la prestación.

El acreedor se reputará incurso en mora porque no percibe la prestación en el tiempo, en el lugar y en la forma que se hubiere pactado.

Con respecto al rehusamiento, el cód. civ. alemán dispone en su art. 293:

“El acreedor es constituido en mora, desde que no acepta la prestación que le es ofrecida”.

Admítase que la oferta del deudor sea hecha por éste mismo, o por su representante legal, si es capaz, o por su mandatario, o por un tercero no interesado o interesado.

Si la oferta no se le hace al acreedor, sino a un extraño, es obvio que el acreedor no se reputará moroso.

Requisito indispensable de la oferta para que sea válida es que se ofrezca toda la prestación; no una parte de ella, porque el acreedor no puede ser constreñido a un pago parcial; existe el principio de la indivisibilidad del pago.

El cód. civ. alemán —art. 294— previene sobre este punto:

“La prestación deberá ofrecerse al acreedor tal y como deba efectuarse”.

(60 octies) Man. de D. Civ. y Com. IV, § 120, 2), p. 348.

La oferta deberá comprender toda la obligación cualitativa y cuantitativamente considerada; si existen intereses moratorios también deberá comprender éstos.

Conforme al cód. civ. de Italia (inc. 3º del art. 1208), la *oferta real*, para ser válida, deberá comprender la entera prestación debida; por consiguiente, deberá comprender la totalidad de la suma o de la cosa debida: los frutos, los intereses y los gastos líquidos, y una suma por los gastos no líquidos, con reserva de un suplemento si fuere necesario. Esta oferta real no la hace el propio deudor, sino un oficial público (un notario o un oficial judicial); lo reclama el mismo art. 1208 del cód. italiano.

Si el acreedor acepta la oferta formulada por el oficial público, a su vez, éste le hará el pago y recibirá la declaración del acreedor y reclamará un recibo o carta de pago.

En buenos principios, debe ser ofrecida la prestación debida; toda ella. Sin embargo, si existiere una diferencia muy pequeña el acreedor no podrá válidamente rehusar la prestación, si existen buenas razones para suponer que el deudor completará el mínimo que falta.

El hecho de que la oferta pueda hacerse verbalmente, carece de interés práctico para la mora del acreedor, si el deudor pudiera acreditar que el acreedor rehusó la prestación que se le ofrecía. Poco importa que no se pueda probar la oferta, porque fué verbal, si el deudor puede probar el rehusamiento del acreedor. Hasta es posible considerar que la oferta sería innecesaria si anteladamente se produjo el rehusamiento del acreedor.

BEVILAQUA (60 nonies) escribe que en el derecho brasileiro es ociosa la cuestión de saber si para la mora del acreedor es necesaria la oferta del deudor, porque el art. 955 de su cód. a la letra dice "*o credor que o nao quizer receber*", o sea que esta frase indica que la oferta es indispensable.

Ahora, ya es tiempo de saber qué debe entenderse por "oferta real".

La oferta real no se limita a una simple declaración del deudor; ella es acompañada de la efectiva presentación de cuanto es debido.

Entiéndese por oferta real que se haga la exhibición de la cosa que se debe, que se ponga a disposición del acreedor.

Una de las cuestiones más delicadas y difíciles en esta mora es la referente a la oferta, desde que con la misma se producen graves consecuencias para el acreedor y esas consecuencias tienen su comienzo desde la fecha en que se le notifica al acreedor dicha oferta. Tendrían los jueces tarea difícil para decidir si la oferta era auténtica y suficiente.

La interpelación u oferta contenida en el cód. de Italia se hace bajo la forma de intimación a cooperar y se utiliza: 1) cuando la cosa mueble se encuentra en lugar diverso del domicilio del acreedor, en que la oferta consistirá en la intimación al acreedor para que la reciba; 2) cuando se trata de consignar un inmueble, en que la oferta consiste en la intimación al acreedor de tomar la posesión de dicho inmueble; 3) cuando la prestación consiste en un *facere*, en que la oferta consiste en la intimación al acreedor de recibir la prestación o de cumplir los actos que son necesarios de su parte para hacerla posible.

En dicho código existen varias clases de ofertas; así, ofertas por exhibición u ofertas reales y ofertas que constituyen simple requerimiento.

La oferta real constituye una oblación efectiva y tangible de la suma o de la cosa que se debe; se requiere cuando la obligación tiene por objeto dinero, títulos de crédito u otra cosa mueble susceptible de consignación.

El art. 1208 del nuevo código italiano enumera los requisitos para la validez de la oferta. Entre otros, requiere que se haga en el domicilio del acreedor, no obstante que, salvo pacto en contrario, el pago deberá hacerse en el domicilio del deudor. Debe anotarse que la oferta debe hacerse al acreedor, pero —supletoriamente— puede hacerse en su domicilio. Declara ese precepto:

“Requisiti per la validità dell’offerta.— Affinché l’offerta sia valida é necessario:

“1) che sia fatta al creditore capace di ricevere o a chi ha la facoltà di ricevere per lui;

“2) che sia fatta da persona che può validamente adempiere;

“3) che comprenda la totalità della somma o delle cose dovute, dei frutti o degli interessi e delle spese liquide, e una somma per le spese non liquide, con riserva di un supplemento, se é necessario;

“4) che il termine sia scaduto, se stipulato in favore del creditore;

"5) che si sia verificata la condizione dalla quale dipende l'obbligazione;

"6) che l'offerta sia fatta alla persona del creditore o nel suo domicilio;

"7) che l'offerta sia fatta da un ufficiale pubblico a ciò autorizzato.

"Il debitore può subordinare l'offerta al consenso del creditore necessario per liberare i beni dalle garanzie reali o da altri vincoli che comunque ne limitino la disponibilità".

Sin embargo, en algunos casos la oferta deberá ser real según la nueva ley italiana, es decir, habrá que consignar, habrá que depositar. Así, el art. 1209:

"Offerta reale e offerta per intimazione.— Se l'obbligazione ha per oggetto danaro, titoli di credito, ovvero cose mobili da consegnare al domicilio del creditore, la offerta deve essere reale.

"Se si tratta invece di cose mobili da consegnare in luogo diverso, l'offerta consiste nell'intimazione al creditore di riceverle, fatta mediante atto a lui notificato nelle forme prescritte per gli atti di citazione".

El cód. civ. de Grecia de 1941 reclama para la mora creditoria que la oferta sea real. Así:

Art. 349.— "Quand le créancier reste en demeure.

"Le créancier reste en demeure s'il n'accepte pas la prestation qui lui est offerte.

"Il nécessite que l'offre soit réelle et la convenable".

Art. 351.— "Le créancier reste également en demeure, lorsqu'invité par le débiteur, ne procède pas aux actes nécessaires sans lesquels le débiteur ne peut pas accomplir la prestation.

"Lorsqu'il a été convenu, en ce qui touche l'acte à être entrepris par le créancier, soit une date déterminée, soit l'expiration après la dénonciation, d'un délai déterminé, une invitation n'est pas nécessaire".

Según este último precepto habría que probar que el acreedor no practicó los actos necesarios a fin de que el deudor pudiera pagarle.

No dice el cód. civ. de Grecia de 1941 qué se entiende por oferta real, pero es presumible que no se trate de consignación. Sin embargo, el art. 427 se refiere al derecho del deudor de consignar en caso de mora del acreedor, por lo cual deberá inferirse

que la oferta real no corresponde exactamente al depósito de la prestación. Dispone el art. 427:

"Consignation publique.

"En cas de demeure du créancier, si l'objet dû se compose d'une somme en argent ou d'autres choses susceptibles de consignation par loi, le débiteur jouit du droit de procéder à leur consignation publique".

Y el art. 428 de dicho cód. de Grecia previene:

"Objet indéposable.

"Si l'objet de la dette es une chose meuble, qui n'est pas susceptible de consignation, le débiteur, en cas de demeure du créancier, en le prévenant au préalable, peut le vendre par mise aux enchères publiques et consigner le produit de l'enchérissement.

Si l'objet étant sujet à une détérioration, il y aurait un danger de la perte du temps, ou si la sommation est extrêmement difficile, on peut omettre cette sommation".

Nótese que el deudor, en caso de mora del acreedor, no tiene la obligación de consignar, sino sólo el derecho, conforme al art. 427 del cód. civ. griego de 1941. Sin embargo, la oferta real no puede ser entendida como un simple ofrecimiento de ejecución de la prestación.

Existe vivo debate entre los comentaristas para saber si la mora del deudor cesa con la oferta de la prestación que éste hiciera; o si atendida la negativa a recibir del acreedor, lo que procede es que el deudor consigne.

Nos parece evidente que con el rehusamiento del acreedor comienza la mora de éste y concluye la mora del deudor, independientemente del pago por consignación.

Sin embargo, LORIZIO (61) expresa que tan luego como se produce el rehusamiento del acreedor, el deudor deberá consignar para constituirlo en mora a dicho acreedor; deberá hacer la oferta real y el depósito de la prestación; que tanto la oferta real como el depósito no son escindibles y que es el depósito el que constituye en mora al acreedor desde el día en que es hecho.

Tratándose de las obligaciones de entregar el medio legal de constituir en mora al acreedor es la oferta. MESSINEO (61 bis) cree que en caso de persistente negativa del acreedor, debe ser se-

(61) Véase SCIALOJA, Dizionario pratico del diritto privato, vol. IV, p. 358, Nº 11 del § 2. También revítese vol. III - p. III, p. 1246 ss., B) mora del creditore.
(61 bis) Man. de Derecho Civ. y Comercial, IV, § 120, 2) p. 348.

guida del depósito de la cosa en los lugares señalados por la ley, pero sin indicar las razones en las que se apoya para hacer esta afirmación.

La oferta deberá ser formulada al acreedor que pueda válidamente recibir, o a quien puede recibir por él con arreglo a la ley; deberá ser hecha por persona que pueda válidamente cumplir, o sea el propio deudor o un tercero por él.

En la obligación de dar, conforme al nuevo cód. italiano, existe la oferta (*oblatio*), que es la que establece el momento en que la mora del acreedor se inicia. Para la validez de la oferta se exige requisitos extrínsecos e intrínsecos. Así, entre los intrínsecos, se reclama que la oferta se formule al acreedor capaz de exigir o a quien tiene la facultad de recibir por él; que la oferta la haga persona capaz de cumplir válidamente; que la oferta represente el monto total del débito, y que la oferta se haga en el tiempo y lugar convenidos.

Puede acontecer que el acreedor se encuentre impedido temporalmente de aceptar el pago; en cuyo caso sólo incurrirá el acreedor en mora si el ofrecimiento del deudor se hubiere producido con cierta antelación, porque es injusto exigir que el acreedor esté siempre dispuesto a aceptar en cualquier momento. V.g., si el depósito donde se han de recibir las cosas muebles en que consiste el pago tiene que ser previamente desocupado, o puesto en condiciones. Es claro que todo esto no funciona si se ha designado un término para el pago y éste se ha cumplido. Se trata de un paso anticipado, que el deudor tiene derecho de hacer porque el plazo se había establecido en su beneficio; pero el acreedor demuestra que no estuvo en situación de recibir de inmediato.

Existen entonces obligaciones para cuyo cumplimiento no se ha fijado plazo alguno. Conforme a todos los derechos y al nuestro, inclusive, esas obligaciones pueden ser exigidas inmediatamente (art. 1252 de nuestro cód. civ.), salvo excepciones. La mora del acreedor no se produce si estuvo éste temporalmente impedido de aceptar. Así, el art. 299 del cód. civ. alemán:

“Si la época de la prestación no se ha fijado o si el deudor tiene derecho a prestarla antes de esa época, no incurrirá en mora el acreedor si estuviese temporalmente impedido de aceptar la prestación ofrecida, a no ser que el deudor le haya anunciado la prestación en tiempo hábil”.

En el cód. griego se examina también la hipótesis de que no se hubiere señalado plazo para el cumplimiento de la obligación, disponiendo que para la mora del acreedor es necesario que el deudor le haya prevenido que va a proceder al cumplimiento de la prestación. Declara el art. 354 del cód. civ. griego:

“Lorsque le temps de la prestation n'est pas déterminé, le créancier, du fait de se trouver provisoirement empêché d'accepter la prestation, ne reste pas en demeure, à moins que le débiteur ne l'ait pas prévenu en temps dû de l'accomplissement imminent de la prestation.

“Il en est de même lorsque le débiteur jouit du droit d'accomplir la prestation même avant le temps déterminé”.

Para el art. 1210 del cód. italiano, el deudor al ser rehusada su oferta, puede consignar. Este es un derecho del deudor, del cual puede echar mano, si así lo desea. No se necesitaba en realidad declararlo. Ese precepto reza:

“Facoltà di deposito e suoi effetti liberatori.— Se il creditore rifiuta di accettare l'offerta reale o non si presenta per ricevere le cose offertegli mediante intimazione, il debitore può eseguire il deposito.

“Eseguito il deposito, quando questo é accettato dal creditore o é dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, il debitore non può più ritirarlo, ed é liberato dalla sua obbligazione”.

En el nuevo derecho italiano, si la oferta no ha conseguido su objeto, sea porque la ha rechazado o no ha estado presente el acreedor, el deudor puede realizar el depósito de cuanto debe y ha sido regularmente ofrecido.

RUGGIERO-MAROI (61 ter) manifiestan que al depósito se recurre cuando el acreedor rehusa aceptar la oferta real, o no se presenta a recibir la cosa ofrecida mediante intimación (art. 1210 cód. italiano). Apuntan que el depósito señala el momento en que el deudor se libera del vínculo obligatorio.

En el cód. civ. italiano de 1942, dentro del capítulo de la mora creditoria, se regula lo referente al depósito de la prestación, es decir, al pago por consignación. Por el contrario, en el cód. civ. griego de 1941, no se trata del pago por consignación en la mora del acreedor, sino en el capítulo que trata de la extinción de las obligaciones; así, en los arts. 427 y ss.

(61 ter) Istituzioni, II, p. 99, 6ª ed. secondo il nuovo codice.

Y su primer precepto se refiere a la mora del acreedor; dice el art. 427 del cód. griego:

"En cas de demeure du créancier, si l'objet dû se compose d'une somme en argent ou d'autres choses susceptibles de consignation par loi, le débiteur jouit du droit de procéder à leur consignation publique".

La consignación no es obligatoria; v.g., cuando el acreedor rehusa recibir sin justa causa, o si no manda recibir la cosa en caso de deuda *quérable*, o si está ausente.

Existen evidentemente hipótesis en que la consignación se impone. Así, si se tiene duda sobre quien es el verdadero acreedor, porque los derechos sucesorios son inciertos, o porque varias personas se encuentran controvirtiendo judicialmente cuál de ellas es la que tiene la calidad de acreedora. En estos casos no puede haber mora *accipiendi*; y no tiene el deudor otro camino que la consignación para no incurrir en *mora solvendi*, si es que alguno de los presuntos acreedores pide que se le interpele. Por lo menos, esto acontece en nuestro derecho civil, para el que la llegada del término no constituye en mora al deudor. Sin embargo, tratándose de deuda mercantil la interpelación no es necesaria para que la mora exista, de manera que con el vencimiento ya estará en mora el deudor, aún cuando todavía una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no haya esclarecido quien es el verdadero acreedor.

La oferta en las obligaciones de hacer según el cód. civ. de Italia, en su art. 1217, se hace en la forma que sigue:

"Obbligazioni di fare.— Se la prestazione consiste in un fare, il creditore é costituito in mora mediante la intimazione di ricevere la prestazione o di compiere gli atti che sono da parte sua necessari per renderla possibile."

"L'intimazione può essere fatta nelle forme d'uso".

Cuando se trata de la obligación de restituir un inmueble, la oferta al acreedor tiene ciertas peculiaridades que han sido reguladas en los códigos alemán, italiano y griego.

En el cód. civ. alemán, su art. 303, dispone que cuando se trata de la obligación de restituir un inmueble, la mora del acreedor se produce si se le notifica que se abandonará dicho inmueble. El precepto dice:

"Si el deudor está obligado a restituir un inmueble, podrá abandonar la posesión después de incurrir en mora el acreedor."

La amenaza de abandonar deberá notificarse al acreedor, a menos que sea imposible esta notificación”.

Si la oferta es de inmuebles debe hacerse intimación al acreedor de que tome posesión de los mismos y si no lo hace se le pedirá al juez el nombramiento de un administrador o depositario. La entrega al designado por el juez se hará mediante acta.

En los arts. 359 y 360 del cód. civ. griego de 1941, se regula la mora del acreedor cuando existe a su favor la obligación de restituirle un inmueble. No basta para esta legislación, la oferta, sino que hay que proceder al nombramiento judicial de un depositario. Los dispositivos son los que siguen;

Art. 359.— *“Conséquences pour engagement de restituer un immeuble.*

“Lorsque le débiteur, étant tenu de restituer un immeuble, le créancier est en demeure, le débiteur jouit du droit de provoquer, en prévenant au préalable le créancier, en tant que ceci serait accessible, que la justice désigne un dépositaire de séquestre, ayant les droits et engagements de tout dépositaire de séquestre. Dès que le dépositaire de séquestre aurait pris délivrance de l'immeuble, l'obligation du débiteur est éteinte.

“Il en est de même lorsque le débiteur, par suite de motifs concernant la personne du créancier ou d'une incertitude justifiée à l'égard de sa personne, se trouve dans l'impossibilité d'accomplir en sûreté son obligation”.

Art. 360.— *“Le débiteur de l'immeuble peut provoquer, en tant que le créancier n'aurait pas accepté le séquestre, la révocation du séquestre et la restitution de l'immeuble.*

“Du moment de la revocation, l'obligation du débiteur est réputée n'être jamais éteinte”.

Dispone el art. 1216 del cód. civ. de Italia, sobre obligación de dar un inmueble:

“Intimazione di ricevere la consegna di un immobile.— Se deve essere consegnato un immobile, l'offerta consiste nell'intimazione al creditore di prenderne possesso. L'intimazione deve essere fatta nella forma prescritta dal secondo comma dell'art. 1209.

“Il debitore dopo l'intimazione al creditore, può ottenere dal giudice la nomina di un sequestratario. In questo caso egli é libe-

rato dal momento in cui ha consegnato al sequestratario la cosa dovuta".

Podemos figurarnos la hipótesis de que la cosa inmueble se destruya por caso fortuito en manos del deudor, o del secuestrario (depositario). Conforme a nuestro derecho, la pérdida derivante del *casus* la sufre siempre el comprador de inmuebles, porque el contrato y el desplazamiento del dominio del vendedor al comprador se opera con el consentimiento. Sin embargo, puede haberse establecido en el contrato de compra-venta que en tanto la cosa inmueble no se entregue al comprador, cualquier menoscabo o destrucción la soportará el vendedor-deudor; este pacto es lícito. Vigente y válido dicho pacto, el *casus* lo sufre el comprador, porque éste fué constituido en mora por efecto del nombramiento de depositario, aún cuando el comprador no hubiere recibido todavía el inmueble.

Aún en la hipótesis de que el deterioro del inmueble se deba a culpa del depositario, esa disminución de valor corre a cargo del comprador. Y es cuestionable decidir si en el caso de que el depositario destruya dolosamente la cosa inmueble, la pérdida también habrá de experimentarla el comprador, no obstante que haya sido constituido en mora por el vendedor; sin embargo, así habrá de resolverse, porque con la entrega al depositario se operó el pago de la obligación de entregar un inmueble y el vendedor quedó liberado. En realidad, la pérdida o deterioro del inmueble no se sufrió en mano del vendedor.

Debemos insistir en esta idea trascendente: la mora del acreedor sólo se da en aquellos casos en que es indispensable su cooperación para efectuar el pago. No deben haber otros supuestos. Es incuestionable, asimismo, que en aquellas hipótesis en que se encuentra expedita la consignación, el deudor debe proceder a extinguir la obligación y no limitarse a querer provocar la mora *accipiendi*.

Será viable y exigible la consignación en los casos en que no es necesaria la intervención o cooperación del acreedor para la liberación de su deudor.

Es obvio que si el deudor ofrece menos de lo que debe, o prestación distinta de la debida, o en lugar diverso del legal o convenido, o si elige la cosa debida y la elección corresponde al acreedor, éste se negará a recibir el pago y la oferta no habrá de constituirlo en mora *accipiendi*; empero, este extremo habrá de decidirlo una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que

declare que la oferta no constituyó en mora al acreedor. Intertanto, éste puede reclamar ejecutivamente el pago de la prestación, si el título presta mérito para ello.

182 b.— *La cuestión de la culpabilidad del acreedor moroso.*— Hay mora *credendi inculcata*. Por el contrario, no existe mora *solvendi inculcata*.

El elemento de la culpa no interviene en la mora creditoria; en cambio, ese elemento es esencial en la mora del deudor.

Como la mora del acreedor no significa que éste incurre en una transgresión de sus deberes, no hay necesidad de referirse a su culpa. El acreedor puede, empero, aducir razones legítimas que impidan su mora; así, si se trataba de un deudor declarado en quiebra y el acreedor no podía recibirle un pago íntegro sin someterse al procedimiento legal conocido, porque de lo contrario podría derivarse para dicho acreedor alguna responsabilidad; o si el deudor pretende pagarle antes del plazo y éste ha sido estipulado en beneficio del acreedor o de ambos.

No puede entonces el acreedor, para justificar su mora y evitar las consecuencias de ésta, invocar la inexistencia de culpa; no sería una buena defensa de éste. La ausencia de culpa en él, siempre lo haría responsable. Por el contrario, la prueba de la inculpabilidad del deudor lo exime de responsabilidad.

El acreedor se niega sin razón jurídica a recibir la prestación no sólo por dolo, o sea a sabiendas que se le debe lo que le es ofrecido, sino porque también cree, de buena fe, que se le debe una prestación diversa, o una prestación cuya cuantía es mayor. La mora *credendi* se produce independientemente del dolo del acreedor, o de su culpa.

El deudor no sólo tiene el deber de cumplir la prestación a que está sujeto, sino también el derecho. Es un derecho a la liberación que no puede conseguir porque el acreedor no lo quiere. Sin embargo, no puede seguirse de aquí que el acreedor se encuentre obligado a recibir.

CARVALHO DE MENDONCA (61 quater) es de los que opina que la mora del acreedor tiene como fundamento el derecho del deudor de no ver agravada su obligación con un acto del acreedor. Por lo mismo, carece de influencia la existencia o no de cul-

pa en el acreedor y es, precisamente, lo que diferencia a esta mora de la mora *debitoris*.

No hay, entonces, necesidad de una mora creditoria imputable; es decir, no es necesaria la culpa del acreedor para su constitución en mora. Para salvaguardar el interés del deudor no es necesario suponer que existe en el acreedor la obligación de cooperar al pago que le ha sido ofrecido.

Las consecuencias dañosas que produce para el deudor la mora del acreedor, corren a cargo de dicho acreedor, sea éste culpable o no, ya que sólo se atiende a un criterio objetivo; esas consecuencias, sin embargo, deberán ser probadas por el deudor.

Determinar si es necesaria la culpa para la mora del acreedor, es asunto importante, ya que en no pocos casos el acreedor no acepta la prestación por causa que no le es imputable; así, si se produjo su ausencia justificada, o una dolencia grave que lo sacó de la circulación.

Si se admite que el acreedor no deberá sufrir las consecuencias de su retardo, es incuestionable que esas consecuencias deberán recaer inexorablemente sobre el deudor, es lo que dice BARRASSI (61 quinquies), quien se inclina a excluir el concepto de culpa para que se dé la mora *accipiendi*.

RUGGIERO-MAROI (61 sexies) expresan que la mora *accipiendi* no requiere culpa del acreedor. Este no tiene motivo legítimo para negarse a recibir un pago que se quiere realizar en el modo convenido o en el modo establecido por la ley. El acreedor cae en mora si el motivo por el cual no recibe la prestación se debe a enfermedad o ausencia. Evidentemente, no es justo que el deudor que se encuentra pronto a pagar, experimente las consecuencias de un retardo del acreedor, que sólo obedece a causas accidentales.

La ley no subordina la mora del acreedor a una culpa suya, dice MESSINEO (61 septies). Agrega que no es aceptable el presupuesto de que sobre el acreedor incumba un deber jurídico de cooperación con el deudor, a los fines del cumplimiento. No hay necesidad de culpa ni menos de dolo del acreedor, para responsabilizarlo.

ENNECCERUS (61 octies) estima, igualmente, que para la

(61 quinquies) "La teoría generale delle obbligazioni, Nº 249, p. 89.

(61 sexies) Istituzioni, II, tex y n. 1 de la p. 98, 6ª ed.

(61 septies) Man. de D. Civ. y Com., IV, § 120, p. 346.

(61 octies) II, I, § 57, tex y n. 13 de la p. 290, III, 2).

mora del acreedor no se requiere la culpa de éste; agrega que sólo en casos de excepción el acreedor tiene el deber de aceptar la prestación del deudor, pero que normalmente el acreedor no tiene ese deber y que entonces sin la violación de un deber no podría hablarse de culpa. No hay analogía posible entre la mora del deudor y la mora del acreedor, porque el deudor sí está obligado a pagar, en tanto que no es verdad que el acreedor se encuentre obligado a aceptar el pago.

Para SALEILLES (61 nonies) tampoco es necesaria la culpa en la mora del acreedor. Examina las doctrinas reinantes. Así, una teoría establece semejanza entre la mora del deudor y la mora del acreedor; presume la culpa, pero le da al acreedor la oportunidad de probar que no incurrió en culpa. Otra teoría lo responsabiliza al acreedor si el acto que le impidió recibir se relaciona con él o depende de él y admite la excusa del acreedor si ese acto o accidente le es extraño, es decir, si es un caso fortuito. Otra teoría, en fin, no admite la excusa del acreedor ni aún cuando pruebe que no pudo recibir la prestación por caso fortuito.

Sin embargo, si se admite que el acreedor no responde cuando demuestra su ausencia de culpa, la consecuencia será que la obligación se prolongue para el deudor no culpable y que los daños y perjuicios que deriven de esta prolongación los soporte el deudor y no quien los produjo. Así, si la cosa en que la obligación consiste se perdiera después de la mora del acreedor, la pérdida la sufriría el deudor si el acreedor demuestra que no recibió la prestación sea porque un *casus* se lo impidió, sea porque existió en él ausencia de culpa. El retardo en el cumplimiento de la prestación que no se debió a la mora del deudor, sino a la mora del acreedor, resultaría incidiendo en el deudor, porque el acreedor demostró ausencia de culpa.

(61 nonies) Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil pour l'empire allemand, Nos. 40 s., p. 33. En el N° 40 declara que es indiferente saber si el acreedor se encuentra o no en culpa; y que su buena fe no puede darle al acreedor un derecho que la obligación no contiene; que la mora del acreedor reposa únicamente en el derecho del deudor de repeler toda agravación de su obligación. En este sentido, la mora del acreedor resultaría necesariamente de las condiciones de hecho que comprueben la agravación irregular de la deuda, independientemente de toda cuestión de imputabilidad del deudor. Puede, sin embargo, el deudor pretender que el acreedor no obstante estar obligado a su liberación, por mala fe ha rehusado admitir el pago; pero esta es otra cuestión, que de ser probada por el deudor, puede reportarle a éste una más completa indemnización. Adviértese, empero, que estos son hechos extraños a la mora del acreedor, propiamente dicha, que simplemente, ha prolongado la obligación de quien le es deudor.

Estas son razones poderosas para inclinarse a seguir la opinión de SALEILLES de que no hay necesidad de culpa para que se dé la mora del acreedor.

Para MAYNZ (62) la culpa es noción indispensable en la mora del deudor y en la mora del acreedor; es elemental.

WINDSCHEID (62 bis), asimismo, exige la noción de la culpa en la mora del acreedor, aduciendo que como la mora le acarrea al acreedor daños y perjuicios, no se le puede imponer que los soporte si no está en culpa, a menos que una disposición legal lo ordene así.

Afirma WINDSCHEID (62 ter) que las fuentes romanas no dan un resultado seguro e indudable sobre si es esencial en la mora *accipiendi* la culpa.

De las opiniones expuestas comprobamos que la doctrina más reciente no admite que la mora del acreedor derive de la idea de la culpa. Es decir, no ocurre que al igual de lo que acontece en la mora del deudor, se presume la culpa del acreedor y, por tanto, se conceda a este acreedor el derecho de librarse de los efectos de la mora probando la ausencia de culpa. No funciona esta teoría en la mora creditoria, pero tampoco se admite aquella doctrina extrema que sostiene que la mora se verifica definitivamente desde que resultase de un hecho del acreedor, sin que éste pudiese jamás disculparse.

Si la mora del acreedor descansara en la idea de la culpa quienes la sostienen suponen que el acreedor está sujeto también a una obligación, la que consiste en hacer obtener al deudor su liberación, por lo que la mora del acreedor no viene a ser, a la postre, sino la mora de un deudor que no cumple lo que de-

(62) Curso de Derecho Romano, II, § 179, tex. y n. 4 de la p. 47. Expresa MAYNZ que si el retardo proviene de fuerza mayor es evidente que nadie es responsable: *casus a nemine praestantur*. La falta es elemento esencial de la mora. Sabemos que si la inejecución es total el *casus* libera al deudor; sería injusto que lo mismo no ocurriera tratándose de la mora (*mora inculcata*).

Para MAYNZ (Curso, II, § 179, p. 48), el acreedor se halla en mora cuando por un hecho u omisión culpable hace imposible o impide la ejecución actual de la obligación. Reclama este autor, para la mora creditoria, la culpa del acreedor, sea por no estar en el lugar convenido para la ejecución, sea por rehusar la prestación que legítimamente se le ofrece en el lugar y el tiempo oportunos, sea por rehusar concurrir a los actos indispensables para la ejecución, como la medida o peso de los objetos que se han de entregar, la liquidación de un crédito no líquido. La mora lleva invivita la idea de transcurso del tiempo.

(62 bis) Diritto delle Pandette, II, § 345, p. 336, p. s., trad. italiana, 1925. Para este autor el rehusamiento deberá ser ilegítimo, que el acreedor no tenga causa alguna de justificación; v.g., que haya padecido error sobre la existencia o sobre la extensión del crédito.

(62 ter) Diritto delle Pandette, II, § 345, p. 336; en la n. 9 de esa página 336 cita la opinión de DERNBURG, quien atribuye un peso decisivo a dos fragmentos del Digesto.

be. Empero, no es éste el real fundamento de la mora del acreedor, sino que dicha mora resulta de la imposibilidad en que el acreedor se encuentra de exigir del deudor más de lo que dicho deudor le debe; y si el acreedor prolonga la vida de la obligación que el deudor está dispuesto a extinguir, está evidentemente pidiéndole al deudor más de lo debido y la obligación no le da este derecho. De allí que sea indiferente saber si el acreedor incurrió o no en culpa, ya que en uno o en otro caso resultará cobrando más de lo que se le debe al prolongar injustificadamente la vigencia de la obligación. Aún en la hipótesis de que sea un acreedor de buena fe ésta no puede autorizarlo a invocar un derecho que no tiene y que la obligación de la que es titular no comprende. V.g., la cosa mueble por entregar al acreedor se pierde por caso fortuito, después de que el deudor formuló oferta real al acreedor para que la recibiera; no concebimos en virtud de qué principio esa pérdida va a soportarla el deudor, aunque el acreedor probara que incurrió en mora sin culpa; y aunque dicho acreedor demostrara que un *casus* lo hizo retrasarse en su recibo.

Tenemos entonces que si la mora del acreedor reposa únicamente en el derecho del deudor de repeler cualquier agravación de su obligación, dicha mora creditoria resultará de la realización de hechos practicados por el acreedor con o sin culpa, que aumenten irregularmente el importe de la prestación, sin que se tenga en cuenta para nada el criterio de la imputabilidad, o sea que el acreedor no es menos responsable por el hecho de probar que ha incurrido en mora *inculpata*. Deja así la culpa de ser un requisito de la mora del acreedor.

Sin embargo, hay ciertas atenuaciones que el cód. civ. alemán consagra, como se observa en el § 299; así, si el lugar donde las mercaderías compradas van a ser almacenadas debe ser antes desocupado, salvo que el deudor anunciara la prestación con anticipación razonable o si el deudor estaba obligado a prestar en fecha determinada. También si el deudor ofrece la prestación antes del plazo y puede hacer ésto con arreglo a la ley.

Tampoco el cód. suizo reclama la culpa para la mora del acreedor. El art. 91 del cód. suizo exige tan sólo que el acreedor *sin motivo legítimo* rehuse aceptar la prestación, para que se le repunte incurso en mora. Como anota VON TUHR (62 quater), bas-

ta que el acreedor no pueda invocar ninguna razón objetiva en abono de su conducta. No se tiene en cuenta, para los efectos de la mora creditoria, razones personales, como enfermedades, circunstancias imprevistas, errores acerca del objeto del crédito del acreedor, que den lugar a que el acreedor no acepte. Pero si es justificable la mora del acreedor y no se seguirían efectos dañosos para éste si el rehusamiento de la prestación válidamente ofrecida obedeció a una razón objetiva; v.g., si el deudor pretende efectuar la prestación antes de su vencimiento sin haber notificado previamente al acreedor, o cuando después de haber sido notificado en mora el deudor ofrece de golpe toda la prestación atrasada y que debía efectuar en plazos periódicos, o cuando el deudor pretende pagar en tales condiciones que exponen al acreedor a ser demandado en virtud de la concurrencia de otros créditos que tienen privilegio. Por el contrario, no se encuentra justificado que el acreedor rechace la prestación alegando que desea utilizar el crédito que se le ofrece en pago para compensarlo con una deuda que él tiene a favor de un coobligado del deudor.

El cambio de circunstancias en que se celebró el contrato que daría lugar a que el acreedor rehusara recibir las cosas compradas, porque hay otra situación en el mercado en donde piensa revenderlas, no libera al acreedor de ser reputado moroso. Sin embargo, el acreedor podría conseguir la extinción de ese contrato por aplicación de la cláusula "*rebus sic stantibus*" (62 quinquies).

El cód. griego no reclama la culpa para que exista mora en el acreedor. En su art. 354 preceptúa que cuando el tiempo de la prestación no estuviere determinado, si el acreedor se encontrara provisionalmente impedido de aceptar la prestación no quedará incurso en mora, a no ser que el deudor lo hubiera prevenido con la debida anticipación de la realización inminente de la prestación.

Para el cód. civ. italiano de 1942, su art. 1206 previene que el acreedor se encontrará en mora cuando, sin motivo legítimo, no recibe el pago que le ha sido ofrecido o no practica lo que es necesario a fin de que el deudor pueda cumplir la obligación. La frase "sin motivo legítimo" no equivale a decir "sin culpa". La mora del acreedor deriva de un obstáculo al cumplimiento ligado al acreedor y prescindiéndose de la culpa de éste, según la interpretación del art. 1206; así lo expresan DE RUGGIERO y MA-

(62 quinquies) Von TUHR, II, n. de la p. 64.

ROI (62 sexies), porque no es justo que el deudor que se encuentra pronto a pagar tenga que sufrir las consecuencias de un atraso, aunque sea accidental, del acreedor.

En el cód. civ. del Brasil no existe precepto que declare que para la mora del acreedor sea necesaria la culpa de éste. En cambio, en la mora del deudor su art. 963 previene que no habiendo hecho u omisión imputable al deudor, no incurrirá éste en mora.

Tampoco el anteproyecto de cód. de las obligaciones brasileiro contiene regla que exprese que para que exista mora en el acreedor es necesaria la culpa de éste, como ocurre con su art. 282, el cual establece que "no habiendo culpa imputable al deudor, no incurrirá éste en mora".

Concretando ideas:

Para el parágrafo 293 del cód. alemán, la mora del acreedor es un atraso en el cumplimiento, debido a la omisión por el acreedor de la cooperación indispensable por su parte, especialmente la aceptación.

El art. 91 del cód. suizo dispone que el acreedor se encontrará en mora cuando rehúsa *sin motivo legítimo* aceptar la prestación, que le es ofrecida regularmente, o realizar los actos preparatorios que le incumben y sin los cuales el deudor no puede cumplir su obligación.

En el art. 1206 del cód. italiano de 1942 el acreedor queda en mora cuando, *sin motivo legítimo*, no recibe el pago que le es ofrecido en el modo indicado por el mismo código, o no realiza lo que es necesario a fin de que el deudor pueda cumplir su obligación.

Ninguna de las legislaciones citadas reclama la culpa del acreedor.

Para MESSINEO (62 septies) la mora del acreedor es legítima en todos los casos en que se encuentre en la imposibilidad jurídica de recibir la prestación; así, porque carece de la capacidad de recibir, o porque esté justificadamente ausente, o porque el deudor pretenda cumplir en forma diversa de como lo ordena la ley o la relación obligatoria, o porque la deuda es ilíquida, o porque el deudor quiere cumplir una deuda inexistente, que después el acreedor estaría obligado a restituir. No parece encontrarse este autor italiano dentro de la buena senda, porque admite

(62 sexies) II, p. 98, 6ª ed., 1947.

(62 septies) Man. de D. Civ. y Com., IV, § 120, p. 348.

entre las causas que eximen al acreedor de la mora su ausencia justificada.

El art. 955 del cód. civ. del Brasil reputa en mora al acreedor que se niega a recibir el pago en el tiempo, lugar y forma que han sido estipulados.

El anteproyecto de cód. de las obligaciones del Brasil de 1941, preceptúa en su art. 281 que se considera en mora al acreedor que rehusa el pago en el tiempo, lugar y la forma que el contrato o la ley establecen.

Para el cód. griego la mora del acreedor aparece cuando éste no acepta la prestación que le es ofrecida, siendo real y conveniente la oferta (art. 349); y no habrá necesidad de oferta real si el acreedor ha declarado que no acepta la prestación (art. 350), o cuando habiendo sido invitado por el deudor, no procede a realizar los actos de cooperación necesarios; no siendo necesaria la invitación del deudor si se pactó una fecha determinada o el término de un plazo determinado después de la denuncia que hiciera el deudor para el acto del acreedor (art. 351). Agrega el art. 352 que el acreedor no quedará incurso en mora si el deudor, en los casos de los arts. 350 y 351, no se encontraba en estado de cumplir cuando hizo la oferta o cuando el acreedor debía practicar el acto.

En buenos principios, parécenos que si el acreedor tiene una justa causa para rehusar la prestación, sin atender a su culpa, no debe responder. Por ejemplo, que tenga razones objetivas para el rehusamiento, por lo que no le es imputable ninguna falta. En este orden de ideas, no son razones objetivas alegar que se encontraba enfermo, o que padecía error acerca del objeto de la obligación que se le debía, o que creyó que el plazo se había establecido en su favor, o que la prestación debía cumplirla el propio deudor y no el tercero que se la ofrecía, o que supuso que se le debía más de lo que se le ofrecía, o que al tiempo de la oferta había perdido la conciencia de sus actos.

Es claro que un ofrecimiento que se hace en lugar que no corresponde y/o en tiempo que no es hábil equivale a motivos objetivos, por lo que el rehusamiento del acreedor estaría justificado, no incurriendo entonces en mora. En realidad, trátase del caso de que el deudor no ofrece pagar lo que debe.

Para que no se dé la mora del acreedor, siempre éste debe tener una razón objetiva que justifique su rehusamiento, es decir, una justa causa. Por ejemplo, si el deudor no cumple la pres-

tación como debiera hacerlo, por lo que debe reputarse que dicho deudor está incurso en mora.

Conviene reproducir, nuevamente, en este campo, el art. 1206 del cód. civ. italiano de 1942:

"Il creditore é in mora quando, senza motivo legittimo . . .".

La mejor doctrina italiana opina porque la frase "*sin motivo legítimo*" no se confunde con la culpa. El acreedor carece de motivo legítimo para recibir la prestación, pero no significa que ha incurrido en culpa.

En cuanto a la prueba de que el acreedor tuvo una razón de carácter objetivo, una justa causa, un motivo legítimo, para negarse a aceptar el pago de la prestación que el deudor le ofrecía, esa prueba corre a cargo del acreedor, porque *prima facie* se presume la mora y la responsabilidad del acreedor por sus consecuencias.

Parecería que existe cierta injusticia ínsita en el hecho de permitir que el deudor se libere de responsabilidad por la mora si acredita que no tuvo culpa; y que, en cambio, al acreedor no le esté permitido esta probanza, que en buena cuenta entraña liberarlo del pago de daños y perjuicios y de soportar el riesgo de la cosa.

En nuestro concepto, la responsabilidad del acreedor es siempre exigible si incurre en retardo para recibir el pago de la obligación que le es debida.

No existirá razón que sea valedera al acreedor para liberarse de los dañosos efectos que ocasionó su retardo. De nada habrá de servir al acreedor probar que un caso fortuito le impidió llegar en tiempo para recibir la prestación. Examinemos esta hipótesis: el deudor formuló oferta real para entregar el ganado que adeudaba en fecha determinada en el contrato. El acreedor no concurrió a recibirlo; y al día siguiente, por efecto de una catástrofe, pereció todo el ganado. Ello no obstante, el acreedor demuestra, con probanzas indubitables, que su retardo se produjo sin su culpa, sino por un motivo legítimo, v.g., porque una tempestad paralizó todos los medios de transporte. Resultaría absurdo que la pérdida del ganado la soportara el deudor, por más justo que sea el motivo de la mora del acreedor. Riñe con la equidad que el daño revierta contra el deudor.

182 c.— *Efectos de la mora del acreedor.*— Existen algunas diferencias poco apreciables, entre las legislaciones que regulan los efectos que produce la mora *credendi*.

El deudor en mora se encuentra obligado a responder por los daños y perjuicios (art. 1320 cód. civ.). Esta es la consecuencia desde el derecho romano: *ubi moram quis fecit, omnem causam debedit constituere*. Correlativamente, la mora del acreedor impone a éste la obligación de satisfacer los daños y perjuicios que produjo a su deudor. Hay, sin embargo, doctrinadores como von TUHR (62 octies), para los que la mora creditoria no impone al acreedor el deber de resarcir los daños, toda vez que al negarse éste a recibir la prestación, no incurre en ninguna transgresión de sus deberes.

Asimismo, la mora del acreedor no acarrea la pérdida del crédito, salvo en ciertas hipótesis que ya examinamos, como la del acreedor que pierde el barco en el que había tomado pasaje, o no concurre a la representación teatral para la que compró boleto. No obstante que la regla general es la de que con la mora del acreedor el débito no desaparece, se presentan supuestos en que con su mora se torna imposible la prestación, como acontece con los espectáculos en fecha determinada y los transportes marítimos.

Se tiene, entonces, que no obstante la mora del sujeto activo la responsabilidad del deudor por la obligación subsiste y la prestación deberá ser pagada tan luego el acreedor la reclame.

En tesis general, la mora del acreedor produce estos efectos: a) el deudor se libera de pagar intereses moratorios para el caso en que hubiese sido interpelado por el acreedor y éste al tiempo en que se le ofrece el pago lo rechaza; b) si el bien mueble se pierde por caso fortuito esta pérdida no la soporta el deudor sino el acreedor, o sea que no queda disuelta la obligación como lo ordena el art. 1175 del cód. civ.; y c) tiene el deudor derecho a ser pagado de las mejoras y gastos que hubiere hecho en la cosa, siempre que las mejoras tengan el carácter de necesarias y/o útiles y los gastos sean de conservación.

Para ENNECCERUS (62 nonies) las consecuencias de esta mora son las que siguen:

a) Atenúase la responsabilidad del deudor; no responderá de toda culpa, sino de la culpa lata (inexcusable) y del dolo. No responderá de los frutos que no ha percibido, pero que hubiera podido percibir, sino de los frutos que efectivamente hubie-

(62 octies) II, p. 64.

(62 nonies) II, 1, § 58 (§ 281), p. 293 ss.

re percibido (según el art. 841 cód. civ, el poseedor de mala fe —deudor de la cosa—, responderá de los frutos que ha podido percibir y no percibió);

- b) Cesan de correr los intereses moratorios;
- c) El riesgo habrá de soportarlo el acreedor;
- d) El deudor tiene la posibilidad de liberarse totalmente; así, si el deudor debe entregar una finca, podrá abandonarla después de haber formulado al acreedor la conminación y si son cosas muebles las que debe podrá consignarlas y hasta hacerlas su-
bastar y consignar el precio;

- e) Los mayores gastos en que ha incurrido el deudor por la mora de su acreedor, como son los de ofrecimiento, custodia y conservación de la cosa que forma el objeto de la obligación, causados a partir de la mora, deberán serle abonados al deudor.

Otras consecuencias importantes se producen con la mora *accipiendi*; así, el acreedor no podrá rescindir el contrato por inexecución, ni tampoco podrá interpelar al deudor con el objeto de constituirlo en mora. Simplemente, deberá reclamar el pago de la prestación que se le debe (aún cuando esto deberá entenderse como que se trata de una interpelación o requerimiento).

RosSEL (63) hace saber que producida la mora del acreedor en un contrato sinalagmático (es decir, en un contrato en que el acreedor es, a la vez, acreedor-deudor), el otro contratante puede reclamar la prestación que se le debe, sin que sea posible admitir que prospere la excepción *non addimpleti contractus* que se le hubiere deducido. En el mismo sentido, von TUHR (63 bis).

En el cód. civ. alemán, los efectos de la mora *accipiendi* están contenidos en los siguientes preceptos:

Art. 300.— “Durante la morosidad del acreedor, sólo responderá el deudor de sus actos voluntarios y de su negligencia grave”.

“Si la deuda fuese de una cosa determinada únicamente por su especie, el riesgo pasará al acreedor a partir del momento en que incurra en mora”.

(63) Manuel du droit fédéral des obligations, Nº 120, p. 144.

(63 bis) II, p. 67. Declara el art. 298 del cód. civ. alemán: “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”.

Art. 301.— “Si la deuda de una suma en metálico produce intereses, el deudor no los deberá durante la morosidad del acreedor”.

Art. 302.— “Si el deudor debe entregar o reembolsar los productos útiles de un objeto, se limitará su obligación durante la morosidad del acreedor a la entrega de los productos útiles que efectivamente haya percibido”.

Art. 303.— “Si el deudor está obligado a restituir un inmueble, podrá abandonar la posesión después de incurrir en mora el acreedor. La amenaza de abandonar deberá notificarse al acreedor, a menos que sea imposible esta notificación”.

Art. 304.— “En caso de morosidad del acreedor podrá el deudor exigir el reembolso del aumento de gastos que haya debido hacer para la oferta infructuosa y para la custodia y conservación del objeto debido”.

En el derecho suizo el grado de culpa imputable al deudor en la guarda del objeto debido, que deberá continuar guardando después de que el acreedor sea constituido en mora, puede ser inferior al que era exigible antes de la mora, en vista de que el deber de guardar la cosa se prorroga o prolonga por el comportamiento del acreedor que se encuentra en mora. Asimismo, en cuanto a los intereses, continuarán éstos corriendo, aunque el acreedor se encuentre en mora, porque constituyen un equivalente del uso que el deudor hace del dinero; por lo mismo, éste no puede eximirse del compromiso de continuar pagando los intereses si no procede a la consignación del dinero (63 ter).

En general, la mora del acreedor conduce a una atenuación de la responsabilidad del deudor. Por ejemplo, si en la venta de cosas muebles, en la que los riesgos se trasladan al acreedor-comprador con la entrega, éste se negara a recibirlas, y se le constituye en mora, la pérdida de dichas cosas muebles la sufrirá dicho acreedor-comprador, aún cuando no le hubieran sido entregadas; y, sin embargo, el deudor-vendedor tendrá derecho a que le sea pagado el precio y no obstante que la pérdida se deba a culpa del deudor, pero no inexcusable.

Asimismo, el acreedor en mora responde por ciertos daños

que se produzcan para el deudor, y por los gastos de conservación de la cosa debida.

La liberación total del deudor se opera mediante la consignación o el depósito y esto importa pago de la obligación.

Los efectos de la mora creditoria según el art. 1207 del cód. civ. de Italia son:

"Effetti.— Quando il creditore é in mora, é a suo carico l'impossibilitá della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Non sono piú dovuti gli interessi né i frutti della cosa che non siano stati percepiti dal debitore.

"Il creditore é pure tenuto a risarcire i danni derivati dalla sua mora e a sostenere la spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta.

"Gli effetti della mora si verificano dal giorno dell'offerta, se questa é successivamente dichiarata valida con sentenza passata in giudicato o se é accettata dal creditore".

Habiéndose producido la mora sucesiva sólo la última produce todos sus efectos.

Declara el art. 958 del cód. civ. del Brasil:

"A móra do credor subtrai o devedor isento de dolo á responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela sua mais alta estimação, se o seu valor oscilar entre o tempo do contracto e o do pagamento".

Adviértase que no establece que cesa el curso de los intereses, lo cual es obviamente lógico. Esta omisión de la ley brasileña es criticada por la doctrina de ese país.

Veamos, detenidamente, esta cuestión de los intereses, en que la mejor doctrina establece que la mora *credendi* impide que se devenguen dichos intereses durante el tiempo de su duración.

Hay, sin embargo, autores que se muestran contrarios a esta solución, por cuanto el deudor dispone del capital y lo utiliza en su provecho.

Para ROSSEL (63 quater), el deudor continuará debiendo los intereses durante la mora de su acreedor; se trata de los intereses pactados por el uso de la cosa.

Comentando BEVILAQUA (63 quinquies) el art. 958 del cód.

(63 quater) Manuel du droit fédéral des obligations, Nº 120, p. 144, ed. 1892.

(63 quinquies) Código, IV, p. 113, 7ª ed., 1946. En contra, CARVALHO DE MENDONÇA, I, Nº 266, p. 455, para quien los intereses convenidos continúan corriendo, porque el acreedor goza del capital.

civ. brasileiro, manifiesta que ese precepto no habla de la cesación de los intereses, pero que si la deuda los produce deben cesar desde la mora del acreedor. Añade que esta exención es tan racional que se debe considerar que se encuentra incorporada al derecho brasileiro, independientemente de la disposición expresa. Se adhiere al criterio de MOMSEN de que no se deben cobrar intereses de una cuantía que el deudor debía conservar a disposición del acreedor, para entregarla en cualquier momento.

Sin embargo, se expresa que los intereses los debe el deudor pese a la mora del acreedor porque ellos son debidos como frutos de la cosa, desde que el deudor continúa gozando del capital.

El art. 301 del cód. civ. alemán exime al deudor de los intereses, al disponer:

"Si la deuda de una suma en metálico produce intereses, el deudor no los deberá durante la morosidad del acreedor".

Asimismo, el deudor durante la mora de su acreedor, no le abona intereses, según el art. 356 del código griego:

"Le débiteur d'une prestation en argent, durant le temps de la demeure du créancier, réserve faite de la clause de l'article suivant, n'est pas tenu des intérêts".

Art. 357 del cód. de Grecia: *"Le débiteur, étant responsable des bénéfices d'un certain objet, n'est tenu durant la demeure du créancier, que seulement des bénéfices que cet objet a produits"*.

La cláusula de que el deudor se encuentra obligado por los beneficios de cierta cosa mueble, subsiste y opera aún durante la mora *credendi*, según este dispositivo.

El art. 1207 del cód. civ. italiano previene que estando el acreedor en mora no se le deben los intereses ni los frutos de la cosa que no hayan sido percibidos por el deudor.

Otra cuestión importante es la de determinar cuál es el grado de responsabilidad del deudor durante la mora de su acreedor. Si bien con la mora *creditoris* se atenúa la responsabilidad del deudor, no desaparece completamente. Así, no responderá el deudor de la guarda y conservación de la cosa en la misma medida en que respondía en tanto su acreedor no se encontraba en la situación de moroso. No sólo no respondería el deudor por el perecimiento de la cosa por caso fortuito, sino aún cuando dicho perecimiento se hubiere debido a su culpa, siempre que ésta no sea inexcusable. Habrá de responder el deudor, es claro, si la pérdida o perecimiento de la cosa se debe a su dolo. De esta suerte,

si el acreedor está en mora de recibir, el deudor se encontrará libre de aquella diligencia que hasta entonces le incumbía, en cuanto a la conservación y guarda del objeto debido, por lo que si éste pereciera por su propia negligencia, no estaría dicho deudor obligado a indemnizar (63 sexies).

En general, la doctrina absuelve al deudor del daño sobrevenido a la cosa, después de la mora del acreedor; sólo lo responsabiliza si ha incurrido en dolo. Así lo establecía el Digesto, 18, 6, fr. 17:

“Se ha de saber que si el comprador comenzó a incurrir en mora, ya no es responsable el deudor por la culpa, sino por el dolo”.

El deudor no respondería por culpa; empero, el problema es el de saber si el deudor responde por la culpa inexcusable, o sea la culpa grave.

Para MAYNZ (63 septies) no hay más responsabilidad que la que deriva de dolo. Expresa que la responsabilidad del deudor no estaría ya determinada por la naturaleza de la relación obligacional; el deudor queda fuera de esa relación en la cual se halla, sino únicamente por el precepto que prohíbe hacer mal a otro. Agrega que cualquiera que sea su responsabilidad ordinaria, el deudor no responderá sino por su dolo.

Para el cód. civ. alemán la responsabilidad del deudor es también por la culpa grave. Declara su art. 300.

“Durante la morosidad del acreedor, sólo responderá el deudor de sus actos voluntarios y de su negligencia grave”.

Nos parece que esta es la buena doctrina; la culpa inexcusable debe también derivar responsabilidad para el deudor, no obstante la mora de su acreedor. Porque es culpa no susceptible de dispensa.

Si la obligación consiste en la entrega de una cosa, no obstante la mora del acreedor, el deudor se encuentra constreñido a conservarla; no puede abandonarla. Y la conservación puede suponer cuidados y alimentación como en el caso de tratarse de una obligación de dar varios animales, los que es necesario que continúen subsistiendo.

Conviene advertir que en el cumplimiento de las obligaciones el dolo no supone necesariamente la intención de causar daño; basta para que el deudor se encuentre incurso en dolo que

(63 sexies) ESPINOLA, II, 1, n. 178 de la p. 403.

(63 septies) Curso de D. rom., § 180, p. 55.

el incumplimiento de la obligación se haga con conocimiento cabal de que el deudor se encuentra sujeto a dicha obligación; que la obligación se incumpla voluntaria y conscientemente y no siempre por causar daño. Sin embargo, el dolo en este caso, supone el *animus* de causar daño.

Tenemos entonces, que el deudor no puede abandonar la cosa debida, no puede deshacerse de ella, porque el derecho moderno no admite la destrucción de los bienes.

Para ROSSEL (63 octies), el deudor, pese a la mora del acreedor, continúa siendo responsable, no sólo de su dolo, sino también de su culpa.

Anota BEVILAQUA (63 nonies) que el deudor no responde sino por su dolo; deja de responder de los riesgos de la cosa; y no señala que el deudor responderá por la culpa inexcusable.

En el art. 355 del cód. civ. griego de 1941, la responsabilidad del deudor no sólo es por dolo, sino por culpa inexcusable:

"Le débiteur, durant la demeure du créancier, n'est responsable que seulement pour dol et grave négligence".

Constituído el acreedor en mora, ya no responderá el deudor por la conservación de la cosa, a no ser si su desaparecimiento obedece a dolo del deudor. El acreedor debe resarcir los gastos de conservación y se encuentra obligado a recibirla por el precio más favorable al deudor.

El deudor puede hacer uso de la oferta o, si lo quiere, de algo más fuerte y sólido, que es la consignación. Con ésta desaparece su obligación; con la oferta no.

El deudor, en algunas hipótesis, querrá no sólo ofrecer, sino consignar. Por ejemplo, si sabe que la fortuna de su acreedor va desapareciendo y tiene interés en reclamarle cuanto antes los gastos de conservación, o los daños sufridos por dicho deudor al negarse a recibir el acreedor la prestación.

También tiene trascendencia determinar cuáles son los gastos que debe el acreedor moroso a su deudor. Ya en el cód. civ. alemán su art. 304 estableció:

"En caso de morosidad del acreedor podrá el deudor exigir el reembolso del aumento de gastos que haya debido hacer para la oferta infructuosa y para la custodia y conservación del

(63 octies) Manuel du Droit fédéral des obligations, Nº 120, p. 144, ed. 1892.

(63 nonies) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, IV, p. 113, 7ª ed., 1946.

objeto debido". Esta es una enumeración limitativa, que impide al deudor reclamar sumas por concepto de otros gastos.

En el parágrafo 2º del art. 1207 del cód. civ. de Italia se dispone que el acreedor deberá los gastos por la custodia y conservación de la cosa debida, pero ampliamente declara que deberá también resarcir el daño derivado de su mora.

Y el art. 358 del cód. civ. griego de 1941 declara:

"Le débiteur jouit du droit de réclamer par le créancier en demeure, toute dépense supplémentaire qu'il a dû encourir pour l'offre de la prestation restée sans résultat, ainsi que pour le maintien et la conservation de cette prestation durant la demeure".

Sobre esta cuestión BEVILAQUA (64) hace saber que el cód. del Brasil, al igual que el cód. alemán, sólo responsabiliza al acreedor en mora por los gastos de conservación, porque no asocia la mora *accipiendi* a la idea de culpa; que el derecho prusiano y el saxonio eran más rigurosos, porque obligaban al acreedor moroso a resarcir todos los daños sobrevenidos al deudor con ocasión de la mora.

Una última cuestión se ofrece al estudio dentro del área de los efectos de la mora del acreedor. Aparece cuando el retardo en recibir del sujeto activo ocasiona la baja del precio de la cosa o cosas por entregar, por lo que el acreedor debería pagar menos de lo que habría tenido que abonar si no hubiera incurrido en mora.

En el art. 958 del cód. civ. brasileiro se obliga al acreedor a recibir la cosa por su más alta estimación, si su valor osciló entre el tiempo del contrato y el tiempo del pago.

Para BEVILAQUA (64 bis) si oscila el valor del objeto de la prestación entre el tiempo del contrato y el del pago, el deudor podrá escoger la más alta estimación.

La doctrina está conforme en que el acreedor moroso deberá recibir la cosa por el precio más favorable a la otra parte.

Tratándose de la mora del deudor es éste responsable por la disminución del precio sufrido por la cosa después de su mora. Y ello es consecuencia de la idea de que al acreedor se le debe atribuir toda la ventaja que hubiera podido obtener con la venta del objeto debido, si se le hubiese entregado en el tiempo señalado.

(64) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, IV, p. 113, 7ª ed., 1946.

(64 bis) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, IV, p. 113, 7ª ed., 1946.

Refiriéndose WINDSCHEID (64 ter) a la mora del deudor, expresa que si el objeto de la prestación ha perecido, en todo o en parte, el acreedor podrá reclamar el valor más elevado que hubiere tenido dicho objeto en el tiempo intermedio, aún cuando dicho valor sea mayor que el valor actual. Sin embargo, esta solución dejará de aplicarse si el deudor probara que el acreedor habría conservado la cosa hasta el presente, o si acreditara que no la habría transformado en valor alguno.

Veamos un ejemplo sobre las oscilaciones de precio: el deudor tenía que entregar cien toneladas de trigo en fecha determinada; el acreedor lo interpela y, por tanto, lo constituye en mora. Terminada la ejecución deberá ejecutarse la sentencia firme que manda pagar las cien toneladas. Empero, el juicio ejecutivo ha durado un año y durante ese tiempo la tonelada osciló entre mil y ochocientos y el día en que la sentencia debe ejecutarse la tonelada de trigo bajó aún más, pues tuvo un precio de seiscientos. La doctrina enseña que el deudor deberá pagar la más alta estimación, o sea mil por tonelada.

Si la mora es del acreedor y al tiempo de la oferta la tonelada valía ochocientos, pero producida la mora del acreedor la tonelada tuvo una oscilación de precio entre mil y seiscientos y al tiempo en que el acreedor recibe el pago está a quinientos, enseña la doctrina que el acreedor deberá pagar mil por tonelada, porque es la estimación más favorable. Quizá podría sostenerse con éxito que el acreedor debería pagar el precio que tenía la tonelada al tiempo de la oferta de pago.

Lo que se debe tomar en cuenta es la oscilación del precio entre la fecha de la mora y la fecha del pago real (64 quater).

Conviene dejar establecido que no obstante la mora del acreedor, acreditada con prueba plena, puede éste ser exonerado de pagar al deudor indemnización de daños y perjuicios, al igual de lo que acontece con la indemnización que debería pagar el deudor. Puede, en efecto, haberse producido la mora *accipiendi*,

(64 ter) Diritto delle Pandette, II, § 280, p. 101.

(64 quater) Véase WINDSCHEID, Diritto delle Pandette, II, § 280, p. 103 s., 3, quien advierte que deberá adoptarse el valor máximo en el tiempo intermedio. En el aparte 2, p. 101, WINDSCHEID trata del caso en que el deudor responde de la pérdida de la cosa que debe por caso fortuito, si se produce después de su mora, salvo que pruebe el deudor que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa aunque hubiere cumplido la obligación a su debido tiempo. Esta posible causa de irresponsabilidad del deudor quedaría eliminada si el acreedor prueba que habiendo poseído el objeto de la prestación él habría podido, antes de su pérdida, transformarlo en un valor.

existe prueba suficiente sobre ella, pero el acreedor no debe indemnización alguna porque no se han producido daños y perjuicios resarcibles, o sea provenientes de su mora; o, en otro caso, el deudor, por mala defensa, no obstante haber sufrido daños, no ha podido persuadir al juzgador de haberlos experimentado, porque no ha podido probar tales daños. Probar es vencer.

Hay doctrinadores que sostienen que la mora en que incurrir el acreedor no lo obliga a indemnizar daños y perjuicios, a lo que si está obligado el deudor moroso. Y esta afirmación la hacen porque expresan que el acreedor no tiene obligación de recibir y que negándose al recibo ello no importa infracción de una obligación porque esa obligación no existe; por ello, concluyen por su no responsabilidad en cuanto a daños y perjuicios.

Veamos, sin embargo, este ejemplo: *A* ha constituido hipoteca a favor de *B*, en garantía de un préstamo y el plazo ya ha vencido. *A* ofrece a *B* pagarle, pero *B* se niega a recibir la prestación. *A* procede a consignar la suma debida y reclama, en juicio ordinario, la extinción de la obligación y que, consiguientemente, *B* le otorgue escritura pública de cancelación. *A* tiene interés en que este pago extinga el gravamen hipotecario, porque hay quien quiere comprarle ventajosamente el predio. Sin embargo, sólo un año después, la sentencia ejecutoriada declara extinguida la obligación asegurada con hipoteca y la obligación de *B* de otorgar la escritura pública de cancelación. En ese lapso, los inmuebles han bajado de precio y ya el presunto comprador carece de interés en adquirir el predio de *A*. Es obvio que el acreedor *B* debe daños y perjuicios por su mora. No sólo deberá el acreedor los gastos; debe daños, si los ocasionó con su negativa.

Algo bastante cuestionable afirma ROSSEL (64 quinquies). Asevera que subsisten, pese a la mora *credendi*, las seguridades de la obligación. Esto no es verdad en todos los casos. Así, si la obligación estuviera garantizada con una fianza, la mora del acreedor puede hacer desaparecer esa seguridad, porque legalmente el acreedor se encuentra obligado a ejecutar inmediatamente al fiador; toda prórroga, expresa o tácita, al deudor, liberta al fiador.

Lo mismo ocurrirá si la seguridad real (prenda o hipoteca) no fué constituida por el propio obligado, sino por un tercero. El art. 1796 del cód. civ., no admite dudas al respecto. Véase tam-

bién art. 1787 del mismo cód. peruano. Es claro que si es el propio deudor quien presta la garantía, su subsistencia es indiscutible.

182 d.— *Purgación de la mora del acreedor*.— Es éste uno de los puntos que olvidó legislar el cód. de Alemania.

En lo que se refiere a la purgación de la mora del deudor existe una doctrina vacilante. En nuestro derecho, figuran contratos como el de arrendamiento, en el que los tribunales no admiten que el arrendatario pueda purgar la mora, salvo que se trate de la aplicación de la legislación del inquilinato, que es de excepción.

Dentro de la buena doctrina, la mora del deudor no se purga tan sólo con la consignación; se purgará con la oferta. Ya el mismo derecho romano aceptaba que la mora se purgara así: "Aquel que prometió a Estiquio, ofreciéndole después de haber sido moroso, purga la mora" (D. 45, 1, fr. 73, § 2º) (64 sexies).

Y la mora del acreedor habrá de cesar cuando él declara que se encuentra listo a aceptar lo que se le debe.

Purgar la mora es extinguirla; propiamente, purgar es enmendar. La mora cesa, termina, concluye.

En la mora del deudor se admite en doctrina que propuesta la acción judicial por el acreedor, cesa para el deudor la facultad de enmendar la mora (Véase art. 959 parágrafo único del cód. del Brasil; y art. 287 del Antep. del cód. brasilero de las obligaciones).

En algunos casos, el cumplimiento de la prestación no producirá la purgación de la mora, si la ejecución se tornó enteramente inútil para el acreedor. Es claro que un fallo ejecutorio debe decidir si la prestación es inútil, como lo afirma el acreedor, o no.

Con la purgación de la mora el deudor consigue neutralizar aquel derecho del acreedor de rescindir o resolver el contrato.

Informan RUGGIERO-MAROI (64 septies) que se purga la mora del acreedor, cuando éste cesa de rehusar su necesario concurso para efectuar la prestación y resarce al deudor los eventua-

(64 sexies) Stichl promissor post moram offerendo purgat moram; certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit — "El promotor de Stico, ofreciéndolo después de la mora, purga la mora; porque ciertamente le perjudicará la excepción de dolo malo al que no quiso recibir el dinero ofrecido".— Véase Cuerpo del Derecho Civil Romano, por KRIEGER, HERMANN y OSENBRUGGEN, III, p. 536, ed. castellana, 1897.

(64 septies) Istituzioni, II, p. 100, 6ª ed. secondo il nuovo codice.

les daños que la mora le ha ocasionado; o cuando el deudor renuncia a las consecuencias de la mora creditoria.

Una manera de purgar la mora del deudor es aquella por la que el acreedor no insiste en que el deudor cumpla inmediatamente con la prestación, sino que le acuerda plazo para el pago (64 octies).

La mora del acreedor puede ser purgada por tercero. Así, puede recibir por el acreedor su mandatario, o un coacreedor solidario.

La purgación de la mora no borra los efectos anteriores que ella ya produjo; se trata de efectos ya adquiridos por el acreedor, o por el deudor, en su caso.

Si el deudor en mora ofrece pagar y el acreedor rehusa recibir el pago, ya no estará más en mora el deudor y si el acreedor, salvo que éste demuestre que la prestación ofrecida fuera de tiempo le era inútil.

El art. 959 del cód. civ. del Brasil legisla sobre la enmienda de la mora tanto del deudor como del acreedor, declarando:

"Purga-se a móra:

"I. Por parte do devedor, offerecendo este a prestação, mais a importancia dos prejuizos decorrentes até o dia da offerta.

"II. Por parte do credor, offerecendo-se este a receber o pagamento, e sujeitando-se aos effeitos da móra até a mesma data.

"III. Por parte de ambos, renunciando aquelle que se julgar por ella prejudicado os direitos, que da mesma lhe provierem".

En tesis general, el acreedor purgará su mora si hace saber que se encuentra dispuesto a recibir la prestación que se le debe, en el estado en que se encuentre por efecto de la mora. Esa intimación del acreedor no sólo hará cesar su mora, sino que dará comienzo a la mora del deudor.

También concluye la mora del acreedor por extinguirse el crédito por uno de los medios que concluyen con la obligación, inclusive la novación, o por convenir un nuevo plazo para el pago de la prestación.

Habiéndose purgado la mora por el acreedor, cesarán los efectos de ésta para el futuro; empero, los efectos ya producidos en su intervalo serán de cargo del moroso.

Purgará la mora el deudor si hace oferta de la prestación—en algunos casos, sólo oferta verbal—. Puede también purgar

(64 octies) Véase WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, § 281, tex. y n. 4 de la p. 106.

la mora el deudor si la oferta la hiciere un tercero en nombre de éste, porque el pago lo puede hacer un tercero y no solamente el deudor. Purgará la mora el acreedor si hace saber que recibirá el pago y que indemnizará los daños y perjuicios sufridos por el deudor a causa de su negativa a aceptar el pago.

CAPITULO VIII

DETERMINACION DEL VALOR DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

183.— *Formas de hacer el avalúo.*— La evaluación puede hacerse en tres formas:

1) Las partes pueden estipularla a priori. Es la forma convencional, que ya se ha estudiado al tratar de las obligaciones con cláusula penal.

El avalúo convencional que se hace por medio de la cláusula penal, tiene la ventaja de que no es necesario para demandar su exigibilidad que se pruebe la existencia de daños y perjuicios; ni siquiera que se alegue esa existencia (art. 1224 cód. civ.). Asimismo, la cláusula penal puede haberse convenido para que cubra el caso fortuito y la fuerza mayor, los cuales dentro de lo normal, ocasionan, en caso de ser probados, la irresponsabilidad del deudor. Por lo mismo, la cláusula penal sería exigible no obstante la prueba por el deudor de estos acaecimientos, si dicha cláusula se convino que se abonaría por el deudor aún en la hipótesis de incumplimiento de la obligación por la producción del *casus*.

El único peligro que correría el acreedor sería el de que el juez pudiera disminuir la cuantía de la cláusula penal; pero jamás podría hacerla desaparecer (art. 1227 cód. civ.).

2) La ley hace la evaluación. Así, el art. 1324 cód. civ.:

“En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios”.

Nótese que en este supuesto sólo se trata de indemnización de daños y perjuicios moratoria. No hay compensatoria, que es la que corresponde a la inejecución de la obligación, porque toda indemnización se resuelve en el pago de una suma de dinero. No se puede hablar de inejecución absoluta, total, de obligaciones de dar sumas de dinero.

3) Si el avalúo de los daños no lo hubieren hecho las partes, lo hará el juez. La sentencia ejecutoriada que se pronuncie determinará el importe de los daños y perjuicios.

Hay entonces tres clases de avalúo: convencional, legal y judicial.

184.— *Avalúo judicial*.— Se hace cuando el *quantum* de los daños y perjuicios no lo han determinado ni las partes, ni la ley. Es el que se aplica con más frecuencia, no obstante que sólo procede en el silencio de las partes o de la ley.

184 a.— *La doctrina de la jurisprudencia en España sobre daños y perjuicios*.— VALVERDE (64 nonies) consigna en cuanto a daños y perjuicios, la orientación que tiene el Tribunal Supremo, considerándola así: 1) que los daños y perjuicios deberán justificarse derechamente por los medios de prueba y que esta justificación corresponde a quien reclama la indemnización; 2) que los dispositivos del cód. que regulan esa indemnización, deberán interpretarse restrictivamente; y, 3) que la cuantía de los daños y perjuicios deberá determinarse en la sentencia o, por lo menos, que en la misma se establezcan las bases para fijarla y si esto no se hiciera que se deje para el período de ejecución de sentencia. Nosotros siempre debemos observar atentamente la doctrina de los tribunales hispanos, ya que dos de nuestros más importantes preceptos en este campo han sido copiados del cód. de ese país.

185.— *Extremos que comprende la indemnización*.— Comprende el daño emergente y el lucro cesante, sea que la obligación no se hubiere cumplido, sea que se hubiere cumplido imper-

(64 nonies) III, n. 1 de la p. 119. Véase también MANRESA, Comentarios al Cód. Civ. Español, VIII, ed. 1901, p. 92, quien declara que la jurisprudencia de su país exige una prueba robusta por parte del que reclama la indemnización y que ésta se señala con "prudencia forense".

fectamente, sea que se hubiere producido retardo en su cumplimiento.

El daño emergente es, como sabemos, el empobrecimiento real y efectivo que sufre el acreedor con ocasión del no cumplimiento o del retardo en el cumplimiento de la obligación de parte del deudor; se trata de una disminución de su patrimonio.

El lucro cesante no es tan objetivo como el anterior; es algo que se supone. Es lo que el acreedor ha dejado de ganar porque el deudor ha incumplido la obligación; es lo que el acreedor habría obtenido si el deudor hubiera cumplido oportunamente.

Declara el art. 1272 del cód. anterior: "Se entiende por daños los menoscabos sufridos, y las ganancias que se han dejado de obtener".

Resumiendo: el *damnus emergens* es aquel que efectivamente se pierde y que se traduce en una disminución actual del patrimonio; y el *lucrum cessans* se significa por aquel *quantum* que razonablemente se deja de ganar, viniendo a ser una disminución potencial del patrimonio.

El cód. alemán define así el lucro cesante:

252.— "El perjuicio por reparar comprenderá también el lucro cesante, considerándose como tal aquel sobre que verosímilmente podía contarse siguiendo el curso ordinario de las cosas o según circunstancias particulares, especialmente según los arreglos y preparativos hechos".

El ejemplo que sigue es clásico entre los civilistas, para ilustrar los dos extremos: Un actor es contratado para trabajar en un teatro. El empresario hace los gastos de propaganda, pero llegado el día el actor se niega a trabajar. Es evidente que el empresario tiene derecho a reclamarle los daños y perjuicios y éstos comprenderán lo que el empresario gastó en la propaganda (daño emergente) y lo que el empresario habría obtenido como ganancia si el actor hubiere trabajado (lucro cesante).

Advierte FISCHER (64 decies) que el daño positivo acusa una base firme porque se refiere a hechos producidos, en tanto que el lucro cesante acusa todas las vaguedades e incertidumbres de los conceptos imaginarios. Pero que siempre se observa la frustración de aquellos hechos de los que hubiere brotado con seguridad una ganancia, a no ser por el evento dañoso; aún cuan-

(64 decies) "Los daños civiles y su reparación", Madrid, 1928, p. 43 ss.

do siempre quedará la duda, más o menos fundada, de que cualquier otra circunstancia hubiera interrumpido el curso normal de las cosas. Sin embargo, expresa que el derecho sería demasiado severo si reclamase del acreedor la prueba matemática e irrefutable de que esa otra circunstancia no se habría producido, ni la ganancia hubiera tropezado con cualquier otro inconveniente. En otro lugar, FISCHER (64 undecies) expresa: "No basta, pues, la simple posibilidad de realizar la ganancia, como no se exige tampoco la absoluta seguridad de que ésta se habría verificado sin la intromisión del hecho dañoso. Ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto. El Derecho no toma en cuenta como lucro frustrado las meras coyunturas".

Ya en nuestro cód. civ. se ha abierto paso la tendencia a fijar el monto de la indemnización en el negocio de hoteles; y este criterio puede evidentemente ser extendido a otras actividades; así, al ramo de los transportes.

Dispone el art. 1626 del cód. civ.:

"La responsabilidad de los hoteleros y posaderos quedará limitada a quinientos soles por el dinero, valores u objetos preciosos que no les fueren realmente entregados por los viajeros para su custodia material.

"Los hoteleros y posaderos pueden rehusar la custodia del dinero, valores u objetos preciosos cuando su valor fuere excesivo en relación a la importancia de sus establecimientos".

Esta es una responsabilidad previamente tarifada. La contiene también el párrafo 2º del art. 1953 del cód. civ. francés (modificado por la ley de 18 de setiembre de 1948), pero la jurisprudencia de ese país rechaza la limitación si el cliente prueba la intención o culpa lata del hotelero (64 duodecies).

No parece observable en nuestro sistema de derecho, lo que expresa ENNECCERUS (65), en el sentido de que se debe indemnizar no el valor real, sino el valor de afección, el valor subjetivo.

En el contrato de compra-venta, sin embargo, el daño que sufre el comprador por el incumplimiento del contrato, está re-

(64 undecies) "Los daños civiles y su reparación", p. 45.

(64 duodecies) MAZEAUD, Henri, León y Jean, Lecciones, Parte 2ª, vol. II, Nº 628, p.

405.

(65) II, I, § 10, 1), 2), p. 61 s. No se indemniza el valor común del objeto (*pretium commune*), sino el valor que tiene para la persona perjudicada (*pretium singulare*).

presentado por la privación de la ganancia que dejó de percibir si hubiera revendido la cosa. Correrá a cargo del comprador la prueba de la cuantía de dicha ganancia. Ello no obstante, el daño resarcible al comprador no se subordina sólo a la posibilidad de vender la mercadería.

Asimismo, el vendedor que incumple el contrato, debe resarcir al comprador la indemnización que éste debió pagar a un tercero, por no haber podido, a su vez, entregarle la cosa vendida.

En la locación de obra, los daños y perjuicios por el cumplimiento defectuoso del contrato, estarían representados por los gastos que hubo que hacer para la reparación o la sustitución de los elementos necesarios a dicha obra.

Sobre el concepto de lucro frustrado, FISCHER (65 bis) expresa que será si existen probabilidades que inducen a esperar, atendiendo al curso normal de los acontecimientos o a las especiales circunstancias del caso concreto, ciertos beneficios.

Agrega FISCHER (65 ter) que no bastará una simple posibilidad de realización del beneficio, pero que tampoco es indispensable arribar a la certidumbre absoluta de que ese beneficio se habría producido, de no haberse realizado la interferencia del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto. Se dirá entonces que ha habido un lucro frustrado, porque el beneficio ha fracasado y de ello es responsable el acto dañoso.

Es evidente que producido el hecho que hizo desaparecer aquella situación de la que podían derivarse beneficios para el acreedor, habrá de resultar imposible precisar, con exactitud absoluta, si dichos beneficios se habrían producido de no haber ocurrido el hecho que ocasionó el daño. Por eso, los jueces deben contentarse con comprobar que los beneficios para el acreedor hubieren sido posibles de obtener, porque acusaban verosimilitud conforme al curso habitual de las cosas. Sólo así no se estará dentro de la fantasía, sino pegado a la tierra, a lo real.

Es interesante, por ejemplo, determinar los daños y per-

(65 bis) Los daños civiles y su reparación, p. 45 s.

(65 ter) Los daños civiles y su reparación, ed. 1928, p. 57 s., VII).

juicios que se causan por la destrucción de una empresa (65 ter-a), en que deberá ser considerado el llamado "costo de reemplazo" o "costo de reproducción", que es una cantidad que debe ser deducida del valor a pagarse.

También hay que tener en cuenta la capacidad productiva del negocio o empresa, por lo que un bien no sólo deberá valer por lo que en él se ha invertido, sino que habrá que estimarlo como "negocio en marcha". Este es un valor llamado "valor de la empresa en funcionamiento", o sea "*going concern value*".

El valor de la clientela se llama "*good will*".

Hay también otros elementos intangibles que deberán ser estimados, como patentes de invención, marcas de fábrica.

Una empresa puede ser valuada por partes, para después de relacionar esas partes, llegar a un avalúo en que se incluya esa "capacidad para obtener beneficios".

El valor de una empresa no resulta de adicionar los valores parciales que tienen sus bienes. Es conocido el ejemplo de que un guante no vale nada si su valor se estima aisladamente, sin tener en cuenta el otro guante que forma el par. En una empresa, el activo físico no representa un valor real; éste se encuentra constituido por las ventajas económicas que se obtienen de la combinación armoniosa de los diversos elementos de trabajo. En todo negocio existe un "*good will*", un "negocio en marcha". De otro lado, un bien vale por lo que produce, o es susceptible de producir. Hay que indemnizar las diversas expectativas de beneficio económico, que constituyen un valor invisible, que no está representado en algo tangible, sino en esperanzas futuras, derivadas de la seguridad de los negocios que se confía habrán de hacerse en el futuro.

La clientela también importa un valor. Es el "*good will*" de los establecimientos. Ya Lord Eldon, en 1910, jurista inglés, decía que era "la probabilidad de que los viejos clientes vuelvan al viejo lugar". En realidad, como dicen los tribunales americanos, es "aquel elemento del valor que se traduce en la constante y favorable consideración de los clientes hacia un negocio establecido, bien reputado y bien manejado". Es evidente que este elemento no puede ser tomado en cuenta en los casos de monopolio.

(65 ter-a) Las ideas que expongo las he recogido de un ensayo de Fernando GARCIA OLANO, titulado "Acerca de la expropiación de empresas de servicio público", aparecido en "La Ley", t. 40, p. 1033 ss.

La concesión contiene un valor apreciable en cuanto existe la posibilidad jurídica de explotar un determinado servicio público; se trata de derechos emergentes de la concesión, que deben ser protegidos al igual que el derecho real de propiedad.

Una empresa tiene un poder de ganancia, que es el valor de la empresa en marcha ("*going value*").

La empresa organizada y antigua tiene un poder de realizar negocios que es un poder de ganar dinero, que no existe en la empresa reciente. Ese valor constituye un derecho de propiedad que debe ser indemnizado en toda expropiación.

De todo lo que ya se ha expuesto, resulta que el elemento más importante es el daño emergente. En una indemnización judicialmente otorgada, puede faltar el lucro cesante, pero no el daño emergente; y el primero faltará por ser algo hipotético, subjetivo. En supuestos de excepción, puede ocurrir lo contrario; así, en la indemnización moratoria.

Los romanos, con gran sentido práctico, tenían una regla inflexible para la fijación de los daños y perjuicios: no podían exceder del doble de la cosa principal que constituía el objeto de la obligación (Constitución de JUSTINIANO — Code: *De sententiis, quae pro eo quod interest, proferuntur*). Había, pues, un límite (65 ter-b). Esta restricción se aplicaba a los daños y perjuicios provenientes de delitos y cuasi-delitos.

En el derecho romano, se tenía en cuenta que era duro imponerle al deudor responsabilidad, cuando no había tenido la intención de causar las consecuencias deplorables que su culpa había producido y que él ni siquiera había previsto. Se estableció un principio de equidad, por el cual se era responsable de toda clase de culpa, aún de la leve, cuando se obtiene o se espera obtener alguna ventaja de la relación obligatoria; y, por el contrario, sólo se responderá de las culpas graves, cuando el deudor no tiene interés alguno (65 ter-c).

Asimismo, para los romanos el *dolus* en la inejecución de las obligaciones importa en el deudor, la intención de cometer el hecho perjudicial y causar un daño. Se puede manifestar de una manera positiva o negativa, por un hecho o por una omi-

(65 ter-b) Consúltese el Código de JUSTINIANO, L. 7, tit. 47, en "Cuerpo de Derecho Civil Romano", tomo I, p. 253.

Revísese, asimismo, VAN VETTER P., III, § 298, p. 56 ss. y sus notas; GIRARD F., secc. II, § 1, p. 612, n. 4.

(65 ter-c) MAYNZ, II, § 173, p. 11 y s.

sión. No se le puede atribuir dolo a una persona a la que no se le puede imputar una acción (65 ter-d).

Todos están obligados a las consecuencias de su dolo; la regla es absoluta. No obstante que la obligación del deudor provenga de un acto de liberalidad. Ninguna culpa del acreedor puede liberar al deudor de la responsabilidad en que hubiere incurrido por dolo; y el pacto por el que el deudor hubiese sido liberado de esta responsabilidad por dolo, es nulo (65 ter-e).

Nosotros hemos distinguido el dolo en el incumplimiento de las obligaciones contractuales del dolo en la comisión de los actos ilícitos, o del dolo empleado para inducir a la otra parte a la celebración de un contrato, expresando que en el primero no es necesario que exista la intención de causar daño. En el derecho romano no existían estos matices en la acción dolosa, pero la responsabilidad se agravaba si el deudor no cumplía la obligación por dolo y no por negligencia.

Para MAYNZ (65 quater), el poder de apreciación concedido al juez en Roma, estaba restringido por las siguientes reglas: 1ª Cuando la obligación podía ser estimada con certeza, los daños e intereses no podían exceder del doble del valor del objeto (L. un. C., *de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur* 7, 47). 2ª Si se trataba del daño causado por el retardo en la entrega de cosas fungibles, particularmente de una cantidad de dinero, la ley fijaba previamente el monto de los daños e intereses (sin embargo, en ciertos casos los intereses y daños podían exceder de la tasa legal de intereses. Fr. 2, § 8, D., *de eo quod cerco loco dari oportet* 13, 4). 3ª En algunos supuestos, el juez podía otorgar al acreedor la facultad de valuar por sí mismo el daño que hubiere sufrido, con la condición de que jure que es exacta la valuación que ha hecho (*in litem iurare*).

Hay quienes distinguen que si se trata del *damnus emergens* (o sea, el detrimento objetivo, real), el deudor responderá siempre, independientemente de haberlo o no previsto. Es exacta esta afirmación, aun cuando en algunos casos conduciría a fijar indemnizaciones cuantiosas y abrumadoras. En cambio, se acepta que la responsabilidad por el *lucrum cessans* experimenta límites y recortes.

(65 ter-d) MAYNZ, II, § 172, p. 7.

(65 ter-e) MAYNZ, II, § 173, p. 12, tex. y n. 3.

(65 quater) Curso de Derecho Romano, II, ed. castellana, Barcelona, 1887, § 176, p. 38.

Es claro que siempre la indemnización será de mayor entidad cuando se trate del incumplimiento absoluto y no de la simple mora, porque en este último caso la prestación es cumplida, sólo que lo será imperfectamente.

Considera ESPINOLA (65 quinquies) que tanto el *damnum emergens* (daño positivo), como el *lucrum cessans* (daño negativo), deberán presentar un carácter relativamente cierto y no puramente eventual.

El lucro cesante no requiere una prueba tan absoluta como la del daño emergente; admite presunciones, probabilidades, conexiones, etc. (65 sexies).

Sin embargo, el daño positivo tiene una base firme para el avalúo; pero el lucro cesante es siempre vago e incierto y hasta imaginativo. Los sueños de ganancia del acreedor siempre habrán de producirse y corresponde a los jueces la facultad de restringirlos y rebajarlos hasta límites reales.

Lo que se deja de ganar no puede consistir en una esperanza, ni menos ser dudoso ni contingente. La ganancia frustrada deberá presentar caracteres de certeza y de realidad incontrovertibles; debe ser tangible.

Estamos a lo que afirma DE GASPERI (65 septies), en el sentido que si se atendiera a la ley de causalidad en forma amplia, nos encontraríamos sujetos a reparar hasta las últimas consecuencias de nuestros actos.

186.— *Clasificación de los daños y perjuicios*.— Los daños y perjuicios pueden clasificarse en:

- a) Morales y patrimoniales o materiales;
- b) Directos e indirectos; y,
- c) Previstos e imprevistos.

Daño patrimonial es el que se significa en una disminución del valor del patrimonio, que se traduce en una cantidad de dinero.

El daño moral es un sufrimiento psíquico; sin embargo, se repara o enjuga con dinero.

Daños directos son aquellos que resultan una consecuencia lógica e inmediata del no cumplimiento de la obligación por par-

(65 quinquies) II, I, p. 419 y s.

(65 sexies) Así, LAURENT, XVI, Nº 283 ss., p. 343 s., para quien es difícil establecer el montante de la ganancia.

(65 septies) I, § 747, p. 716.

te del deudor; son daños intrínsecos. Son los que se producen rec-
tamente, exista o no intervalo.

Los indirectos tienen relación sólo mediata, remota con el no
cumplimiento; son daños extrínsecos.

Efecto inmediato es lo que se produce sin intervención de
tercero; que nace de sí mismo. Significa sin intervalo, sin solu-
ción de continuidad. No existe intermediario.

DE GASPERI (65 octies) reproduce estos ejemplos:

"Compré trigo y por no haberseme entregado murieron de
hambre mis esclavos; yo no puedo pedir como daño el precio de
ellos, sino el precio mayor que tuvo el trigo o el vino desde que
debió serme entregado, porque esta mayor utilidad *circa rem
ipsa consistit* (65 nonies), y su pérdida es una consecuencia in-
mediata, necesaria, inevitable del contrato; la muerte de los es-
clavos es una cosa extrínseca, accidental, ajena al contrato, y que
además pude evitar".

"Compré vino y no se me entregó, no se reputará daño o lu-
cro cesante que yo habría podido venderlo y negociar con su pre-
cio, porque la ganancia es incierta y lejana, y hasta pude dejar
de negociar".

POTHIER (65 decies) ofrece este ejemplo sobre los daños di-
rectos e indirectos: Un individuo compra un animal enfermo y
como consecuencia de esta compra se le contagia todo el gana-
do que tiene, el cual muere junto con el animal. Posteriormente,
el individuo, que es agricultor, no puede continuar trabajando su
fundo porque necesitaba del ganado para cultivarlo y se le decla-
ra en quiebra y como consecuencia de estas desgracias se quita
la vida. Aquí existen varios perjuicios: la muerte del animal, la
muerte del ganado, la declaración de quiebra y el suicidio. Serán

(65 octies) I, § 771, p. 736. Lucro cesante era lo que verosímilmente podía ganarse, den-
tro del curso ordinario de los acaecimientos. Del mismo da clara idea el art. 252 del cód.
civ. alemán:

"El perjuicio por reparar comprenderá también el lucro cesante, considerándose como
tal aquel sobre que verosímilmente podía contarse siguiendo el curso ordinario de las co-
sas o según circunstancias particulares, especialmente según los arreglos y preparativos
hechos".

(65 nonies) Los daños son mediatos, extrínsecos o *extra rem* e inmediatos, intrínsecos
o *circa rem ipsam*. Esta clasificación era desconocida en el derecho romano; nuestro cód.
no la ignora ya que el deudor que ha cometido dolo responde de los perjuicios que se de-
riven de la falta de cumplimiento, siempre que esos perjuicios sean directos e inmediatos.
Parece entonces ser la mejor solución que ni aún el deudor doloso está obligado a satisfa-
cer los daños indirectos (DEMOLOMBE, XXIV, I, Nº 579 ss., p. 567 ss.).

(65 decies) I, Nº 166, p. 189 s. V., asimismo, DEMOGUE, VI, Nº 270, p. 303.

daños directos la muerte del animal y del ganado e indirectos los otros.

La sent. de 29 de diciembre de 1894 (66), declara que los daños indemnizables son únicamente los que provienen *directamente* de la inejecución o contravención del contrato. El Fiscal expresó que los menoscabos sufridos deberán ser consecuencia necesaria del hecho al que se atribuyen.

Daños previstos son aquellos que fueron tenidos en cuenta al tiempo de celebrar el contrato; e imprevistos lo contrario. También POTHIER (66 bis), sobre esta clasificación da el siguiente ejemplo: Doy en locación una casa por 10 años, pero la propiedad no es mía. El verdadero dueño hace uso del derecho que la ley le acuerda y consigue la nulidad del arriendo. La persona a quien arrendé el inmueble se ve obligada a arrendar casa en otra parte. En este ejemplo, los gastos de mudanza son perjuicios previstos, lo mismo que el pago de una mayor suma por concepto de alquiler. Por el contrario, si en la casa de que fue expelido hubiera establecido un negocio y con la mudanza su clientela hubiera disminuído, esa disminución constituiría un perjuicio imprevisto porque no se podía prever que iba a establecer en la casa un negocio determinado. Sin embargo, este daño podría estimarse como previsto si en el contrato de locación-conducción se hubiere determinado expresamente que el predio materia de la locación se destinaría a que en el mismo funcionara un establecimiento mercantil.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es uniforme en el sentido de declarar que procede el abono de los daños y perjuicios por el arrendatario si éste no devuelve la cosa una vez concluído el tiempo de la locación (66 ter). Sin embargo, el locador se encuentra constreñido a probar que los daños y perjuicios se han producido.

(66) En "A. J.", 1894 - 1898, p. 144.

(66 bis) I, Nº 161, p. 182 s.

(66 ter) Véase sent. de 6 de abril de 1918, en "A. J.", 1918, p. 29; y de 19 de agosto de 1927, en "A. J.", 1927, p. 177.

Por la sent. de 11 de julio de 1906, en "A. J.", 1906, p. 200, se estableció que si el conductor no devolviera la cosa una vez vencido el término de la locación, se harán efectivas las penas que en previsión de la demora se hubieran acordado en el contrato de arrendamiento y a falta de tal acuerdo el locador tiene derecho a los perjuicios que le cause la demora en la desocupación.

En todos estos casos el locador pretendió cobrar un arrendamiento que había fijado unilateralmente una vez que hubo vencido el término del contrato, exigencia que obviamente tuvo que ser rechazada.

187.— *Perjuicios de que responde el deudor.*— Tratándose de la responsabilidad contractual se responde de los perjuicios patrimoniales; no de los perjuicios morales. Ya nos hemos referido a que la indemnización por el daño moral la contempla nuestro cód. civ., en la responsabilidad aquiliana o extracontractual (véase art 1148 cód. civ.), aunque en el contrato esponsalicio también la establece (véase art. 79 cód. civ.), siendo de advertir tan sólo que este es un contrato *sui generis*.

Consideramos oportuno indicar que JOSSELAND (66 quater) critica el hecho de que en la responsabilidad contractual no se indemnice el daño moral; que no percibe ninguna razón fundamental para esta diferencia.

Al regular las indemnizaciones por los daños y perjuicios patrimoniales deberá atenderse si el deudor incurrió en culpa o en

(66 quater) Esclarecen PLANIOL-RIPERT y Esmein, VII, Nº 857, p. 168 s., que el contrato sólo afecta intereses de carácter pecuniario, por lo que su objeto no podrá consistir en un simple interés moral; y siendo así la indemnización de daños y perjuicios podrá tener únicamente en cuenta daños de orden pecuniario. Aceptan, sin embargo, que ya el derecho no tiene en cuenta exclusivamente los valores materiales; que las soluciones que se dan en materia contractual así lo demuestran. Por lo tanto, para que la indemnización al acreedor sea completa debe comprender la reparación de todos los intereses que se hubiere afectado, inclusive el interés moral. A favor de esta solución se encuentra también JOSSELAND, II, Nº 628 s., p. 399 ss.

En cambio, los eminentes BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, I, Nº 430, p. 509 ss., LAURENT, XVI, Nº 281, p. 341 s.; y HUC, VII, Nº 147; p. 209 s., excluyen en este campo contractual la indemnización por el daño moral.

Los pandectistas alemanes admiten la reparación del daño moral en el campo de los contratos. Véase, asimismo, para esta cuestión, SALVAT, Nº 186, p. 91 s.

CORNEJO A. G., II, Nº 283, p. 302, expresa que la única regla práctica a que puede arribarse es que el daño moral es resarcible en tanto y en cuanto se refleje sobre el patrimonio. Una elucidación de este problema en forma interesante hace el doctor LEON BARANDIARAN J., II, p. 428 s.

Daño es toda disminución en el patrimonio del acreedor. Así, AUBRY et RAU, IV, § 208, p. 157 ss., trata de los elementos que comprende la indemnización. Daño, dice BEVILACQUA, vol. IV, p. 218, es, en sentido amplio: "toda disminución en los bienes jurídicos de una persona". Si el daño recae sobre el patrimonio será un daño patrimonial; si recae en aquellos elementos que constituyen la personalidad, como la vida, la honra, la libertad, es un daño moral.

Véase, asimismo, VON TUHR, I, p. 84, sobre el valor de afección; COLOMBO E., "El daño moral en las relaciones contractuales", en "La Ley", t. 24, p. 9 de la sec. jurisprud. extranj. quien hace un análisis muy detenido de lo resuelto en otros países y en su propia patria, para concluir que la reparación del perjuicio inmaterial está excluida de la legislación argentina vigente, pero que teóricamente debe ser aceptado su resarcimiento en el campo de la responsabilidad contractual.

ESPINOLA, II, I, p. 409, n. 191, si bien admite que los daños puramente morales puedan justificar una compensación pecuniaria, considera que ello no es posible cuando se trata de obligaciones; que esta es la opinión dominante, la que nadie puede desconocer.

No ha terminado aún la controversia sobre si el interés moral es computable para el efecto de la indemnización. Conviene recordar, sin embargo, que para proponer una acción en juicio o para contestarla basta tener interés moral; así lo preceptúa el art. IV del T. P. del cód. civ. Y si la acción puede apoyarse en un interés moral, es forzoso admitir que él tiene un valor, ya que de otro modo la acción sería inútil (CARVALHO DE MEN-

dolo. Al respecto, es clara la doctrina del cód., que fluye del art. 1323:

"Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato" (66 quinquies).

Examinando esta disposición conforme a lo que hemos dejado expuesto, el deudor doloso sólo responde de los perjuicios directos, pero no de los indirectos. Por tanto, quien vendió el animal responderá del valor de dicho animal y del valor del ganado, pero no de los perjuicios que ha ocasionado la quiebra y del daño moral sufrido por los herederos con el suicidio.

DONCA, II, Nº 472, p. 54). Este autor, en otro lugar (II, Nº 484, p. 61), expresa que no hay razón jurídica que justifique la reparación sólo en el caso de daños morales ex delicto y no cuando se trata de la inejecución de los contratos. En pro de esta opinión informa que la inejecución de los contratos fué siempre considerada más grave por todas las legislaciones. Agrega que, desde el punto de vista moral, el contratante tiene una responsabilidad más extensa que el delincuente. El primero tiene una suma de responsabilidad que ha contraído voluntariamente, en tanto que el delincuente sólo contraviene un precepto prohibitivo de la ley penal. Considera que la objeción de más peso formulada a la indemnización del daño moral en el campo de los actos ilícitos, que consiste en la dificultad de medirlo, no tiene asidero en la esfera contractual, en que se le puede apreciar perfectamente. Cita en apoyo de su tesis que en la vida moderna existen contratos cuyo objeto exclusivo es un interés moral, como ocurre con el seguro de vida, en que su estipulante no tiene otro fundamento que ese.

Para los romanos, el daño siempre estuvo ligado fuertemente al patrimonio.

Véase COLOMBO Leonardo A., "Acercá del resarcimiento del daño moral en las obligaciones contractuales", en Rev. Jurid. Arg. "La Ley", t. 37, p. 596 ss., nota, quien se declara partidario de los procedimientos interpretativos de su jurisprudencia, primero tímidamente insinuados, que reconocen tal resarcimiento en esa clase de obligaciones.

(66 quinquies) El proyecto franco-italiano de las obligaciones dispone, con respecto a los daños y perjuicios, lo siguiente:

Art. 99.— "Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée".

Art. 100.— "Dans le cas même où l'inexécution de l'obligation résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite directe de l'inexécution".

Art. 102.— "Dans les obligations qui ont pour objet une somme d'argent, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution consistent dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, sauf les règles particulières au commerce, au cautionnement et à la société".

"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".

"Toutefois le juge peut allouer au créancier qui justifie d'un préjudice supérieur des dommages-intérêts supplémentaires".

En el cód. italiano de 1942 su art. 1225 determina en los siguientes términos la responsabilidad del deudor:

"Prevedibilità del danno.— Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del

Entre los perjuicios directos se encuentran también los previstos y los imprevistos. El deudor sólo responderá de los previstos; y en caso de dolo su responsabilidad se extiende a los imprevistos, es decir a los que "conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato". Empero, no responderá de todos los imprevistos, sino de los imprevistos que sean directos. Resulta, al simple examen, que la responsabilidad del deudor de buena fe es diversa de la del deudor doloso, pero en realidad de verdad casi no existe diferencia apreciable entre ambas responsabilidades. Así, ninguno de los dos responderá de consecuencias que no se deduzcan de un modo necesario de la falta de cumplimiento de su obligación; el deudor de mala fe jamás podrá responder de hechos extrínsecos a la obligación. Empero, al deudor que se le pruebe dolo deberá responder de un daño que pudo o debió ser previsto, si dicho daño es directo. Quizá podría alegarse que del daño imprevisto no respondería tampoco el deudor doloso, porque lo imprevisto jamás puede ser directo.

debitore il risarcimento é limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui é sorta l'obbligazione".

Nada dispone este código sobre la responsabilidad a que está sujeto el deudor que incurre en dolo, aún cuando su art. 1229 declara que es nulo el pacto que excluye o limita preventivamente la responsabilidad del deudor por el dolo o culpa grave.

El cód. civ. de Venezuela de 1942 regula la responsabilidad del deudor en los siguientes preceptos:

Art. 1274.— "El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta del cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo".

Art. 1275.— "Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de que se le haya privado no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación".

En el cód. suizo de las obligaciones deben examinarse las siguientes fórmulas:

99.— "En général, le débiteur répond de toute faute.

"Cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur.

"Les règles relatives à la responsabilité derivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle".

En el capítulo II, llamado "Des obligations résultant d'actes illicites", el art. 42 declara:

"La preuve du dommage incombe au demandeur.

"Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée".

Y en cuanto a la renuncia para exigir la responsabilidad, dispone el 100 del cód.

"Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave.

"Le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier,

La única diferencia entre ambos deudores, el de buena y el de mala fe, reside en que este último responde de los daños no previstos y también de los que no pudieron preverse en el momento en que se constituye la obligación. Empero, el deudor doloso no responde de los daños indirectos.

Parece que como el dolo se equipara a la culpa inexcusable según el art. 1321 cód. civ., quien hubiere incurrido en esta clase de culpa se encontrará en la misma situación. Sin embargo, consideramos que sólo el deudor que en la inejecución de la obligación incurrió en dolo se le aplicará la segunda parte del dispositivo.

au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité.

"Les règles particulières du contrat d'assurance demeurent réservées".

Sobre esta materia, el cód. civ. alemán contiene los siguientes preceptos:

Art. 276.— "Salvo disposición en contrario, el deudor responderá de sus actos voluntarios y de su negligencia. Consiste ésta en no prestar los cuidados exigidos en las relaciones ordinarias. Es aplicable a esta materia lo dispuesto en los arts. 827 y 828". (Ambos artículos corresponden a los actos ilícitos).

"No podrá relevarse de antemano al deudor de la responsabilidad de sus actos voluntarios".

Art. 277.— "Aunque sólo se esté obligado al cuidado que uno acostumbra poner en sus propios negocios, no se quedará libre de la responsabilidad por el cargo de negligencia grave".

Art. 278.— "El deudor responderá como de su propia falta, de la de su representante legal y de la cometida por las personas de que se sirva para cumplir su obligación. No es aplicable a este caso lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 276".

Art. 279.— "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" (Tratándose de deudas de género el casus no exime de responsabilidad al obligado).

Art. 280.— "Si la prestación se hiciese imposible a consecuencia de una circunstancia de que deba responder el deudor, estará éste obligado para con el acreedor a la reparación del daño procedente de la inejecución.

"Si la imposibilidad es sólo parcial, rehusando el acreedor la parte posible, podrá exigir daños y perjuicios por inejecución de toda la obligación, cuando la ejecución parcial no le interesa. Son aplicables a esta materia por analogía las disposiciones de los arts. 346 a 356".

Art. 281.— "Si a consecuencia de la circunstancia que hace imposible la prestación, obtuviere el deudor una indemnización por el objeto debido, o un derecho de indemnización, podrá el acreedor exigir la entrega de la indemnización recibida, o la cesión del derecho a recibirla (Es la misma doctrina que informa nuestro art. 1327, por el cual el deudor debe ceder al acreedor cualesquiera derechos relativos a la cosa que se ha perdido o destruido; v.g., el importe del seguro).

"Si el acreedor tuviese derecho a los daños y perjuicios por inejecución, disminuirá tal derecho cuando haga uso del indicado en el párrafo precedente, del valor de la indemnización obtenida o de otro derecho análogo". (Evidentemente, es más completa esta fórmula que la de nuestro cód., ya que el art. 1327 sólo prevé el supuesto de que el deudor se libere de responsabilidad).

Art. 282.— "En caso de cuestión para saber si la imposibilidad de la prestación es consecuencia de una circunstancia de que deba responder el deudor, correrá la prueba a cargo de este último".

El adverbio "conocidamente" revela que los daños y perjuicios de que responderá el deudor sean una consecuencia necesaria y fácilmente perceptible al configurarse el incumplimiento.

188.— *Responsabilidad del deudor en caso de ser culpable.*— Producido el incumplimiento por culpa del deudor, sólo responderá por los daños previstos o que se podían prever al tiempo de constituir la obligación. La previsión que el deudor tuviera o hubiera podido tener durante la ejecución de las prestaciones no le deriva responsabilidad indemnizatoria.

El deudor no responde de aquellos daños que no sólo no hubieren sido previstos sino de los que no se hubieren podido prever. Se trata de hechos raros, intempestivos, anormales. No responderá tampoco de los perjuicios que hubiere debido prever.

Paréceme que el juez para determinar si el deudor pudo o no prever el daño, deberá hacerlo no en abstracto, sino en concreto, como lo manda nuestro art. 1322 del cód. civ.

Acerca del criterio de la previsibilidad, el juzgador debe tener en cuenta que el daño será previsible si el mismo estuviese dentro del orden natural del acontecer, teniéndose en cuenta el tiempo de celebración del contrato.

Así, si yo compro una yunta para arar mi campo y después quien me la vende no me la entrega, por lo que tengo que comprar otra yunta en mayor precio de aquel que fijé para el primer contrato, es obvio que el vendedor me ha inferido un daño objetivo y patente, el cual es la diferencia de precio entre la primera y la segunda yunta. Este es un daño directo y previsible, porque es cierto que todas las mercaderías están sujetas a la alteración de precios, a su elevación; y en este caso, ello no es más que un acto ordinario.

Art. 283.— "Si el deudor ha sido condenado por sentencia definitiva, podrá el acreedor fijar un plazo prudencial para la ejecución de la prestación y declarar que la rehusará después de expirar aquél. Terminado dicho plazo podrá el acreedor pedir daños y perjuicios por la inejecución de la prestación en tiempo oportuno, en cuyo caso no tendrá derecho a la ejecución. La obligación de daños y perjuicios no tendrá lugar cuando la prestación se haya hecho imposible por una circunstancia de que no deba responder el deudor.

"Si al expirar el plazo sólo se hubiese ejecutado parcialmente la prestación, tendrá el acreedor el derecho indicado en el párrafo 2º del art. 280".

Comparando los dispositivos de los diversos códigos que hemos transcrito, debe convenirse que el legislador peruano ha instalado fórmulas adecuadas. Es patente la ventaja del nuevo código sobre el derogado, cuyo art. 1265 disponía:

"El que celebra un contrato no sólo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución o contravención por culpa o dolo de la parte obligada".

En las obligaciones de capital el acreedor tiene derecho a los intereses moratorios, sin necesidad de tener que probar daños y perjuicios, en atención al adagio de los glosadores *qui tardius solvit, minus solvit*.

Hay que detener la atención en que la fórmula legal expresa que el deudor responde de los daños y perjuicios que "hubiere podido prever al tiempo de constituirse la obligación", pero no de los que hubiere "debido" prever. Ello importa establecer también diferencias concretas entre deudores, por razón del lugar, del tiempo y de los conocimientos que deben tener. No es evidentemente la misma la previsión que puede tener un indígena campesino que la que tiene un hombre de la ciudad. A semejanza de la culpa este criterio de la previsibilidad es eminentemente subjetivo y debe ser ponderado en relación con cada persona.

Ya se ha dejado establecido que no basta que el acreedor alegue que el incumplimiento propio o impropio del deudor le ha producido daños y perjuicios, sino que es necesario que dicho acreedor, en el curso del proceso, pruebe la existencia de dichos daños y perjuicios. Ahora resulta que tampoco es suficiente que pruebe la existencia de los daños, sino que para su defensa requiere que se determine el monto de dichos daños y perjuicios. Sin embargo, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada después de reconocer la existencia de los daños y perjuicios y la obligación por su autor de indemnizarlos, puede ordenar la práctica de la operación pericial con el objeto de estimarlos, pero ya dentro de los trámites de la ejecución del fallo.

Establecido que la indemnización de daños y perjuicios que debe el deudor en caso de culpa, comprende los daños "previstos o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento", es interesante conocer lo que expresan PLANIOL-RIPERT y Esmein (67), quienes afirman que existen daños naturales y ordinarios, que pudieron haber sido previstos por el deudor; y otros daños son excepcionales, por lo que deberá estimarse que el deudor no los ha podido prever. Por lo mismo, es justo que el deudor sufra los daños y perjuicios que previó o hubiere podido prever; y nuestra ley agrega que se trata de daños que constituyan consecuencia necesaria al haber incumplido dicha obligación.

(67) VII, Nº 862, p. 173 s. También sobre daños previstos DEMOGUE, VI, Nos. 275 y 279, p. 308 y 312.

Los mismos PLANIOL-RIPERT (68) anotan que existe una dificultad de hecho y es la que confrontan los jueces para saber si un daño ha sido o ha podido ser previsto por el deudor; que en la sentencia todo juez deberá hacer constar de modo suficiente las razones por las que, en su concepto, el daño por el cual concede la indemnización había sido o podía ser previsto. También analizan la hipótesis de que el daño pudiera haber sido previsto, pero no su cuantía, que era desconocida. Si el deudor sólo hubiera previsto el daño y no su *quantum* debía declarársele responsable de la indemnización? Hacen saber que la jurisprudencia francesa más reciente decide que la ley (art. 1150 del cód. de Napoleón) no se refiere a la previsión de la causa, sino a la previsión de la cuantía del daño. Si el deudor no previó o no pudo prever la cuantía no es responsable. En cambio los autores franceses sólo exigen que se hubiera previsto la causa del daño: Así LAURENT (69); HUC (70); BAUDRY-LACANTINERIE et Barde (71), DEMOLOMBE (72). Empero, AUBRY et RAU (73) y COLIN y CAPITANT (74) siguen la dirección de la jurisprudencia. Véase también CHIRONI (74 bis).

Dispone el art. 1107 del cód. civ. español lo que sigue:

“Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

Es el precepto más semejante a nuestro art. 1323; éste último no se refiere al deudor de buena fe, sino al deudor, simple-

(68) VII, Nº 864, p. 174 ss.

(69) XVI, Nº 289, p. 348, Nº 292, p. 351 s.

Dentro del concepto de “daños previstos” o que se hubieren podido prever, entre los franceses se discute si la previsión se refiere tan sólo a la causa del daño o también a la cantidad del mismo, habiendo obligación de indemnizar si sólo se previó la causa, aunque no se hubiere previsto la cantidad, que pudo ser mucho mayor de la que al tiempo de constituirse la obligación se estimó. Esta indagación vale para nuestro derecho, ya que en la indemnización entran los conceptos del daño previsto y del daño que se hubiese podido prever y cualesquiera distinción sobre estos extremos deberá ser rechazada, desde que la ley no lo hace. Nótese que el art. 1323 cód. civ. se refiere a los daños que se hubieren podido prever, no debido prever.

(70) VII, Nº 148, p. 210 ss.

(71) I, Nº 486, p. 518 ss.

(72) XXIV, I, Nº 591, p. 519 s.

(72) XXIV, I, Nº 591, p. 579 s.

(74) II, p. 22, § B).

(74 bis) Nº 257, p. 648 y s.

mente. No habla del deudor culpable, pero es evidente que se refiere a él, porque la última parte del 1323 del cód. civ. del Perú se ocupa de la responsabilidad del deudor que incurre en dolo en el cumplimiento de la obligación. La regla del art. 1107 del cód. de España en cuanto al deudor pasible de dolo es más simple, ya que no contiene el agregado que reza "como efecto directo e inmediato" con que concluye el dispositivo 1323 del cód. peruano.

Asimismo, en cuanto a la culpa contractual el art. 1104 del cód. civ. español es igual al art. 1322 del cód. civ. del Perú. Dispone el cód. extranjero:

"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".

En vista de que el art. 1323 de nuestro cód. exige que en caso de dolo el deudor no responda tan sólo de los daños que *conocidamente* se deriven, sino que tengan, además, dichos daños cierto carácter directo e inmediato, es que la indemnización no es tan amplia como en el derecho español. Quizá si hasta se podría afirmar que la frase "*como efecto directo e inmediato*" que debe tener el daño en caso de dolo, es más rigurosa que la frase "consecuencia necesaria" que se reclama del daño indemnizable para la hipótesis de deudor culpable. Pueden existir daños que no son directos e inmediatos y que, sin embargo, siguen como consecuencia necesaria al incumplimiento de la obligación, por lo que el deudor incurso en dolo no respondería de ellos, pero sí el deudor negligente. Esta incongruencia se debería a que el deudor pasible de dolo sólo responde de los daños directos e inmediatos.

El juez, empero, tiene amplia libertad y arbitrio para graduar la responsabilidad, pese a las deficiencias legislativas que se presenten.

En cuanto a esta cuestión dentro del derecho romano, debe leerse a MAYNZ (75), quien advierte la dificultad que existía cuando, en un caso dado, habría duda para saber si el daño que el acreedor ha experimentado se debe enteramente a la inejecución de la obligación pactada. Sucede que circunstancias accidentales concurren en la inejecución o mala ejecución de la obligación y que aumentan considerablemente la pérdida que sufre

(75) Curso de Derecho Romano, tomo II, Barcelona, 1887, § 175, p. 31 s.

el acreedor. Por ejemplo, quien vende vigas de mala calidad se encuentra obligado, sin duda, a indemnizar al comprador del menor valor de dichas vigas. La cuestión se presenta difícil cuando se pide que el vendedor también debe indemnizar al comprador que hubiere empleado las vigas en una construcción que poco después se desploma a consecuencia de la mala calidad de dichas vigas. Enuncia MAYNZ que los autores distinguen entre daño directo y daño indirecto, pero que dichos términos son demasiado relativos y las definiciones que de ellos se dan carecen de precisión cuando se les trata de aplicar a un caso particular. Así, en el ejemplo anterior, el daño del edificio podría ser reputado daño indirecto, según las circunstancias; y también el valor de las mercancías que se encontraban en el edificio; o el incendio que se originó por el desplome y las consecuencias que siguieron a ese incendio, que originó la muerte de varios individuos, particularmente esclavos que allí se encontraban. Opina el autor que la ley debe dejar al juez una gran libertad en el examen de la cuestión de saber qué daños deben ser a cargo del deudor; que resulta irracional considerar que el deudor sólo está obligado al daño directo, pero que estará obligado al daño indirecto cuando incurra en dolo, porque la distinción entre culpa y dolo se hace cuando se haya de determinar el hecho mismo de la responsabilidad. Pero en lo que concierne a la extensión de los daños, la causa moral de la imputación es indiferente, ya que el daño que el acreedor sufre será igualmente grande si ha sido causado con intención de perjudicar, o si la causa de ese daño es una simple culpa del deudor.

Los preceptos del cód. de NAPOLEÓN sobre la responsabilidad contractual, son los que siguen:

Art. 1150.— “El deudor no está obligado a satisfacer más daños e intereses que los previstos, o que se han podido prever al hacerse el contrato, excepto en el caso en que la falta de cumplimiento proceda de mala fe”.

Art. 1151.— “En este último caso los daños que por pérdidas o faltas de ganancias se deban al acreedor, no pueden exceder de lo que sea consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento del contrato”.

Como se observa, nuestro art. 1323 es más restringido. Así, en cuanto a la responsabilidad por culpa no sólo se determina por el elemento subjetivo de la previsión o previsibilidad de las con-

secuencias, sino que el dispositivo de nuestro cód. reclama que los daños y perjuicios sean "consecuencia necesaria" de la falta de cumplimiento de la obligación. Y en lo que respecta a la responsabilidad por dolo, la regla del cód. peruano no sólo exige que los daños y perjuicios se deriven como "efecto directo e inmediato", de la falta de cumplimiento de la obligación, sino que "conocidamente" se deriven del incumplimiento.

En ambas hipótesis, nuestro código civ. restringe con mayor rigor que el cód. civ. francés, la responsabilidad contractual.

Sin embargo, tanto en el derecho francés como en el peruano, en caso de culpa el deudor responde del daño que supo que ocasionaría o que podría ocasionar. Empero, en el derecho peruano se agrega que ese daño sea una consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación, lo cual importa establecer una relación causal. Y en el supuesto de dolo ambos códigos reclaman una relación causal, sin atender al elemento espiritualista de lo que el deudor conoció o pudo conocer, o sea que a mayor imputabilidad corresponde mayor responsabilidad.

Esa relación causal supone la no indemnización por los daños y perjuicios indirectos. BACON decía "*In jure non remota causa, sed proxima spectatur*"; es decir: "En derecho no se considera la causa remota, sino la próxima".

El art. 1150 del cód. de NAPOLEÓN dispone:

"El deudor no está obligado sino por las pérdidas y daños que fueran o podían haber sido previstos por ocasión del contrato, una vez que no se pueda atribuir a su dolo la inejecución de la obligación".

Y el art. 1633 del mismo cód. francés preceptúa:

"En caso de evicción, si el inmueble aumentó de valor, aunque sea sin el concurso del comprador, el deudor responde por ese exceso de valor".

La doctrina francesa se ha dividido; para unos autores si el daño fué previsto el deudor se obligará por todo exceso que resulte; otros autores entienden que el deudor sólo responde por el daño que pudo prever y no por el exceso, porque el art. 1633 del cód. de Francia constituye una excepción a la regla general, aplicable a los casos de evicción.

Entre quienes se inclinan porque el deudor responda no sólo por el daño que previó, porque fué previsto, sino también por

toda su extensión, aunque no lo hubiera previsto, están Huc (75 bis) y BAUDRY-LACANTINERIE et Barde (75 ter). Defienden la tesis contraria, AUBRY et RAU (75 quater), GIORGI (75 quinquies) y COLIN et CAPITANT (75 sexies).

El deudor de buena fe sólo debe resarcir los daños previstos o los previsibles. No deberá entonces pagar el deudor de buena fe una indemnización superior a las previsiones contractuales.

Hay quienes como DEMOLOMBE (75 septies), expresan que el deudor, aún siendo de buena fe, deberá resarcir todos los daños y perjuicios si la causa que originó esos daños fué prevista, o susceptible de preverse, aunque la cantidad no lo fué, desde que por circunstancias especiales fué aumentada y no tomada en cuenta en las previsiones de los contratantes. Basta entonces que el deudor hubiere previsto la causa del daño y no la cantidad, para que responda por toda la cantidad a que dicho daño asciende. Esta tesis fué seguida por LAURENT (75 octies).

Es obvio que esta doctrina no puede ser aceptada, porque el deudor de buena fe sólo responderá de la suma que pudo prever como entidad del daño.

El deudor no está obligado por el daño imprevisible en su causa. Al tiempo de concluir el contrato no era de suponer que su incumplimiento ocasionaría daños y perjuicios de entidad. Tampoco el deudor responderá de los daños y perjuicios que siendo previsibles en su causa, no lo son en su cuantía. No se podía presumir que el *quantum* fuera tan considerable. En realidad, en la responsabilidad por culpa se excluye todo lo imprevisible.

La previsibilidad se aprecia en abstracto, al contrario de la culpa, que se aprecia en concreto. Trátase de daños y perjuicios "que se hubiese podido prever" y no los que el deudor "haya podido prever". El "se" hace suponer de inmediato el tipo abstracto del buen padre de familia; o sea que los daños y perjuicios podrían ser previstos por un hombre prudente y cuidadoso.

El cód. civ. argentino contiene dos preceptos sobre responsabilidad contractual, debida a culpa o a dolo. Son los que siguen:

(75 bis) VII, Nº 148, p. 210 s.

(75 ter) XII, I, Nº 486, p. 518 s.

(75 quater) IV, § 308, tex. y n. 41 de la p. 159, 6ª ed., rev. por BARTIN.

(75 quinquies) II, Nº 123, p. 175 s.

(75 sexies) Cours, II, p. 22, B), ed. 1921.

(75 septies) Traité des Contrats, I, Nº 591 ss., p. 579 ss., ed. Lahure.

(75 octies) XVI, Nº 291 ss., p. 350 ss., ed. 1887.

Art. 520.— “En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación”.

Art. 521.— “Aún cuando la inejecución de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños e intereses comprenderán sólo los que han sido ocasionados por él, y los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes”.

Las diferencias con nuestro art. 1323 son notorias. En la inejecución por culpa, la ley argentina omite la previsión del daño y agrega que ese daño no sólo sea una consecuencia necesaria, sino también inmediata. Y tratándose de la inejecución por dolo, los conceptos de la ley son profundamente diferentes.

COLMO Alfredo (75 nonies), refiriéndose a “consecuencia inmediata” expresa que este concepto es el mismo del art. 901 del cód. de VELEZ SANSFIELD, que dice:

“Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este cód. consecuencias inmediatas. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse, se llaman consecuencias casuales”. Esta misma interpretación adopta, aunque no muy claramente, LAFAILLE (75 decies). Los dos autores consideran que en caso de culpa sólo los daños intrínsecos, o sea los sufridos por el acreedor en la cosa objeto de la obligación, y no los daños extrínsecos, o sea los sufridos por el acreedor en los otros bienes, son los resarcibles.

SALVAT (75 undecies) considera que la consecuencia inmediata es la consecuencia directa, excluyendo de la reparación los daños que son consecuencias más o menos accidentales. El resarcimiento puede comprender no sólo los daños intrínsecos, sino también los extrínsecos, siempre que estos daños sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento.

(75 nonies) “De las obligaciones en general”, Nos. 111, 139 y 143, p. 89, 113 y 117, ed. 1920

(75 decies) Derecho Civil, VI, Trat. de las Obligaciones, I, Nos. 221 y 222, p. 203 ss., ed. 1947.

(75 undecies) Obligaciones en general, Nº 175, p. 86, ed. 1935. Agrega que sabe cuándo los perjuicios experimentados por el acreedor deben ser considerados como una consecuencia directa y necesaria y cuándo, por el contrario, no deben ser considerados como tales, es una cuestión de hecho, que se resolverá en cada caso, conforme a las circunstancias especiales.

LEÓN Pedro (75 duodecies) mantiene, en lo esencial, el criterio de SALVAT; sostiene que la consecuencia inmediata no es la definida en el art. 901 de su cód., sino la consecuencia no lejana, simplemente; y que los daños resarcibles no son sólo los intrínsecos, sino los extrínsecos.

AGUIAR Henoch D. (75 tredecies) considera que la ley al establecer el requisito de la consecuencia inmediata, reduce la indemnización a los daños *circa rem*; y que cuando también la ley exige la consecuencia necesaria se refiere a aquellos daños que sean una consecuencia *fatal e indefectible* del incumplimiento, de acuerdo con el significado que tiene aquella palabra en el idioma. Cree AGUIAR que no se debe tener en cuenta la doctrina francesa, porque en dicha legislación la responsabilidad del deudor culposo es más amplia que en la legislación argentina. En efecto, en Francia el deudor culpable responde de las consecuencias inmediatas y directas, sean ellas contingentes o necesarias, mientras que de acuerdo con el cód. civ. argentino, se responde de las consecuencias inmediatas cuando fueron necesarias, o sea que indefectiblemente debieron producirse. Esta solución es, a nuestro juicio, aplicable al Perú.

ORGAZ (75 quatuordecies) manifiesta que no existe diferencia entre la legislación argentina y la francesa, en este punto.

LAFAILLE (75 quindecies) hace saber que al deudor que incurre en culpa se le hace responsable no sólo de las consecuencias inmediatas, sino también de las necesarias, lo cual importa un sistema demasiado estrecho, porque identifica el concepto de inmediato con el de necesario; que así quedan excluidos los efectos mediatos, que por lo común se deben cuando se incurre en negligencia; que esto constituye un retroceso en el progreso institucional; que esta solución no se aviene con el sistema del resarcimiento pleno, que hoy tiende a imponerse; que ese resarcimiento integral abarcaría hasta las consecuencias imprevisibles; que es de buena política legislativa fomentar la previsión, que en las sociedades modernas campea como consecuencia de la cultura. Cita

(75 duodecies) "El problema de la limitación de los daños y perjuicios resarcibles", en Revista de la Univ. Nac. de Córdoba, año XXI, Nos. 9-10, p. 529 ss.

(75 tredecies) Daño económico indemnizable, Córdoba, 1946.

(75 quatuordecies) Acerca de las "consecuencias necesarias" en la responsabilidad contractual y en la extracontractual, en Rev. Jurídica de Córdoba, 1947, vol. I, p. 471.

(75 quindecies) Derecho Civil, VI, Trat. de las obligaciones, I, Nº 222, p. 205.

LAFAILLE (75 sexdecies) las frases de AGUIAR: "... la ley, al restringir la imputabilidad de los actos, limita la responsabilidad del resarcimiento, que es su consecuencia".

En nuestro derecho, existen dos casos en que el deudor, no obstante haber incumplido su obligación por culpa, goza de cierto favor de la ley, aún cuando no lo exonera totalmente, ya que se le obliga a restituir lo que hubiere recibido. Así, conforme al art. 1284 del cód. civ., el acreedor de buena fe que hubiere aceptado el pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta, en cuanto por ellas se hubiere enriquecido; y si la ha vendido sólo estará obligado a restituir el precio o a ceder la acción para hacerlo efectivo. Y por el art. 1617 del cód. civ., el heredero del depositario que hubiere vendido la cosa depositada y que ignoraba su depósito, sólo está obligado a restituir el precio recibido, o a ceder las acciones contra el comprador, en el caso de que el precio no se le hubiere pagado. Por el contrario, existen hipótesis legales en que la obligación del deudor es más extensa. Así, en el art. 1590 cód. civ. se dispone que el comodatario responde aún del caso fortuito, si fué tasada la cosa al prestarse; y en el art. 1597, 2º, cód. civ., si el comodatario en la necesidad de perder una cosa prestada o la suya, prefirió que se perdiera la primera. Tratándose del gestor de negocios, el art. 1660 cód. civ. declara que éste responde del caso fortuito si hubiese pospuesto el interés del dueño al suyo propio.

Sobre la frase "consecuencia necesaria" inscrita en el art. 1323 de nuestro cód. civ., su sentido no debe indagarse en el diccionario, sino en la ley misma. "*Never cite a dictionary as authority*" (nunca cite un diccionario como autoridad), es una advertencia del derecho anglo-americano. Ello no obstante, conforme al Diccionario de la Real Academia Española (18ª ed.) es lo que "precisa, forzosa o inevitablemente ha de suceder. En este sentido, se contrapone a contingente"; y también "Dícese de lo que se hace y ejecuta obligado de otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo, y también de las causas que obran sin libertad y por determinación de su naturaleza". Otra acepción reza: "Que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin. En este sentido, se contrapone a superfluo". Refiriéndonos al "lucro

(75 sexdecies) Derecho Civil, VI, Trat. de las obligaciones, I, Nº 213, tex. y n. 14 de la p. 195.

cesante", que es término de la indemnización resarcitoria, no es una ganancia segura e indefectible, sino probable. No es una cosa fatal e inevitable, sino contingente. Si se manda pagar este lucro cesante, es porque dicha ganancia era de esperar, tenía cierta probabilidad de producirse, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y providencias adoptadas (art. 252 del cód. civ. alemán). Adviértase que conforme a nuestro art. 1323 el deudor culposo responde de los daños y perjuicios que sean *consecuencia necesaria* de la falta de cumplimiento de la obligación; en cambio, el deudor doloso responde aún de los daños y perjuicios que no sean una consecuencia necesaria (75 septemdecies). En efecto, esta frase de la consecuencia necesaria se consigna en la ley cuando se trata de deudor que incumple la obligación por culpa; y si el incumplimiento obedece a dolo, el deudor responde de los perjuicios que conocidamente se deriven de éste, como efecto directo e inmediato. Parecería seguirse de aquí que el deudor culpable no responde del lucro cesante, pero hay que tener en cuenta que la pérdida de la ganancia resulta una consecuencia necesaria, pese a que la existencia de dicha ganancia pueda, en algunos casos, ser improbable, y la prueba de ello corre a cargo del deudor.

No podrá exigirse del deudor que hubiere previsto, con rigurosa exactitud, el importe de la indemnización por pagar. Basta que hubiere hecho un avalúo aproximado, suficiente para percatarse de la importancia de la indemnización de que puede eventualmente responder. Por ejemplo, tratándose de un contrato de transporte la carta de porte consigna el valor de los efectos porteados o, por lo menos, da noticia de esos efectos.

En el cód. civ. de Italia de 1942, ya no es preciso que el acreedor acredite el monto de los daños que ha sufrido con el incumplimiento, otorgándole al juez en esta hipótesis la facultad de asignarle una indemnización equitativa.

Así, dispone su art. 1226:

(75 septemdecies) Conviene revisar un ensayo de ORGAZ Alfredo, en "Revista Jurídica de Córdoba", año 1947, vol. I, p. 465 ss., en que su autor vierte opiniones que no son estrictamente aplicables a nuestro derecho, en cuanto comenta la unificación de la responsabilidad por la culpa aquiliana y la culpa contractual.

El art. 252 del cód. civ. alemán declara: "El perjuicio por reparar comprenderá también el lucro cesante, considerándose como tal aquél sobre que verosíblemente podía contarse siguiendo el curso ordinario de las cosas o según circunstancias particulares, especialmente según los arreglos y preparativos hechos". (Lo reproducimos nuevamente en atención a su exactitud).

"Valutazione equitativa del danno. Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato del giudice con valutazione equitativa".

Es para la hipótesis de que el acreedor no consiga acreditar la existencia de los daños.

Cuando el deudor es culpable, GIORGI (76) también se refiere a la regla de su cód. que ordena resarcir los daños que hayan sido previstos, o que hayan podido preverse en el momento del contrato.

Por ejemplo, una compañía de transportes pierde la maleta de un pasajero, la que contiene joyas. Los daños y perjuicios serían enormes si se ordenara pagar el valor de las joyas; pero es obvio que la compañía no pudo prever el contenido al tiempo de contratar. La indemnización por daños y perjuicios deberá reducirse en la medida de lo previsible.

Refiriéndose MANRESA (77) a los daños y perjuicios derivados de la culpa del deudor, manifiesta que se requiere que concurren en los mismos "dos circunstancias, y no cualquiera de ellas, sino ambas conjuntamente", y ellas son: 1) que tales perjuicios son los previstos o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación, no después de constituida; y, 2) que dichos perjuicios sean una consecuencia del incumplimiento de la obligación, no una mera contingencia y que no estén sólo incidentalmente enlazados con aquel incumplimiento (78). En general, es difícil concebir que un daño previsto no sea, asimismo, un daño directo, y no constituya una consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento. Pueden también existir da-

(76) II, Nº 101 ss., p. 150 ss.

(77) VIII, p. 94. CASTAN, II, p. 151, lo mismo que los anteriores, expresa que la responsabilidad es diversa según sea la causa del incumplimiento. Así, existiendo mora o culpa el deudor responderá de los daños previstos o que se hubieren podido prever cuando se constituyó la obligación y sean una consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento; pero que tratándose del deudor doloso, no es necesario que el daño fuere previsto o previsible y acaezca necesariamente por el incumplimiento, sino que basta que se trate de una consecuencia conocida. Hace notar que la vaguedad e imprecisión de estos conceptos permite que el arbitrio judicial funcione holgadamente al apreciar el nexo causal.

(78) BEVILAQUA, IV, p. 219, en cuanto a los daños y perjuicios indemnizables, tiene en cuenta si el incumplimiento de la obligación se debe a dolo del deudor, en cuyo caso se comprenden en la indemnización los lucros cesantes no previstos con ocasión del contrato, siempre que fueran directa e inmediatamente derivados de la inejecución. Esta doctrina es la que corresponde a la parte final de nuestro art. 1323. Y si no se pudiese imputar dolo, continúa diciendo BEVILAQUA (loc. cit.), el deudor sólo respondería por los lucros cesantes previstos o los previsibles en el momento de contraer el vínculo obligacional. Equivale también a la primera parte del art. 1323 del cód. civ.

ños que hubieren podido ser previstos, pero que no resulten una consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento.

En cuanto a la investigación de si los daños han podido preverse, o si han sido previstos, opina CHIRONI (79) que es una cuestión de hecho librada al criterio del juez, cuyo poder de apreciación estaría restringido sólo por un límite: la necesidad de que el daño sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.

Los jueces tienen la mayor libertad en la apreciación del daño resarcible, sobre todo en lo que se refiere a la existencia y a la cantidad del daño. Pueden tener en cuenta las circunstancias de las personas que cumplen la obligación y el tiempo y el lugar en que la obligación habrá de cumplirse (79 bis).

Se puede afirmar que para el deudor culpable los daños y perjuicios no habrán de liquidarse de una manera rigurosa, sino con moderación (80). Y CHIRONI (81), acerca de la moderación, expresa que ella es uno de los caracteres de la equidad.

Existen daños imprevistos que, sin embargo, son una consecuencia necesaria del incumplimiento.

189.— *Responsabilidad del deudor en caso de dolo.*— Cuando el incumplimiento deriva de dolo, el deudor responde, dice VALVERDE (82), de los daños que son consecuencia necesaria del incumplimiento, pero no de los originados de otras consecuencias no necesarias o de mera ocasión. Nuestro art. 1323, cuyo comentario estamos haciendo, ha sido copiado del art. 1107 del cód. civ. español, razón por la que parece ser aprovechable la doctrina de los civilistas españoles. En otro lugar, el mismo VALVERDE (83) expresa que en caso de dolo el deudor responde no sólo de los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación, y que hubieran podido prever-

(79) Nº 258, p. 651.

(79 bis) DEMOGUE, VI, Nº 271, p. 305, opina en cuanto al daño directo, que su apreciación es una cuestión de hecho.

(80) POTHIER, I, Nº 164, p. 186.

(81) Nº 257, p. 649. El autor del libro de las obligaciones, el ilustrado y docto OLACHEA (en exposición de motivos del código civil reproducida en la obra de APARICIO y G. S., Cód. Civ., III, p. 425), no dice que en caso de dolo el deudor responderá de los perjuicios imprevistos o imprevisibles. Se limita a expresar que en semejante hipótesis "el deudor responderá de todos los daños que son consecuencia directa y necesaria de la inejecución o contravención". Lo mismo expresa en las ACTAS, VI, p. 120. Su silencio, sin embargo, no significa que no se tomarán en cuenta, en caso de dolo, los daños imprevistos si son directos e inmediatos.

(82) III, p. 113.

(83) III, p. 117 s.

se, sino de todos los que conocidamente se derivan de dicha falta de cumplimiento. Añade que conforme a los intérpretes, los daños a que el cód. se refiere cuando existe dolo son, no tan sólo los previstos e imprevistos que sean consecuencia necesaria del incumplimiento, sino todos los que se produzcan al acreedor por tal incumplimiento. Considera, empero, que el dispositivo del cód. civ. español copiado por nosotros, coincide en cuanto al espíritu con los de los códigos francés e italiano. En esas legislaciones el deudor responde por los daños previstos y no previstos que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de las obligaciones (84). O sea que esa frase, que en el dispositivo se encuentra en su parte media, comprende también el incumplimiento por dolo.

(84) III, p. 112. Consúltase VON TUHR, I, p. 62 ss., en que el autor del daño responde de las consecuencias, aunque no las hubiere previsto, ni pudiera tampoco preverlas. Aunque incurra en culpa se produce su responsabilidad por lo imprevisto. Lo único que exige es que exista conexión causal. En otro lugar (I, p. 70 ss.) hace el examen de la teoría de la causalidad adecuada, o sea que el efecto sea adecuado a la causa. No parece que estas doctrinas puedan ser adaptadas a nuestro sistema.

La cuestión de la causalidad es una de las más controvertidas en el derecho contemporáneo. Principio uniforme es aquel que dice que no existiendo nexo causal objetivo entre el perjuicio y el acto de inejecución no habrá obligación de resarcir.

Del derecho penal se ha adoptado en el campo del derecho privado una teoría que en Alemania se conoce bajo el nombre de *Bedingungstheorie* o teoría de la condición, por la que existe equivalencia entre todas las condiciones indispensables para que se verifique el perjuicio que obliga a indemnizar. Cada condición es causa parcial suficiente para determinar una relación de responsabilidad y la suma de todas ellas es la causa total. Esta teoría conduce a graves absurdos si fuera aplicada rigurosamente, ya que establece la responsabilidad del deudor por una serie indefinida de hechos accidentales que tienen por punto de partida el hecho por el cual el deudor falta al cumplimiento de la obligación.

Otra teoría establece la diferencia entre la causa y la simple condición, en la que la condición no es bastante para determinar el nexo causal, siendo necesario que el daño sea consecuencia necesaria e inmediata del incumplimiento. También es teoría germana a la que se afilian BINDING, KOHLER y HORN, citados por ESPINOLA, II, I, n. 213 de la p. 421.

La más reciente teoría es la denominada "*des adäquaten Zusammenhanges*" o de la conexión propia, por la que basta una condición que en sí incluye la probabilidad de una consecuencia futura. No llega esta doctrina hasta la extremidad de responsabilizar al deudor por las consecuencias remotas y accidentales que, por una conexión de hechos se ligan al incumplimiento; pero no excluye tampoco aquellos efectos que, aunque fuere mediatamente, se presentan con frecuencia en el curso de los fenómenos de la vida humana. Es al juez a quien corresponde apreciarlos equitativamente, desde que por su variedad y complejidad no pueden sistematizarse. La exposición que se deja hecha ha sido tomada de ESPINOLA, II, I, p. 420 ss. y sus n.

Una exposición de las doctrinas germanas se encuentra en mi estudio "El daño aquiliano en la legislación del Perú", N.º 9, p. 509 y ss.

Lo evidente es que entre la manifestación de voluntad, sea ésta un acto, sea una omisión, y el resultado, debe existir una relación causal y que a aquella persona a quien se sindicó como responsable sea quien puso en marcha todo este engranaje causal. Es también cierto que no se puede observar en todo su rigor el principio de que quien es causa de la causa es causa del mal causado.

Asimismo, conviene observar que nuestro cód. interrumpa rápidamente la cadena causal al responsabilizar al deudor sólo de las consecuencias que se hubieran podido prever, no de

SÁNCHEZ ROMÁN (85), más cauto, no expresa que en caso de dolo el deudor responda de los daños y perjuicios previstos y también de los imprevistos, sino que dice que "... no cabe, sin grave injusticia, exagerarlos hasta el punto de que se imputen los perjuicios y daños sufridos por el deudor, que aún siendo ciertos no resulten *derivación conocida* del incumplimiento de la obligación. Tampoco hace una afirmación como la de VALVERDE, el más moderno autor de derecho civil en España; nos referimos a CASTAN TOBEÑAS (86), en cuya obra se trata esquemáticamente del problema y se consigna la dirección de la jurisprudencia española, en la que se exige: a) que entre el acto y el daño medie una relación causal; b) que la consecuencia que hace procedente la indemnización de daños y perjuicios previstos o que se hubieren podido prever, no es necesario que sea directa, bastando que sea necesaria; c) que el nexo causal es una cuestión de hecho que corresponde apreciar libremente al juez; d) que en cuanto a las ganancias que se dejaron de obtener su prueba debe ser rigurosa, no tomándose en cuenta las ganancias dudosas y contingentes.

MANRESA (87) difiere de VALVERDE, al afirmar que en caso de dolo los perjuicios no necesitan que sean una "consecuencia necesaria" del incumplimiento, bastando que deriven del incumplimiento. Con respecto a la prueba, agrega que el adverbio "conocidamente" supone que dicha prueba sea suficiente, desde que el legislador excluye el enlace dudoso entre el daño y la causa que se le atribuye.

aquellas que se hubieren debido prever; y que cuando se trata del deudor doloso esa cadena se extiende más, ya que responderá de todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento (art. 1323 cód. civ.).

Revísese, asimismo, para esta cuestión del nexo causal, a ENNECCERUS, II, I, § II (§ 235), p. 65 ss., quien sienta el principio de que sólo se indemniza el daño que constituya una consecuencia del hecho que obliga a la indemnización y recomienda a los doctrinadores del derecho penal para esta cuestión de la causa. Expresa que no pueden darse reglas abstractas y que todo queda librado a la libre convicción del juez. Agrega que en principio es indispensable que los daños no se hubieren producido sin el hecho en cuestión, o sea que este hecho constituya una *condictio sine qua non* del nacimiento del daño.

Otro autor que debe ser consultado es FISCHER, Nº III, p. 4 ss.

Para un examen detenido del concepto "causa" estúdiense BRUERA, que tiene un capítulo, el tercero, (Nº 100 ss., p. 212 ss.), sobre el problema de la causa en la doctrina jurídica y en el derecho positivo. Omite, sin embargo, estudiar la causa en la indemnización de daños y perjuicios en el campo civil y sólo la contempla como origen de la obligación y en la teoría del enriquecimiento sin causa, pero también estudia la causa en derecho penal (Nº 106, p. 229 ss.).

(85) IV, Nº 52, p. 337.

(86) II, p. 536 s.

(87) VIII, p. 94.

Examinando esta cuestión desde otro ángulo y con arreglo a la doctrina francesa resulta que:

El precepto del art. 1323 del cód. civ., cuando se trata de la indemnización de daños y perjuicios por dolo dice que responde el deudor "de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato".

Conviene entonces volver sobre los conceptos de daño directo y daño indirecto. Al respecto PLANIOL-RIPERT y Esmein (88) ponen el siguiente ejemplo: una empresa de ferrocarril entrega una maquinaria agrícola en mal estado, habiendo sido despachada, por sus constructores, en buen estado. Esa empresa no puede ser condenada a indemnizar al destinatario, que es un agricultor, el importe de los pedidos que los agricultores circundantes le hubieran hecho, si hubiesen visto funcionar la máquina. La falta de pedidos no constituye un efecto directo, ya que se trataba de un supuesto hipotético e incierto. Es incuestionable que el deudor no puede ser obligado a indemnizar las consecuencias indefinidas de los hechos que produjeron el incumplimiento. Si así fuere, la responsabilidad sería ilimitada. Los civilistas nombrados enuncian este principio, que nos parece verdadero: "La pérdida sufrida y la ganancia frustrada, que alega el acreedor, deben tener como causa directa y exclusiva la culpa del deudor". En nuestra legislación, la palabra "culpa" habría de ser reemplazada por el término "dolo".

Si el efecto es directo e inmediato o indirecto y mediato es cosa que deberán decidir los jueces como una cuestión de hecho.

Hay, entre nosotros, abogados que afirman que en nuestro derecho, el deudor que ha incumplido la prestación por dolo, no responde tampoco de los daños y perjuicios imprevistos, desde que nunca podrá decirse que los daños imprevistos son de aquellos que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato. Esta no es la solución del derecho francés, por lo menos conforme a la interpretación a contrario *sensu* que del art. 1150 de su cód. civ. hacen PLANIOL-RIPERT y Esmein (89).

Lo imprevisto es evidentemente lo desconocido. Sin embargo, los mismos autores, en otro lugar (90), insisten en que el deu-

(88) VII, Nº 859, p. 171 s.

(89) VII, Nº 862, p. 174.

(90) VII, Nº 865, p. 177 s.

dor doloso responde de los daños previstos, o no previstos, porque ya no merece las mismas consideraciones.

ESPINOLA (91) emite la opinión de que en el supuesto de dolo, el deber de resarcir tiene una mayor extensión, porque comprende los daños que eran de difícil o imposible previsión, siempre que exista relación de causalidad entre el acto y el perjuicio. En otro lugar, el mismo ESPINOLA (92) cree que no se debe llegar al extremo de responsabilizar al deudor por las consecuencias remotas y accidentales que, por una concatenación de actos, se ligan al incumplimiento, pero que también se debe tener en cuenta aquellos acontecimientos que, no obstante su carácter mediato, se presentan con alguna frecuencia en el curso de los fenómenos de la vida humana.

Para BEVILAQUA (93) la indemnización por los daños, en caso de dolo del deudor, deberá ser lo más completa que fuera posible y tendrá mayor amplitud que cuando se trata de simple culpa. Pero fija un término a la indemnización conforme a la letra de la ley (art. 1060 cód. civ. del Brasil), la que no puede comprender sino las pérdidas efectivas y los lucros que sean consecuencia directa e inmediata de la inejecución dolosa. Se aparta su cód., dice, del llamado *damnum remotum*. El deudor aunque hubiere cometido dolo, responde sólo por lo que es consecuencia directa e inmediata de su dolo, lo que es una cuestión de hecho apreciar.

Sobre los daños resarcibles véase GIORGI (94).

Como la fórmula de su cód. se refiere también a los daños que son consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación, expresa que tratándose del deudor doloso no responde de aquellos daños que no se derivarían del incumplimiento sino con el concurso de nuevas causas; y las nuevas causas aparecen cuando para llegar desde el incumplimiento a los daños se requiere una serie prolongada de actos o de eventos que no sean todos efecto necesario del incumplimiento.

RUGGIERO (95) se pronuncia porque el deudor doloso está obligado a indemnizar los perjuicios no previstos o imprevisibles. Consúltese, asimismo, lo expresado por RICCI (95 bis).

(91) II, I, p. 418.

(92) II, I, p. 422.

(93) IV, p. 220.

(94) II, Nº 97-98, p. 141 ss.

(95) II, I, p. 124.

(95 bis) XIII, Nº 216 ss., p. 327 ss.

Hay quienes sostienen que la ley no tiene en cuenta la gravedad de la culpa del agente para los efectos de la indemnización, sino la extensión del daño causado. Puede responderse, empero, que hay un grado de culpa que por convenio puede ser dispensado; en cambio, no se puede pactar la irresponsabilidad del deudor si incurriera en culpa inexcusable. O sea, entonces, que también se atiende a la gradación de la culpa para los efectos de la cláusula de irresponsabilidad, como se observa en el art. 1321 del cód. civ.

Hay, es cierto, otros derechos, que no atienden a la causa que motivó el daño; así, el cód. civ. brasileiro en su art. 1060 previene:

“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

Esta regla no es la del anteproyecto de cód. de las obligaciones del Brasil, cuyo art. 172 declara:

“O juiz fixará a indenização de acordo com a gravidade da culpa, consideradas as circunstancias do caso”.

Es evidente que la indemnización no supone una ganancia para el acreedor; éste no deberá percibir más que el valor real y exacto del daño que ha experimentado. Lo único que hay es que, conforme al art. 1323 de nuestro cód. civ., en caso de dolo y no de culpa del deudor, se tomarán en cuenta, para los efectos indemnizatorios, otros acaecimientos que no habrían jamás de ser considerados en caso de ser el deudor sólo culpable; y es obvio que estos nuevos acaecimientos pueden aumentar el importe de la suma mandada pagar como indemnización de daños y perjuicios.

Entre acreedor y deudor puede haberse celebrado un pacto por el cual el deudor se responsabilice también por los daños indirectos o remotos; y ese pacto es lícito y válido.

Se admite la validez del pacto por el cual se establece una responsabilidad más amplia y rigurosa del deudor. Así, cuando en el contrato de compra-venta el comprador exige que se establezcan cláusulas más rigurosas para el supuesto de evicción o de vicios redhibitorios y se conviene que el vendedor abonará reparaciones de mayor entidad que las que la ley prevé.

Examinemos algo a lo que ya nos hemos referido. En POTHIER

(95 ter) se comenta un Constitución de JUSTINIANO, por la que en caso de incumplimiento de cierta obligación relativa a objeto determinado, la indemnización de daños y perjuicios no podía, en modo alguno, sobrepasar el doble del valor de la cosa, en el momento del contrato. Así, si quien compra un viñedo, por circunstancias fortuitas poco tiempo después vale cuatro veces más; si se produce la evicción del comprador no podrá atribuírsele como daño resarcible cuatro veces más, sino el doble de su valor, o sea el doble del valor del viñedo y no otro tanto igual.

Es evidente que el vendedor no hubo de prever esos daños cuantiosos, excesivos, que excedían en cuatro veces el valor de la cosa que enajenó.

Pueden darse los dos factores exigibles que son la inejecución de la obligación y el daño; empero, ese daño no será resarcible si no está acreditado, mediante la teoría de la causalidad, que es consecuencia de la inejecución. El daño puede haber acaecido por razón distinta de la culpa del deudor. Por ejemplo, si el comprador entrega la mercadería para ser transportada no en ferrocarril, en fecha señalada, sino en camión. Sin embargo, tanto uno como otro medio de transporte, por causa de inundación súbita, se pierden; y, por tanto, se pierde la mercancía que el encargado del transporte debió haber despachado por ferro-carril y lo hizo por camión.

No es necesario que exista una certidumbre absoluta de que un hecho produjo determinado daño. Basta que haya un elevado coeficiente de probabilidad.

ENNECCERUS (96) hace saber, después de cumplir el análisis de la doctrina de su país, que el problema de determinar hasta dónde llega el nexo causal no puede resolverse mediante reglas abstractas; y que en los casos de duda el juez habrá de proceder según su libre convicción, ponderando todas las circunstancias; y que a ello lo faculta el § 287 LPC.

Respecto al criterio de causa adecuada, DEMOGUE (96 bis) expresa que cuanto más una causa torne probable un resultado, tanto más debe ser ella considerada adecuada.

(95 ter) *Oeuvres*, I, p. 186, éd SIFFREIN, Paris, 1821.

En DEMOLOMBE, *Traité des Contrats*, I, Nº 591, p. 580, se comenta también la Constitución de JUSTINIANO.

(96) *Tratado de Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, v. 1, ed. Bosch, § 11, I, p. 67.

(96 bis) *Traité des obligations en général*, IV, Nº 375, p. 15 s.

En FORMICA (96 ter) encontramos palabras de gran justicia en esta materia. El límite del nexo causal es para él una cuestión de hecho, en cuya solución todos los criterios sugeridos por la doctrina pueden ser verdaderos o tener un fondo de verdad, más no pueden ser guía seguro. Existe una variedad inmensa de casos prácticos, singulares, siempre diferentes, que se muestran rebeldes a cualquier clasificación o subordinación a una norma general.

En cuanto a la naturaleza de la indemnización, declarado el derecho a la prestación de los daños, dicha prestación es sólo pecuniaria.

En el derecho alemán no siempre la indemnización es en dinero, como se desprende del art. 253 de su cód. civ.: "Si se trata de un perjuicio que no sea pecuniario, sólo podrá exigirse la reparación en metálico en los casos determinados por la ley".

Admitido que el resarcimiento es en dinero, hay quienes sostienen que al resolver la demanda sobre daños y perjuicios, los jueces deberán tener en cuenta el valor actual de la moneda y su desvalorización, porque de lo contrario no se repararía íntegramente el daño causado; es por ello que el monto de la indemnización debe fijarse en relación a la fecha de la sentencia. Nosotros seguimos la teoría nominalista, que sostiene que las deudas de dinero son insensibles a las variaciones del valor de la moneda, sea por cambio intrínseco, sea por variación en su poder adquisitivo. Parece ser, sin embargo, que la tesis nominalista se refiere exclusivamente a las obligaciones originariamente pecuniarias, pero no a aquellas prestaciones de valor, que tienen que liquidarse, al tiempo de ser ejecutadas, en dinero, por lo que la cantidad de dinero por pagar es variable según fueren las oscilaciones del valor de la moneda que debe entregarse. Por ejemplo, no es deuda primitiva de capital la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual, si el pacto crea obligaciones que no son de dar sumas de dinero.

Tratándose de una época como ésta, en la que el curso de la moneda es inestable y el monto de los daños crece por el aumento de los costos para su reparación, R. JAMBU-MERLIN (96 quater) comenta una sentencia dictada por la Corte de casación

(96 ter) *Dizionario pratico del diritto privato* de V. SCIALOJA, II, p. 554, Nº 28 in fine, ed. Vallardi.

(96 quater) En *Recueil Sirey*, París, 1949, fas. 4, 1ª parte, p. 69.

francesa, que decide que cuando se trata de perjuicio sometido a aumento en razón de las oscilaciones monetarias, el monto resarrible debe fijarse en el día de la sentencia, lo cual le parece legítimo. Niega que las variaciones monetarias de valor puedan considerarse imprevisibles y que, por tanto, no pueden imponerse al deudor, sino de lo que se trata es de la reparación integral del daño, el cual luego de ser determinado, se señala su equivalente monetario. No está en juego la previsibilidad del daño, sino de lo que se trata es de asegurar la reparación completa, mediante el pago del equivalente monetario del perjuicio.

En razón de la disminución constante del poder adquisitivo de la moneda, en otros países se tiene en cuenta la época en que debe hacerse la valuación de los daños y perjuicios. V.g., se trata del incumplimiento por parte del vendedor de la entrega de una maquinaria cuyo precio en plaza al tiempo de producirse el incumplimiento era de 100 y cuando se dicta la sentencia firme es de 200. El contenido del incumplimiento es el mismo, o sea la no entrega de la maquinaria, pero lo que se ha alterado es su precio. Este mayor precio puede obedecer no sólo a la depreciación monetaria, sino a causas estacionales del mercado, como mayor demanda o mayores costos de fabricación.

El daño material se da por la diferencia que existe en el estado actual del patrimonio del que lo sufre y aquel que tendría si el daño no se hubiera producido. Por lo mismo, la indemnización deberá señalarse en una suma tal que permita al damnificado restablecer su situación patrimonial anterior, sea dándole el dinero necesario para adquirir una cosa igual a la que perdió, sea otorgándole el dinero para su reparación, si sólo resultó deteriorada. Es obvio que ello sólo se conseguirá si la valuación en moneda del daño se hace al tiempo en que se dicta la sentencia definitiva y no en una época anterior. No habría realmente reparación del daño si la suma mandada pagar resulta insuficiente para tales objetos.

Se objeta, empero, que no existe relación causal entre el hecho del que resultó el daño y el alza de los precios o el envilecimiento de la moneda, que aumentan la suma a indemnizar. Debe distinguirse, sin embargo, que una cosa es el contenido del daño y otra la valuación de ese daño. El contenido es la no entrega de la maquinaria; lo que varía es su apreciación en dinero, su estimación. El daño continúa siendo idéntico. La relación causal sólo se exige entre el daño y el hecho que lo produjo. Existen obli-

gaciones de valor y obligaciones pecuniarias (96 quinquies). Lo justo es que se entregue al acreedor la suma exacta que le permita resarcirse del daño (96 sexies).

Justo Alberto M. (96 septies) ha escrito un trabajo interesante sobre "La desvalorización monetaria en el destino del contrato", comentando el ensayo "*La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé*", del Decano de la Facultad de Derecho de Rennes, André TRASBOT, aparecido en uno de los tomos de homenaje a RIPERT, titulados "*Le droit privé français au milieu du XXe siècle*", París, 1950, 2 tomos, ed. *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, R. Pichon et R. Durand-Auzias.

El destino del contrato está estrechamente vinculado a las alteraciones en el valor de la moneda; ésta incide en el valor económico de la obligación y causa una inseguridad evidente en la esfera contractual. Una moneda sana proporciona estabilidad a las convenciones. No existen sorpresas desde el punto de vista monetario; se pueden calcular con exactitud las ventajas del pacto y es posible el contrato a largo plazo. Así, el préstamo con interés mantenía al capital en todo su vigor original; el seguro de vida garantizaba a los beneficiarios una pensión suficiente; el salario pese a lo reducido era cierto en su valor y ahora con la inflación no alcanza. Era una vida tranquila, sin inquietud, sin zozobra. Viene después una etapa de inestabilidad en que la gran víctima es el contrato, porque para unos existirán ventajas inesperadas y para otros pérdidas injustas. Frente a una moneda que se desvaloriza incesantemente y al aumento continuado del costo de vida, todos los contratos a largo plazo, especialmente los seguros de vida y las inversiones monetarias, se tornan imposibles. Las inversiones en cosas que no responden a una necesidad real y que se llevan a cabo para eludir la desvalorización monetaria, concluyen por aumentar los precios artificialmente, desde que hay mayor demanda; esto origina consecuentemente una mayor demanda de dinero, lo que provoca nuevas emisiones de papel moneda. La vuelta a la estabilidad monetaria ha de traer como consecuencia el desenvolvimiento normal del contrato.

(96 quinquies) Consúltense en *Rivista del diritto commerciale*, 1947, parte 2ª, p. 103, un trabajo de GRECO, "Debito pecuniario, debito de valore e valutazione montaria".

(96 sexies) Sobre esta cuestión véase SALAS Acdeel Ernesto, "Epoca en la que debe establecerse el importe del daño causado por un hecho ilícito", en "*Jurisprudencia Argentina*", 1955, I, n. de la p. 335.

(96 septies) En "*La Ley*", tomo 61, p. 845.

Si la desvalorización es una enfermedad larga y lenta de la moneda es necesario respetar el contrato en aquellas estipulaciones que tienden a prevenir las fluctuaciones monetarias. Sólo así se llegará a la seguridad contractual. La inmovilidad en un mundo conmovido resulta la peor estabilidad.

Así se llega a la situación de que quienes tienen dinero no lo invierten en actividades productivas, ya que en ellas tienen necesariamente que soportar desvalorizaciones sucesivas; por ello, prefieren atesorarlo improductivamente, sea en oro o en monedas extranjeras fuertes. Quienes han prestado su dinero no se reembolsan del capital con el pago de intereses. Por ello se preconiza una escala móvil que da al contrato no un contenido monetario fijo, como antes tenía, sino un contenido monetario variable. Siempre existe el peligro en los contratos de escala móvil que haya error en las previsiones que sirvieron de base; y otro peligro es el de que impulsa nuevas emisiones monetarias. Ello no obstante, introduce cierta seguridad en el contrato esta escala móvil, en las relaciones jurídicas. Así se llega al equilibrio de las prestaciones contractuales, con lo que se consigue el respeto del contrato.

El profesor de la Universidad de Turín MONTEL Alberto, en un artículo "Problemas de la devaluación monetaria" (96 octies), comenta la jurisprudencia italiana que, después de muchas incertidumbres y tanteos, ha resuelto lo de la devaluación distinguiendo entre débitos de numerario y débitos reducibles a numerario, o sea obligaciones pecuniarias desde su origen y obligaciones que se han convertido en pecuniarias tan sólo en una segunda faz, reduciendo lo primitivamente debido al común denominador de la moneda. ("*debiti di valuta*" y "*debiti de valore*"). Se refiere específicamente a los débitos sobre reintegro de gastos, en los que la suma atribuida al acreedor no puede ser revaluada por causa de la depreciación, desde que se violaría el principio nominalístico. Se refiere también a otros gastos que se dedican a aumentar el valor de la cosa, en los que advierte que en el momento en que nace la obligación ésta no tiene por objeto una suma en metálico, sino que sólo más tarde se convertirá en una deuda de numerario. Para nosotros, tratándose de las mejoras que debe pagar el reivindicante victorioso al poseedor, por concepto de mejoras, el art. 837 del cód. civ. da al reivindicante el dere-

(96 octies) En "La Ley", tomo 67, p. 875.

cho de elegir entre el costo y el valor actual, por lo que el problema examinado por el autor carece de trascendencia, en este punto, para nuestro derecho.

Trata, finalmente, del curso de los intereses, haciendo el examen de acuerdo con la legislación civil italiana, en que la mora se produce automáticamente, sin interpelación. Además, entre nosotros es extraño el abono de intereses en una indemnización de daños y perjuicios que no sea en obligaciones de capital; y en cuanto a éstas sólo desde que el deudor quede constituido en mora por el requerimiento, salvo pacto que produzca la mora de pleno derecho.

LEZAMA Julio M. ha escrito sobre "el momento de apreciación del daño y los intereses" (96 nonies). Comenta una decisión de la jurisprudencia argentina recaída en una demanda de daños y perjuicios promovida contra el inquilino que había deteriorado la finca, en que fué condenado a pagar al locador la cantidad necesaria para colocarla en las mismas condiciones en que se encontraba al ser alquilada. En primera instancia se mandó pagar el costo de las reparaciones calculado según los valores existentes cuando se notificó la demanda, más los intereses. La demanda reclamó no sólo una suma determinada, sino alternativamente la que resultara de la prueba a producir. En segunda instancia se elevó la suma mandada pagar por el juez argumentando que "la valuación del perjuicio debe de representar la suma de dinero necesaria en el momento de la sentencia para cubrir el daño sufrido". Es obvio que para ello es necesario que la demanda se promueva en este sentido. Y aún cabe argumentar que el daño debe ser estimado no al tiempo de dictarse sentencia, sino al tiempo de su ejecución, ya que en ese intervalo pueden haberse producido oscilaciones por reclamos salariales o por elevación de costo de los materiales que habrían de utilizarse en la reparación.

El cód. civ. peruano, como el de VELEZ SANSFIELD, tratándose de responsabilidad contractual, tiene en cuenta la extensión de la culpa y aún el dolo, en vez de hacerlo de acuerdo con el perjuicio. Sin embargo, el daño inmediato sufrido por la cosa afectada, *circa rem*, deberá ser reparado integralmente. El resarcimiento no importa ganancia, pero tampoco debe producir pérdida; debe ingresar al patrimonio del acreedor lo necesario para

(96 nonies) En "Jurisprudencia Argentina", 1952, III, sec. doct., p. 9.

restablecer el desequilibrio provocado por el incumplimiento. Lo normal es que en la demanda de daños y perjuicios se señale una suma, los peritos hacen el avalúo al tiempo en que practican su pericia y nadie la observa.

No se pide entre nosotros que el daño se estime al tiempo de la sentencia. Es claro que existiendo estabilidad económica los precios no aumentan con el tiempo, pero con la inflación monetaria es evidente que las sumas mandadas pagar como resarcimiento no cubren los perjuicios sufridos. Examina también LEZAMA el pago de intereses que causan las sumas liquidadas, lo cual no se hace entre nosotros.

LÓPEZ OLARICEGUI José María se ocupa de la "validez de las cláusulas convencionales que prevén la desvalorización de la moneda" (96 decies), a raíz de una sentencia de los tribunales argentinos dictada en un juicio sobre revisión de la merced conductiva pactada en un contrato de locación. Contractualmente se había previsto que si la moneda nacional perdía su valor en más de un 40 por ciento, procedía una revisión del monto de la renta, para cuya determinación las partes se sometían al juicio de peritos arbitradores amigables compondores. Se controvertía si tal cláusula era contraria a las leyes monetarias. La Corte Suprema consideró que siendo la moneda una imposición del orden jurídico se halla revestida de la fuerza cancelatoria irrecusable que le proporciona a tal efecto el poder público; que la moneda es un servicio público cuyo movimiento controla y dirige el Estado, por lo que debe estar orientada, como todo servicio público, al bienestar del hombre a quien sirve; que la moneda tiene un valor fijo e inmutable mientras la Nación no disponga otra cosa.

LÓPEZ OLARICEGUI discute la justicia del fallo, anotando que en un pacto de la naturaleza descrita no se trata de pago de obligación pecuniaria, en que rige la teoría nominalista, sino de cómo nace dicha obligación, cómo se la puede contratar. Advierte que la mejor demostración de que la ley monetaria no fija al signo de su país un valor de cambio inmutable y permanente, se tiene en la legislación que congela los alquileres (como ocurre en el Perú), por lo que dejan de ser válidas —dice— las convenciones que contengan aumentos periódicos de dichos alquileres (los tribunales peruanos admiten la validez de estos pactos). Y es

(96 decies) En "Jurisprudencia Argentina", 1953, III, p. 89.

que si se tratara de pago de deuda de numerario no existiría problema, desde que rige el principio nominalístico, sino de cómo puede comprarse, venderse o locarse, o sea de la forma cómo ha de contratarse un precio. Considera que la desvalorización de la moneda es presupuesto admitido; así, en los contratos colectivos de trabajo se le tiene en cuenta para elevar el monto de los salarios y sueldos.

ORGAZ Alfredo analiza también "el momento de la determinación del daño y del curso de los intereses" (96 undecies), al comentar la sentencia que por primera vez, en su Poder Judicial, decide que "si hay perjuicio sometido a aumento en razón de las variaciones monetarias, el monto de la reparación debe fijarse al día de la sentencia". Hace saber que antes sus jueces declaraban que la indemnización debía fijarse atendiendo al día en que el daño se produjo; y que a esa suma se le agregaban intereses, los que se causaban desde el día del daño, o desde el día de la notificación con la demanda, o desde el día de la sentencia. ORGAZ se refiere en este ensayo a la responsabilidad extracontractual y no a la contractual.

(Continuará)

(96 undecies) "La Ley", tomo 62, p. 451.