

LA MORA DEL DEUDOR

(La reforma al art. 509)

PEDRO NÉSTOR CARLAUX

Profesor de Derecho Civil (Obligaciones) en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Mar del Plata.

NOCIONES GENERALES:

1. Para comprender mejor el alcance de la reforma del art. 509 referente a la mora del deudo, es conveniente recordar algunas nociones sobre este concepto y sus elementos.

Es común definir la mora haciéndola consistir en el cumplimiento tardío de la prestación¹. Esta definición nos parece incompleta, pues en ella se considera únicamente el elemento objetivo de este instituto jurídico: el retardo en la ejecución, sin tener en cuenta los otros dos elementos que lo integran: la imputabilidad, que es el elemento subjetivo, y la constitución en mora, que es el elemento formal².

¹ SALVAT RAYMUNDO, "Tratado de Derecho Civil Argentino". Obligaciones en general. Anotado por Enrique V. Galli. Edit. Tipográfica Argentina, t. I pág. 102. Nº 83. LAFAILLE HECTOR, "Derecho Civil - Tratado de las Obligaciones", Edit. Ediar S. A., tomo 6, vol. 1, pág. 158, Nº 158. Este autor, sin embargo, agrega a la noción de mora que para que la misma se traduzca en indemnización al acreedor, es necesario que sea imputable al obligado y en algunos Códigos, que medie requerimiento. COLMO ALFREDO: "De las Obligaciones en General", Edit. Jesús Menéndez, pág. 71, Nº 90. BORDA GUILLERMO, "Tratado de Derecho Civil Argentino", Edit. Perrot -Obligaciones-, t. I, pág. 74 Nº 78. DE GASPERI LUIS, "Tratado de Derecho Civil -Obligaciones en General-, anotado por Augusto M. Morello, Edit. TEA, pero agrega en la definición la necesidad del elemento de la culpa. T. II, pág. 211, Nº 185. VON THUR A., "Tratado de las Obligaciones", Edit. Reus, t. II, pág. 112, Nº 71. MESSINEO FRANCISCO, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Edit. EJEA, t. IV pará. 119, Nº 1, pág. 334.

² JOSSEBRAND LOUIS, "Derecho Civil - Teoría General de las Obligaciones", Edit. Bosch y Cia., t. II, vol. 1, pág. 618. COLON AM-

Es por ello que nos parece preferible definirla como lo hace Ennécerus-Lehmann: "retraso contrario a derecho en la prestación, por una causa imputable"², o más ampliamente, siguiendo en líneas generales a Planiol: "la mora es el retardo en el cumplimiento de la prestación cuando se incurre en él en las condiciones que la ley determina para asignarle consecuencias jurídicas"³.

2. Los elementos de la mora son tres:

a) el retraso en el cumplimiento, vale decir el elemento objetivo,

b) la culpa o el dolo en ese retardo, o sea el elemento subjetivo,

c) La constitución en mora, que es elemento formal⁴,

II

3. La reforma introducida por la ley 17.711 (y modificación dispuesta por la ley 17.940) en el área que vamos a examinar ha incidido a) sobre la forma en que se constituye en mora a) deudor, b) sobre el requisito de la imputabilidad del retardo (art. 509 y c), asimismo, al modificar el art. 3986, se ha incluido

BRUCIO y CAPITANT ENRIQUE. "Curso Elemental de Derecho Civil", Edit. Reus, t. III, pág. 34. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. "Traité Théorique et Pratique de Droit Civil", t. XI vol. 1, Des Obligations, Edit. Librairie de la Société du Recueil, pág. 440, N° 488. PUG BRUTAU JOSE. "Fundamentos de Derecho Civil", Edit. Bosch, t. I, Vol. II, pág. 425. PEIRANO FACIO JORGE. "Curso de Obligaciones", Edit. Centro de Estudiantes de Derecho - Montevideo, t. III, pág. 48. SALEILLES RAYMOND. "Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand", Edit. Librairie générale de droit et jurisprudence, pág. 34 N° 28. MORELLO AUGUSTO MARIO. "La mora", en Revista Notarial, N° 751 (Noviembre-Diciembre de 1963), pág. 2897, N° 1.

² ENNÉCERUS-LEHMANN, "Derecho de Obligaciones", Edit. Bosch, t. II, vol. 1, pág. 297, N° 51 - 1/. BUSSO EDUARDO II. "Código Civil Anotado", Edit. Ediar, t. III, pág. 297, N° 1.

³ PLANIOL MARCELO y RIPERT JORGE. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Edit. Cultural, t. VII, pág. 75 N° 771. CAZEAUX PEDRO NESTOR y TRIGO REPRESAS FELIX A. "Derecho de las Obligaciones", Edit. Platense, t. I, pág. 148.

⁴ SALVAT - GALLI, ob. cit. I, pág. 103, N° 87. LAFAILLE, ob. cit. I, pág. 169 a 163, Nos. 168, 161 y 164. BRUSSO, ob. cit. III, pág. 296 y sigtas., Nos. 1, 14, 15 y 22. REZZONICO LUIS MARIA. "Estudio de las Obligaciones", Edit. Depalma, t. I, pág. 137. DE GASPERI-MORELLO ob. cit. t. II, pág. 218, nota 1 a. MORELLO AUGUSTO M. "La Mora", en Revista Notarial citada pág. 1898, N° 2. JOSSERAND, ob. cit. t. II, vol. 1, pág. 496, N° 618. COLIN y CAPITANT, ob. cit. III, pág. 34. LARENZ, KARL, "Derecho de Obligaciones", Edit. Revista de De-

a la constitución en mora en forma auténtica, entre los medios de suspender la prescripción liberatoria. Nos referimos a estos temas y también al interrogante que plantea la reforma en cuanto atañe a la mora del acreedor.

III

LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR

4. Se ha considerado siempre que para la mora del deudor no basta, en principio, el simple retardo ni la impetabilidad del mismo, sino que es menester una exigencia concreta del acreedor al deudor para que cumpla la obligación. Es lo que se llama constituir en mora *ex-persona* al obligado⁴. Hay discrepancias, sin embargo, acerca de en cuáles obligaciones se exige ineludiblemente este requerimiento previo y en cuáles puede prescindirse de él.

La discusión es de larga data y ha dividido a la legislación y a la doctrina.

5. En el Derecho romano, según algunos autores, era menester distinguir entre las obligaciones a plazo cierto y las obligaciones sin plazo. En las primeras no era necesario el requisito de la previa intimación: la sola expiración del plazo constituía en mora al deudor: "*Dies interpellat pro homine*"⁵. Para otros romanistas, en cambio, el requerimiento era imprescindible, hubiera o no hubiera plazo cierto en las obligaciones⁶. Entre estos últimos se encuentra Maynz, quien enseña que la interpelación previa era el principio general en todas las obligaciones, con las siguientes excepciones: a) Cuando la interpelación era im-

recho Privado, t. I, pág. 340 y sgtes. HEDMANN J. W., "Derecho de Obligaciones" Edit. Revista de Derecho Privado, t. III, pág. 177 y 178. VON THUR, *ob. cit.*, t. II, pág. 113 y 113, Nº 71. ENNECERUS LEHMANN, *ob. cit.*, t. II, vol. I, pág. 358, Nº 33-II. CAZEAUX P. N. y TRIGO REPRESAS F. A., t. I pág. 140.

⁴ Los mismos autores que la nota precedente.

⁵ WINDSCHEID B. "Derecho delle Pandette", Edit. Unione Tipografico Turinse, t. II, págs. 93 y sgtes. parág. 378. Ver sobre el tema MAYNE CHARLES, "Cours de Droit Romain", Edit. Bruylant-Christophe y Cia., t. II, parág. 178, pág. 46. CARAMES FERRO JOSE M., "Curso de Derecho Romano", Edit. Perrot, pág. 439. GIRARD P. F., "Manuel Élémentaire de Droit Romain", 7ª edición, pág. 284, Nº 1, nota 4. GEORGI JORGE, "Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno", Edit. Reus S. A., t. II, pág. 108 y 107. SALEILLES, *ob. cit.*, pág. 24, Nº 28 y especialmente nota 3. RIZZONICO, *ob. cit.* I, pág. 128. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *ob. cit.* y como citado, pág. 413, Nº 427 y nota 3. CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, t. I, pág. 142.

⁶ MAYNE, *ob. y lugar citado*. CARAMES FERRO, *ob. y lugar citado*. GIRARD, *ob. y lugar citado*. SALEILLES, *ob. y lugar citado*.

posible por causas atribuibles al deudor. b) Cuando la obligación resultaba de una posesión violenta o de mala fe. c) Cuando el retardo equivalía a una inexecución completa. d) Cuando había mediado convención de las partes en el sentido de que el mero vencimiento constituyera en mora al deudor²⁰.

6. En el Derecho moderno se advierten tres variantes a este respecto:

a) Los Códigos Alemán (art. 284), Suizo de las Obligaciones (art. 102), de Brasil (art. 960), de Chile (Art. 1551), de Méjico (arts. 2104 y 2105) de Ecuador (art. 1541/42) de Colombia (art. 1608) determinan que en las obligaciones a plazo cierto, el deudor queda constituido en mora por el vencimiento del plazo. Esta solución cuenta con el auspicio de Marty, en Francia, y de Rezzónico, Borda e Ival Roca en la Argentina, quienes entienden que cuando la obligación tiene un término fijo, para que se opere la mora no se necesitan más trámites que para lo único que sirven es para complicar las cosas²¹.

b) Los Códigos de Francia (art. 1139) de España (art. 1100) de Perú (art. 1254) de Uruguay (art. 1336) de Holanda (art. 1093) exigen la interpelación previa al deudor, aun en las obligaciones con plazo cierto. A este temperamento se adhieren Colmo, Salvat, Lafaille y Llambías, quienes fundan su posición en las siguientes razones: 1) El solo hecho del vencimiento del plazo no permite considerar que el deudor deba ejecutar la prestación si no media una intimación previa del acreedor, pues muy bien puede interpretarse aquél que la actitud del acreedor al no exigirle el cumplimiento, significa que consiente en otorgarle un tiempo más para ello. b) La mora produce efectos tan rigurosos que parece lógico dar una oportunidad más para que se tome conciencia de la gravedad de la situación²².

²⁰ MAYNE, ob. cit. § 11 pará. 179, págs. 45, 46 y 47. CARAMES FERRO, ob. cit. págs. 438 y 439.

²¹ MARTY G., Derecho Civil, "Teoría General de las Obligaciones", Edit. Cajica, t. II, pág. 49. REZZÓNICO, ob. cit. I, pág. 133. BORDA, ob. cit. I pág. 56. Nº 52. ROCA IVAL, "La mora y sus efectos" en la Ley, t. 108, pág. 619. Ver CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, t. I, pág. 142.

²² COLMO, ob. cit. pág. 73, Nº 81. LAFAILLE, ob. cit. I, pág. 169, Nº 281. SALVAT GALLI, I, pág. 104, Nº 38. LLAMBIAS JORGE J., "Tratado de Derecho Civil" —Obligaciones—, Edt. Abeledo-Perrot, t. I, pág. 119 y 120, Nº 305, quien agrega a los argumentos referidos, que la interpelación está impuesta por la necesidad de clarificar la situación de las partes para que entre ellas reine la buena fe. Justo es, dice, que el que desea hacer valer sus derechos lo haga saber categóricamente exigiendo el pago al deudor, a fin de que éste sepa a que atenerse. FLA-NIOL et REPÉRT, "Traité Élémentaire de Droit Civil", Edt. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, t. II, pág. 87, Nº 226. BAUDRY-LA-CANTINERIE et BARDE, ob. cit. t. XI 1º, des Obligations, pág. 412, Nº 437. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, t. I, pág. 143.

c) Una posición intermedia es la adoptada por el Código Civil Italiano de 1942, cuyo art. 1219 exige en principio la constitución en mora por escrito, pero consagra excepciones importantes, tales como el caso de las obligaciones de plazo vencido que deben pagarse en el domicilio del acreedor, en las cuales no se necesita el requerimiento previo al deudor, lo que significa instituir para una apreciable cantidad de obligaciones, la mora de pleno derecho.

EL PROBLEMA EN EL CÓDIGO CIVIL.

7. En nuestro Código Civil, tal cual lo redactó Vélez Sarsfield, para que el deudor incurriera en mora, no bastaba, en principio, el elemento material del retardo, ni la imputabilidad, sino que debía mediar el requerimiento judicial o extrajudicial del acreedor, vale decir el elemento formal. Así lo imponía el artículo 509: "Para que el deudor incurra en mora debe mediar el requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor".

Había, empero, tres excepciones:

a) Cuando se hubiera estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo la produjera (mora convencional - Art. 509 inc. 1º).

b) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse, fue un motivo determinante por parte del acreedor (mora ex re) Art. 509 inc. 2º.

c) En los casos en que la ley así lo determine (mora legal). Tales son los casos previstos en los arts. 2435, 2439, 1242, 1320, 1321, 1721, 1722, 1913, 1950, 2298, 2922, 2944, etc., en los que se determina que los efectos de la mora del deudor comienzan desde el momento indicado en los mismos¹².

8. La reforma dispuesta por la ley 17.711 ha cambiado este régimen de manera tal que ha experimentado un viraje de ciento ochenta grados. La redacción actual del art. 509 en la parte que por el momento nos interesa es la siguiente:

"En las Obligaciones a plazo, la mora se produce por el mero vencimiento. Si el plazo no estuviera expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el

¹² LLAMBIAS, ob. cit. I, pág. 136, Nº 121 y pág. 141, Nº 125. BORDA, ob. cit. I, págs. 65 a 69, Nos. 63, 65 y 67. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, I, pág. 148.

Juzg a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la obligación”.

9. Es fácil advertir tres situaciones distintas: a) Obligaciones con plazo expreso. b) Obligaciones sin plazo expreso, pero en las cuales el mismo resulta de la naturaleza y circunstancias de la obligación. c) Obligaciones sin Plazo.

Las examinaremos seguidamente:

a) *Obligaciones con plazo expreso:*

10. En esta hipótesis la mora se produce por el solo vencimiento del término. La reforma se ha inclinado por el sistema del “dies interpellat pro homine”, “El hecho de convenirse un término para cumplir la obligación, enseña Meza Barros, importa una interpelación anticipada, una manifestación del propósito del acreedor de que el cumplimiento no se postergue más allá de cierta época y una advertencia al deudor de que la tardanza le ocasionará un daño”.

11. El primer problema que crea la interpelación de este texto legal consiste en determinar a que plazo se refiere pues los hay de diferentes clases: plazo cierto y plazo incierto (Arts. 567 y 568 del Cód. Civil) y este último puede ser, a su vez, determinado o indeterminado, aun cuando en esta segunda clasificación no hay conformidad de todos los autores.¹⁹

12. Para ubicarnos mejor en la cuestión, recordaremos que el plazo cierto es aquel en el cual se conoce, ab initio en qué momento ocurrirá el vencimiento (certus an, certus quando), por ejemplo la obligación de pagar cien mil pesos, el 31 de julio de 1968. El plazo incierto determinado, es aquel en el que el vencimiento de la obligación está supeditado a un acontecimiento que se sabe ocurrirá, pero no se sabe cuando (certus an, incertus quando), por ejemplo la obligación de pagar cien mil pesos cuando muera Pablo, o la de comprar a Juan cien cabezas de ganado el día que llueva en el campo que tenemos en Santa Fe. El plazo incierto indeterminado es el que depende

¹⁹ SALVAT-GALLI, ob. cit. I, pág. 602 y sgts. Nos. 730 a 734. COLMO, ob. cit., pág. 190, N° 268 y pág. 194 N° 270, quien no se muestra muy conforme con la división del plazo incierto en determinado e indeterminado. LAFAILLE ob. cit. II, pág. 52, N° 314, quien hace sólo la clasificación de plazo cierto e incierto. BUSSO, ob. cit. III, pág. 349, I a 6. REZZONICO, ob. cit. I pág. 560 a 563. DEMOLOMBE, “Cours de Code de Napoléon”, Edit. Imprimerie Générale, t. XXV, pág. 563, N° 575. CAZEAUX - TRIGO REPRESAS I, pág. 152 y 153.

de la realización de algunos trámites previos para precisar en qué momento se producirá el vencimiento, por ejemplo la obligación de pagar cien mil pesos cuando se mejore de fortuna, en cuyo supuesto, según los arts. 620 y 752 del Código Civil, los jueces a instancia de parte, fijarán el tiempo en que debe cumplirse la prestación.

13. Interpretamos que en el régimen de la mora de pleno derecho, sólo pueden quedar comprendidas las obligaciones a plazo cierto. Es el temperamento adoptado por la mayoría de los Códigos que se han inclinado por el régimen de la mora automática. Así por ejemplo, en el Código Civil alemán, se habla de obligaciones que deben cumplirse en tiempo según calendario (art. 284, Parte II, inc. 2^º)¹⁴. En el Código de México se alude concretamente al plazo cierto (art. 2104 II y 2105)¹⁵ y en el Código Suizo de las Obligaciones, se la aplica en los contratos que tienen un día de cumplimiento fijado por las partes (art. 102)¹⁶.

14. Entendemos que no puede hablarse de mora de pleno derecho, en cambio, en las obligaciones a plazo incierto, ya sea determinado o indeterminado, por las siguientes razones:

a) En los contratos a plazo incierto determinado, no cabe considerar que la mora se opere automáticamente, porque el deudor puede ignorar que ha acontecido el hecho del cual depende la exigibilidad de la prestación. En los ejemplos antes recordados, el obligado podría desconocer el fallecimiento de Pablo, o la lluvia caída en el campo de Santa Fe, y es menester, entonces, que el acreedor, por medio de una intimación, disipe todas las dudas que puedan abrigarse al respecto.

Además, y aún suponiendo que el deudor supiera la existencia del evento, ese conocimiento sería tan simultáneo con la exigibilidad del deber de cumplir, que si se lo constituyera en mora de pleno derecho hasta podría faltarle materialmente el tiempo necesario para el pago. El principio de la buena fe, instituido en el art. 1198 del Código Civil reformado, impone no sólo que se haga un requerimiento al deudor, sino que se le otorgue en esa intimación el tiempo necesario para que cumpla.

¹⁴ LARENZ, *ob. cit.* I, pág. 342. HEDEMANN, *ob. cit.* III, párr. 178. VON THUR, *ob. cit.* II, pág. 114 - III KNECHTERUS-LEHMANN, *ob. cit.* t. II, vol. 1, pág. 260, parág. 51, III.

¹⁵ GUTIERREZ y GONZALEZ ERNESTO, *Derecho de las Obligaciones*. Edit. Cajas - pág. 260 y 262.

¹⁶ ROSSEL VIRGILE, "Manuel du Droit Fédéral des Obligations". Edit. Fayot et Cie. Deuxième édition, pág. 178, N^º 133. En un reciente trabajo, LUIS MOISSET DE ESPANOS se muestra partidario de considerar incluida en el régimen de la mora automática, aun a las obligaciones de plazo incierto, atento a que el texto legal no hace distinciones (Jurisprudencia Argentina, del 7 de Octubre de 1968, pág. 6).

b) Las obligaciones a plazo incierto indeterminado, tampoco pueden ser incluidas en el sistema del "dies interpellat", porque en ellas es preciso que se determine judicialmente el momento en que deberá pagarse la prestación. Recién después de vencido el término que el Juez señala, el obligado podrá quedar incurso en mora automáticamente.

15. En resumen, es en las obligaciones a plazo incierto que el deudor incurre en mora por mero vencimiento, por supuesto si no cumple con la prestación. "La hoja del calendario que cuelga de la pared —dice Hedemann— es la que interpela al obligado"¹⁴.

16. Esta regla, admite sin embargo, algunas excepciones:

1º Cuando las partes hubieran convenido expresamente la necesidad del requerimiento previo. De la misma manera que en la antigua redacción del art. 509 se permitía a los contratantes convenir que el solo vencimiento del plazo constituía en mora al deudor, es posible interpretar ahora que cabe igual autonomía para estipular lo contrario. Se trata de normas supletorias —no de normas imperativas— y como no está comprometido de ninguna manera el orden público, no hay razones para negar a los interesados la libertad de dictar sus propias pautas (art. 1197 del Cód. Civil).

2º Los casos en que la ley misma disponga la necesidad de la interpelación previa. Tal ocurre en el supuesto del pacto comisorio implícito legislado en la reforma del art. 1204 del Código Civil, en el cual, el acreedor, para tener derecho a reclamar la resolución del contrato, debe intimar al obligado a fin de que cumpla la prestación en un plazo no inferior a quince días.

En igual sentido tenemos la hipótesis prevista por el art. 21 de la ley 16.739 en cuanto impone al locador el deber de requerir formalmente al locatario el pago de los alquileres atrasados, a fin de poder demandar el desalojo. Podría pretenderse que esta exigencia ha sido derogada por la posterior reforma que estamos analizando. Por nuestra parte no lo creemos así. La Ley 16.739 en su art. 21 prevé una situación especial y la solución impuesta lo ha sido por razones también especiales cuyo acierto podrá discutirse, pero no por eso pueden ser dejadas de lado. La reforma, en cambio, ha encarado el problema de la mora en general, sin tener en cuenta esos motivos particulares que han merecido el específico tratamiento legislativo. Corresponde aplicar,

¹⁴ HEDEMAN, ob. cit. III, pág. 178. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS I, pág. 153, 154.

pues, la regla según la cual la ley general no deroga a la ley especial²⁸.

3º En los casos en que la ejecución de la prestación requiera el cumplimiento previo o simultáneo de ciertos actos de cooperación del acreedor, es evidente que el deudor no podrá ser considerado en mora automática hasta que el acreedor justifique haber cumplido la actividad que le compete²⁹.

La doctrina y la jurisprudencia nos proporcionan varios ejemplos en ese sentido. a) Si se ha estipulado que el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, el acreedor debe probar que concurrió a recibirlo. Es la hipótesis de las "dettes quérables", como las llama la doctrina francesa, cuyo pago debe ser buscado por el estipulante, a diferencia de las "dettes portables" que deben ser entregadas por el prominente. b) Si se ha convenido que el acreedor indique el lugar del pago, tendrá que justificarse que se ha hecho tal indicación. c) Cuando se trata de una obligación de prestación indeterminada en la cual la elección incumbe al acreedor, debe demostrarse que tal actividad ha sido cumplida. d) En un contrato de locación de obra, el dueño no puede imputar retardo al empresario, en tanto no haya puesto el inmueble a disposición de éste³⁰.

²⁸ LLAMBIAS JORGE J. "Tratado de Derecho Civil", Parte General, Edit. Perrot, t. I, pág. 61, Nº 61. AUBRY et RAU, "Cours de Droit Civil Français", 2ª edición, t. I, pág. 38, paráfg. 29 in fine. DEMOLOMBE, ob. cit. t. I, pág. 146, Nº 137: "Legi speciali per generalem non derogatur". JOSSERAND, ob. cit. t. I, vol. 1, pág. 73, Nº 76. CARBONNIER JEAN, Derecho Civil, t. I, vol. 1, pág. 116. CAZEAUX-TRIGO REPRESENTAS I, pág. 154.

²⁹ ENNECERUS-LEHMANN, ob. cit. t. II, vol. 1, pág. 238 paráfg. 51 - II. LARENZ, ob. cit. I, pág. 261 y 375. HEDERMANN, ob. cit. III, pág. 189. VON THUR, ob. cit. II, pág. 117, Nº V. BUSSO, ob. cit. III, pág. 261, Nº 52. LLAMBIAS, ob. cit. I, pág. 184 y 135, Nº 119. BORDA, ob. cit. I, pág. 62, Nº 60. LLAMBIAS JORGE J. "Estudio de la Reforma del Código Civil, Ley 17.711", Edit. Jurisprudencia Argentina, pág. 106. CAZEAUX-TRIGO REPRESENTAS I, pág. 135.

³⁰ ENNECERUS-LEHMANN, ob. cit. t. II, vol. 1, págs. 249 y 240, paráfg. 57, Nº 3 y 3. BUSSO, ob. cit. III, pág. 261 y 262. Nos. 52 a 55. LLAMBIAS, ob. cit. I pág. 135, Nº 119 in fine. BORDA, ob. cit. I pág. 62. GIORGI, ob. cit. t. II pág. 110 y 111, Nº 65. VON THUR, ob. cit. II, pág. 117, Nº V, nota 3 y pág. 63, Nº 64, Nº III. SALEILLES, ob. cit. pág. 33, Nº 39. La Ley, t. 22, pág. 683, t. 30, pág. 89, t. 73, pág. 631, t. 95, pág. 560, t. 98, pág. 536, t. 101, pág. 166. Jurisprudencia Argentina, t. II pág. 560, t. 88, pág. 272, t. IV del año 1962, pág. 89. DEMOGUE "Traité des Obligations en Général", Edit. Librairie Arthur Rousseau, t. VI, pág. 261, Nº 235. DEMOLOMBE, ob. cit. t. XXIV, pág. 541, Nº 542. LARONNIERE, ob. cit. t. I pág. 198, art. 1139, Nº 10. GIORGI, ob. cit. t. II, pág. 96 y 97, Nº 53 b, Id. LLAMBIAS, Estudio de la Reforma, págs. 103 y 106.

Borda encuentra, en principio, demasiados formalistas y excesivas a las soluciones enunciadas en los dos primeros casos. Entiende que el hecho de que el acreedor no haya concurrido al domicilio del deudor a recibir el pago o no haya indicado el lugar adonde debía efectuarse el mismo, no impide que el deudor se dirija al domicilio del acreedor y ofrezca la prestación o recurra al procedimiento de la consignación judicial. Concluye atemperando su opinión e inclinándose en el sentido de que no cabe formular reglas rígidas y debe tenerse en cuenta la buena fe, o mala fe de las partes y el recto deseo de cumplir la obligación²¹. Disentimos de este enfoque, y entendemos que cuando media incumplimiento del acreedor en los deberes de cooperación a su cargo, no cabe imponer ninguna existencia suplementaria al deudor agravando los deberes que pesan sobre él. Lo contrario sería exigirle al deudor más de lo debido y como bien lo recuerda Puig Brutau, "si el acreedor tiene derecho a una prestación, no por ello es el dueño de la relación obligatoria"²².

Nos apoyamos además, en los siguientes argumentos:

a) Como bien destaca Hedemann, en los casos en que el acreedor debe recoger la prestación en el domicilio del deudor, su cumplimiento equivale a negativa a recibirla²³.

b) El deudor está obligado a recurrir al juicio de pago por consignación, sólo cuando pretende liberarse de la obligación, pero una cosa es liberarse de la obligación y otra liberarse de la mora. Para esto último basta con demostrar que la prestación no se ha cumplido por causas atribuibles al acreedor²⁴.

c) En realidad, el incumplimiento de estos deberes de cooperación, cuando tienen término cierto para realizarse implica un verdadero estado de mora del acreedor²⁵. Por consiguiente, la mora de una parte impide la constitución en mora de la otra. (Art. 510 del Código Civil).

²¹ BORDA, ob. cit. t. I, pág. 62, N° 60.

²² PUIG BRUTAU JOSÉ, "Fundamentos de Derecho Civil", Derecho General de las Obligaciones, t. I, vol. II, págs. 421 y 430.

²³ HEDEMANN, ob. cit., t. III, pág. 189.

²⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, en La Ley, t. 114, pág. 378. Fallo N° 51.379 que con voto del Dr. Acuña Amorena consideró que son suficientes las ofertas de pago del deudor para que no incurra en mora, puesto que la ley no impone la obligación de consignar, que es sólo facultativa para obtener la liberación total. ROSSEL, ob. cit., pág. 164, N° 130.

²⁵ LARENZ, ob. cit. I, pág. 379. HEDEMANN, ob. cit. III, pág. 188. VON THUR, ob. cit. II, págs. 62 y 63, N° 84 II y III. ENNECERUS-LEHMANN, ob. cit., t. II, vol. I, págs. 289 y 290, párag. 57, N° II 3.

17. Dos observaciones más nos sugiere la reforma del artículo 509 en cuanto a la mora automática concierne:

19 La mora automática se aplica a las obligaciones que tengan plazo cierto de cumplimiento, ya sean de fuente contractual o de fuente legal. La advertencia es necesaria, pues en algunos Códigos que han legislado este tipo de constitución en mora, la doctrina ha interpretado que sólo es aplicable la mora de pleno derecho a las obligaciones contractuales. En el Derecho chileno y como el artículo 1551 de su Código habla de "las obligaciones que no se han cumplido dentro del término estipulado" la doctrina ha interpretado que "la disposición es inaplicable a las obligaciones que tengan una fuente diversa del contrato"²⁶. Lo mismo ocurrió con el Código Italiano de 1865, que por referirse al término establecido en la convención dio lugar a que Giorgi interpretará que no era aplicable la regla del "dies interpellat" a las obligaciones con plazo fijado por la ley²⁷.

La reforma dispuesta por la ley 17.711 en cambio permite, en lo que a este particular atañe, una interpretación amplia, pues al expresar que "en las obligaciones a plazo la mora se produce por su solo vencimiento" sin aludir para nada a la estipulación de las partes, es posible aplicar esta mora tanto a las obligaciones de fuente contractual, como a las emanadas de la ley.

20 Al establecer el principio de la mora automática para las obligaciones a plazo cierto, quedan comprendidas también en este régimen, con mayor razón, los casos que en el sistema anterior del Código no requerían la interpelación previa al deudor y a los cuales nos hemos referido en el punto 7 del presente estudio, vale decir, los que se refieren a la mora convencional, la mora ex-ré y la mora legal.

b) Obligaciones con plazo cierto:

18. Después de reglamentar la hipótesis de las obligaciones con plazo cierto, el art. 509, en su segunda parte, establece que "si el plazo no estuviera expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora".

19. Ante todo es preciso aclarar una confusión en que puede incurrirse, consistente en considerar que la hipótesis prevista en este segundo párrafo del art. 509 reformado, que vamos a estudiar, contempla la misma situación que el inciso segundo del texto antiguo de dicha norma, dándole una solución justa-

²⁶ NEZA BARRIOS, RAMÓN, "Manual de Derecho Civil - De las Obligaciones", Edit. Jurídica Chile, pág. 292, N° 336.

²⁷ GIORGI, ob. cit., t. II, pág. 109, N° 63 bis.

mente opuesta. No es así, sin embargo. En el segundo inciso del art. 509 en su anterior redacción, se legislaba el supuesto de las obligaciones en las cuales surgía "de su naturaleza y circunstancias que el término convenido para cumplirlas había sido motivo determinante por parte del acreedor", vale decir que comprendía a las obligaciones sometidas a plazo esencial o preteritorio, en el que la prestación debe ejecutarse en la oportunidad señalada porque de lo contrario lo que se opera en realidad no es un retardo sino un verdadero incumplimiento. Tales son los ejemplos clásicos de la orquesta contratada para una boda o el automóvil alquilado para que nos conduzca al aeródromo a la hora de la partida de un avión. El art. 509 inc 2º —antes de su reforma— como no podía ser de otra manera, prescribía que incumplida la prestación en el momento preciso, no era necesario intimar al deudor. Al establecerse ahora la mora de pleno derecho dicha hipótesis ha quedado comprendida con mayor razón dentro de la norma general de la mora automática, y por lo tanto no era necesario que la ley la contemplara expresamente^{27 28}.

20. En el art. 509 2ª parte, actual, se tiene en mira una situación diferente de la que acabamos de mencionar. Se ha previsto el supuesto de las obligaciones sometidas a plazo tácito no a las de plazo esencial o preteritorio. El plazo tácito ha sido definido como el que no está fijado por las partes pero que se deduce de la misma naturaleza del compromiso²⁹. Es decir que la propia índole de la prestación nos está indicando la necesidad de un tiempo adecuado para realizarlo. El art. 1494 del Código Civil de Chile lo define como "el que es indispensable para cumplir la obligación". De este plazo tácito decía Paulo en el Digesto:

^{27 28} En el mismo sentido se oprime MOISSET DE ESPANES, trabajo citado en la nota 18, pág. 8. En contra LLAMBIAS JORGE J., "Estudio de la Reforma", pág. 104, quien entiende que el 2º párrafo del art. 509 reformado se refiere a la mora ex ré, que según el art. 509 en su redacción anterior constituía un caso de mora automática. Nos parece que en la opinión de este prestigioso autor hay un equívoco: los casos de mora ex ré del antiguo art. 509 no son casos de plazo tácito, sino de plazo esencial. Insistimos, pues, en que las situaciones previstas en el art. 509 anterior, como de mora ex ré, continúan en el régimen de la mora automática. Si a las obligaciones de plazo cierto se les aplica la mora sin necesidad de interposición, a las obligaciones que son de cumplimiento ineludible en un determinado día (art. 509 anterior) con mayor razón les cabe la mora de pleno derecho. Más que de plazo cierto son, por así decirlo, de plazo certísimo.

²⁹ LAROMNIERE, "Theorie et pratique des obligations", Edit. Bruyant Christophe et Cie, t. I, n.º 487, N.º 1, comentario al art. 1188. DEMOLOMBE, ob. cit. Tomo XXV, pág. 544. N.º 570. COLIN y CAPITANT, ob. cit. III, pág. 399. MARTY, ob. cit. t. II, pág. 107. PÍREZ VIVES ALVARO, "Teoría General de las Obligaciones", Edit. Temis, t. III, pág. 23, N.º 169. GUTIERREZ y GONZALEZ, ob. cit., pág. 983, N.º 968.

“A veces una estipulación pura admite dilación por virtud de la misma cosa, por ejemplo si uno hubiera estipulado lo que estuviere en el claustro materno o frutos futuros o que se edifique una casa: porque la acción comienza entonces cuando por la naturaleza de las cosas puede darse aquello. Así el que estipula que se de en Cartago, estando en Roma, se considera que tácitamente comprende el tiempo necesario para que se pueda llegar a Cartago (Digesto XLV —1—fr. 73). De estos ejemplos comenta Caramés Ferro, que sólo los dos últimos pueden servir como modelo, pues los dos primeros importan condiciones²⁰. En doctrina encontramos varios ejemplos: a) Si se cobran por adelantado intereses de un préstamo vencido, queda implícito que el plazo para la devolución del capital se ha extendido por el lapso de dichos intereses²¹. b) En un contrato de transporte debe suponerse, si no hay plazo concretamente estipulado, que las partes entendieron convenir el tiempo necesario para realizarlo²². c) Cuando se tenga que pagar algo en un lugar distinto a aquel donde se ha contraído la obligación, se estipula tácitamente el término razonable para trasladarse al lugar del pago²³. d) En un contrato de locación, de obra, si se omitiese el “dies ad quem” el silencio quedaría suplido por la naturaleza de la obra y el fin perseguido por las partes y deberá entenderse que se ha concedido al deudor tanto tiempo cuanto sea menester para llevarlo a cabo, con los medios ordinarios²⁴. e) Cuando una persona se obliga en invierno a ejecutar un trabajo que sólo puede cumplirse en verano, es menester esperar a que llegue la estación apropiada²⁵.

21. Para estas obligaciones de plazo tácito, el art. 509 en su nuevo texto impone el requisito de la interpelación previa al deudor para que se configure el estado de mora. Es una solución distinta de la del Código de Chile, en su art. 1551 2ª parte, en el cual en las obligaciones que exigen para su ejecución “un

²⁰ CARAMÉS FERRO, ob. cit., pág. 187.

²¹ GIORGI, ob. cit., t. IV, pág. 408, N° 321. SALVAT-GALLI, ob. cit. I pág. 607, N° 759 bis. DE GASPERI-MORELLO, ob. cit. I, pág. 365, N° 261.

²² SALVAT-GALLI, ob. cit. I, pág. 606, N° 759. Gutiérrez y González, pág. 663, N° 968.

²³ COLMO, ob. cit., pág. 189, N° 263.

²⁴ DE GASPERI-MORELLO, ob. cit. I, pág. 365, N° 261. BUSSO, ob. cit. III, pág. 582, N° 3. GIORGI, ob. cit. Tomo IV, pág. 408, N° 321. DEMOLOMBE, ob. cit., t. XXV, pág. 544, N° 576.

²⁵ LABONNIERE, ob. cit., tomo I, pág. 487, comentario al art. 1185. COLIN y CAPITANT, ob. cit. III, pág. 399. MARTY, ob. cit. II, pág. 187. Ver para todos estos casos de plazo tácito y conforme con nuestra opinión, el trabajo de MOISSET DE ESPANES citado en la nota 16 (Jurisp. Arg. del 7 de Octubre de 1968, pág. 9 y sigs.). CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, pág. 155.

cierto espacio de tiempo", se determina que la mora se produce cuando el deudor lo ha dejado pasar sin ejecutar la prestación²⁶. Preferimos, sin vacilar, la fórmula adoptada aquí por la Reforma. Las obligaciones a plazo técnico carecen de la indispensable precisión en cuanto a la época de cumplimiento, y no es posible, por lo tanto, establecer en ellas la mora automática, cuya razón de ser está, precisamente, en que el deudor conoce con certeza el momento de la exigibilidad del crédito.

c) Obligaciones sin plazo:

22. El art. 509 reformado, exige, en esta hipótesis la previa fijación judicial y una vez que ésta ha sido hecha, el deudor quedará constituido en mora de pleno derecho, desde la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la prestación.

23. Sentada esta regla, la reforma ha creído de su incumbencia incursionar dentro de la esfera del derecho procesal. Antes de este cambio legislativo, había preocupado a la doctrina cuál era el procedimiento para demandar la fijación judicial del plazo a las obligaciones que no lo tenían, de acuerdo a los preceptos de los arts. 618 y 751 del Código Civil. Con la excepción de Colmo y Galli, que no veían obstáculo para que se empleara el procedimiento sumario²⁷ los demás autores y la jurisprudencia se pronunciaron por la inevitable promoción del juicio ordinario, con el consiguiente empleo de la enormidad de tiempo, que por lo general se exige para su trámite²⁸.

Algunos autores y tribunales, con el loable propósito de evitar la superposición de procesos, se decidieron en el sentido de que podía demandarse, en un mismo juicio, el señalamiento del plazo y la reclamación del pago²⁹.

24. El art. 509 ha resuelto ahora la cuestión, determinando que dicha fijación puede obtenerse por dos medios:

a) Solicitándola, previamente, en un procedimiento sumario. Es lo mismo que la ley 11.723 de propiedad intelectual había establecido en su art. 42 para el supuesto de que no hubiera plazo señalado para la entrega de la obra. En el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en el de la Provincia de Buenos

²⁶ MEZA BARRIOS, *ob. cit.*, pág. 293 y 294, N° 368.

²⁷ COLMO, *ob. cit.*, pág. 310, N° 442. GALLI, en SALVAT, *ob. cit.* II pág. 304, N° 1240.

²⁸ SALVAT-GALLI, *ob. cit.* II, pág. 305, N° 1240 y nota 234. LA-FAILLE, *ob. cit.* I, pág. 320, N° 368, nota 187. BUSSO, *ob. cit.* V, pág. 535, N° 22 y pág. 537, N° 37. LLAMBIAS JORGE J. "Estudio de la Reforma", pág. 107 a 109. Ver MOISSET DE ESPANES, pág. 11.

²⁹ SALVAT-GALLI, *ob. cit.* II, pág. 308, N° 1241 y pág. 314, N° 1251.

Aires, corresponde seguir el proceso sumario instituido en los artículos 486 y siguientes y 484 y siguientes, respectivamente.

b) Acumulando las acciones o pretensiones de fijación de plazo y de cumplimiento de la prestación, en cuyo caso el Juez al dictar sentencia fijará el término dentro del cual debe cumplirse la obligación.

25. Sea que se use uno u otro medio, la mora del deudor se producirá automáticamente, desde el vencimiento del plazo acordado por el Juez.

Nuestro juicio acerca de la mora de pleno derecho:

26. No nos convence la innovación introducida por la ley 17.711 en el régimen de la constitución en mora del deudor por las siguientes razones:

a) No se advierte la necesidad de este cambio. Las reformas de las leyes no se conciben por puro afán teórico, sino cuando se constatan, en la vida práctica, defectos del sistema jurídico imperante, o se perciben justificados y predominantes anhelos de modificación en los sectores afectados. Nada de eso ha ocurrido en nuestro caso. La imposición del requerimiento previo contenida en el art. 509 anterior, era una regla supletoria que podía ser dejada de lado por convención expresa de los interesados de manera que si las partes podían dictarse su propia ley, evidentemente era innecesario introducir cambios en el Código.

b) Al reformarse el texto del art. 509 se ha creado una discordancia con respecto al régimen contenido en el Código de Comercio para las letras de cambio, pagarés, vales, etc., en los cuales y para que se operen los efectos de la mora es menester la interpelación previa mediante la diligencia del protesto, como lo ha hecho notar Eduardo Moreno Daboís, profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Mar del Plata. Llama la atención que en el sector cambiario, donde las exigencias de puntualidad son más estrictas, puesto que un incumplimiento trae tras de sí incumplimiento en cadena, se conserve el requisito de la mora ex persona, en tanto que en las demás obligaciones, donde no es tan importante la exactitud en el pago se imponga el riguroso sistema de la mora automática.

c) Suponiendo que hubiera sido necesaria una modificación, lo más recomendable hubiera sido optar por el régimen intermedio del Código Civil italiano de 1942, que impone el principio de la interpelación previa, pero atempera sus consecuencias ampliando las excepciones en las que la mora se constituye de

pleno derecho como ocurre en las obligaciones a cumplir en el domicilio del acreedor (art. 1219).

d) Es incomprensible cómo en una época que se caracteriza por lo que COLIN y CAPITANT llaman "la dulcificación progresiva y constante de la condición del deudor"²⁰ y el "favor debitoris" parecería ser todavía el santo y seña del derecho obligacional, se haya caído en un sistema que según la opinión prevalectente ni siquiera se empleó en el riguroso derecho romano²¹.

El requisito de la imputabilidad de la mora:

27. Hemos dicho, al ocuparnos de los elementos de la mora, que uno de ellos es el elemento subjetivo o sea la culpa o dolo en el retardo.

Esta requisito no estaba expresamente exigido por el Código, pero la doctrina y la jurisprudencia concordaban en que era imprescindible, por estas razones: a) El art. 512 al tratar los efectos de la mora con relación al caso fortuito, se refiere a la mora imputable, cuando dice: "a no ser que hubiere ya sido aquel constituido en mora que no fuese motivado por caso fortuito o fuerza mayor". Esta solución, según los autores, debía generalizarse²². b) Es un principio pacíficamente admitido que salvo situaciones excepcionales sólo se responde por los hechos causados por culpa o dolo. c) Es la doctrina uniforme desde el derecho romano²³.

28. Había, sin embargo, una disidencia de Borda, con dicha doctrina, quien sostiene que "la culpa o dolo del deudor no constituyen un elemento de la mora, que es un concepto puramente objetivo. Distinto es el problema de la responsabilidad derivado

²⁰ COLIN y CAPITANT, *ob. cit.* III, pág. 69.

²¹ Ver nota 8. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS I, págs. 156 y 157 - Id. LLAMBIAS, "Estado de la Reforma" págs. 8 y 13. A favor de la reforma: MOISSET DE ESPANES, págs. 8 y 13.

²² -²³ SALVAT-GALLI, *ob. cit.* I, pág. 103, N° 87, 2º. LAFAILLE, *ob. cit.* I, pág. 163, N° 164. COLMO, *ob. cit.*, pág. 76, N° 95. REZZONICO, *ob. cit.* I, pág. 127. BUSSO, *ob. cit.* III pág. 257, N° 15 y pág. 327, N° 219. MAYNE, *ob. cit.* I, II, pág. 64. DE GASPERI-MORELLO, *ob. cit.*, t. II, pág. 217, N° 785 y pág. 218, N° 786. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *ob. cit.*, t. II, vol. 1, des obligations, pág. 440, N° 468. JOSSERAND, *ob. cit.*, t. II, vol. 1, pág. 496, N° 618. SALEILLES, *ob. cit.*, pág. 26, N° 29. HEDEMANN, *ob. cit.* III, pág. 178. MESSINEO, *ob. cit.* IV pág. 344 pará. 119, N° 1. Ver fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en Jurisprudencia Argentina, t. 1 del año 1968, pág. 429, con nota de LUIS MARIA REZZONICO, citado por AUGUSTO M. MORELLO, en "Indemnización del daño contractual", Edil. Abeledo Perrot, t. II, pág. 198, nota 297. Ver asimismo ENNECERUS-LEHMANN, *ob. cit.* t. II vol. 1, pág. 261, pará. 51 N° IV. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS: I, pág. 141.

de la mora: allí sí, juega la idea de imputabilidad y es sólo con relación a este problema que interesa indagar si existe culpa o dolo"⁴².

29. La reforma del art. 509 por la ley 17.711 expresa: "Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora el deudor debe probar que no le es imputable". Se ha seguido evidentemente, la inspiración de Borda.

30. Quiere decir, pues, que ateniéndonos al texto del artículo 509, en su última parte, la culpa o dolo del deudor no integrarían el concepto de mora y sólo se relacionan con la responsabilidad. Basta que se haya producido el retardo y la interpelación, en los casos en que ésta es necesaria, para que el obligado esté objetivamente su mora. Pero en lo que atañe a la responsabilidad surgida de ese retardo, el deudor puede eximirse de la misma probando que no le es imputable. Por consiguiente, si el deudor justifica que el retardo incurrido ha sido causado por caso fortuito o fuerza mayor, queda eximido de las responsabilidades derivadas de su mora.

31. La cuestión es puramente teórica, y prácticamente se llega al mismo destino. Tanto en la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia anteriores a la reforma, como después del agregado introducido al art. 509 en su parte final, la culpa del deudor en el retardo, se presupone y queda a cargo de éste demostrar que tal situación se ha debido a las conocidas causas de excusabilidad: caso fortuito o fuerza mayor⁴³.

⁴² BORDA, ob. cit. I, pág. 45, N° 51 in fine, quien cita en su apoyo a PUIG BRUTAU y a VON THUR. En lo que atañe a Puig Brutau, se justifica su posición puesto que es partidario de que la responsabilidad se funde en el hecho objetivo del incumplimiento y no en la culpa. ("Fundamentos de Derecho Civil" - Derecho General de las Obligaciones, Edit. Bosch, t. I, vol. II, pág. 419 a 423). VONTHUR, en cambio, no puede ser citado en apoyo de esa postura porque además de distinguir entre el Derecho Alemán, donde se exige el requisito de la culpa y el Derecho Suizo, donde la mora se produce aún cuando el deudor no incurra en culpa, aclara que esta mora objetiva rige para los intereses moratorios y los derechos que competen al acreedor según el art. 107 y agts. pero en cuanto se relaciona con el deber de indemnización nacido de la mora, puede dejarse sin efecto probando la inocencia del deudor (ob. cit. II, pág. 116, N° 71 V). CAZEAUX-TRIGO REPRÉ-SAS, I, pág. 141, nota 87.

⁴³ LAFAILLE, ob. cit. I, pág. 163, N° 164 in fine. DE GASPERI-MORELLO, ob. cit. II, pág. 218, N° 799. LARENZ, ob. cit. I, pág. 361. HEDEMANN, ob. cit. III, pág. 178, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo citado en la nota 34. KINNECERUS-LEHMANN, ob. cit. t. II, vol. I, pág. 261, parág. 61, N° IV. Acerca del requisito de la culpa en la reforma del art. 509 ver MOISSET DE ESPANES, pág. 8.

La constitución en mora y la suspensión de la prescripción:

32. Relacionado con el tema de la constitución en mora del deudor, la ley 17.711 en el artículo 3986 lo ha vinculado al curso de la prescripción, estableciendo: "la prescripción liberatoria se interrumpe, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor efectuada en forma auténtica. Esta interrupción sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiera corresponder a la prescripción de la acción". Posteriormente en la ley 17.940 de Modificaciones y Erratas, en el inciso 10 del art. 1º se dispone: "sustitúyese en el segundo apartado del artículo 3986 las palabras «también se interrumpe» por «se suspende» y la palabra «interrupción» por «suspensión». El artículo 3986, en consecuencia, queda definitivamente así: "la prescripción liberatoria se suspende por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o al menor término que pudiera corresponder a la prescripción de la acción".

No vamos a ocuparnos aquí, por no corresponder al punto que estamos analizando, si la figura adecuada es la interrupción o la suspensión de la prescripción. En cuanto a este problema respecta, bástenos recordar que tanto en los Códigos como en la doctrina de los autores, está universalmente aceptado que los actos del acreedor demostrativos de actividad de su parte originan la interrupción de la prescripción, en tanto que los casos en que el acreedor está impedido de accionar, provocan nada más que la suspensión: "contra non valentem agere non currit prescriptio". A pesar de estas nociones fundamentales, tenemos ahora en nuestro Código que una actitud del acreedor que supone actividad, suspende la prescripción. La reforma por lo menos ha sido original. También nos es dado constatar, con gran desmedro de la técnica y del método, que en el Capítulo II, Título I, Sección III, del Libro IV del Código, íntegramente dedicado a la Interrupción de la prescripción, aparece insertada una causal de suspensión de la misma.

Lo que realmente nos interesa por el momento es que se la llame suspensión o interrupción, en la reforma del artículo 3986 se ha incurrido en una confusión de conceptos con respecto a la constitución en mora.

33. Al dictarse la ley 17.711 hicimos un comentario acerca de la reforma al art. 3986 que, en lo sustancial, subsiste en sus fundamentos, a pesar del cambio en el mismo de la palabra "interrupción" por "suspensión". Transcribimos ahora lo que expusimos entonces: "En el actual régimen de la mora del obligado, en principio general, la misma se opera por el solo vencimiento del plazo cierto, lo que significa, prácticamente, que en la mayor

parte de las obligaciones civiles, el deudor que no cumple la prestación cae en mora desde el mero vencimiento del término, situación ésta que perdura en tanto no ocurran algunos de los supuestos de la cesación de la mora (*purgatio morae*). La reforma parece haber olvidado esta circunstancia al redactar el art. 3986, pues de atenernos estrictamente a sus palabras, tendríamos la anomalía de que un deudor constituido en mora por el vencimiento del plazo, podría ser doblemente colocado en mora, tiempo después, a los efectos de interrumpir la prescripción. Parecería, asimismo, que a los efectos clásicos de la mora (dar derecho a reclamar daños e intereses, curso de los intereses en las obligaciones dinerarias, traslado de los riesgos, etc.), se agrega uno más, interrumpir la prescripción. Consideramos que en todo esto hay un error, que proviene de confundir dos institutos jurídicos que persiguen finalidades y tienen efectos distintos: la constitución en mora y la interrupción de la prescripción. La constitución en mora tiende a responsabilizar al deudor por su retardo. En la interrupción de la prescripción es el acreedor quien sale de su inactividad. En cuanto a los efectos de ambas figuras, parece innecesario destacar sus diferencias por ser bien conocidos. Lo que hay de común en ellas, es que —a veces—, se recurre a una misma clase de medio interpelatorio para hacerlas valer. Por obra de ese empleo de una clase igual de medio interpelatorio, en algunas hipótesis, se obtiene el doble objetivo de constituir en mora al deudor e interrumpir la prescripción. Pero en muchos otros casos, se opera una sola de esas consecuencias. Por ejemplo: Una intimación auténtica hecha al día siguiente del vencimiento de la obligación en los casos en que es necesario hacerla, no tiene otro objeto que colocar en mora al deudor. Una intimación auténtica dirigida al deudor que ya está constituido en mora con anterioridad, tendrá como efecto, únicamente interrumpir la prescripción. Por consiguiente, nada autoriza para que se diga, sobre todo de la manera que se lo ha hecho en el artículo 3986, que la constitución en mora en forma auténtica provoca la interrupción de la prescripción liberatoria, de la misma manera que tampoco podría decirse como regla general que la interrupción de la prescripción liberatoria causa la mora del obligado¹⁰.

“Lo que ha debido expresarse en el mencionado artículo ya que se quería agregar una vía más para que el acreedor salga de su inacción, es que una interpelación privada en forma auténtica, dirigida al deudor y si se quiere más, recibida por éste, interrumpe la prescripción liberatoria. Se ha incurrido evidentemente en un “quid pro quo” y se ha dicho “constitución en mora” en vez de “interpelación”.

“En el Código Civil de España, al legislar sobre esta situa-

ción se lo ha hecho con el empleo de las palabras adecuadas y se alude a la «reclamación extrajudicial» como medio de interrumpir la prescripción» (Art. 1973) y Colmo, al tratar el problema de la posibilidad de interrumpir la prescripción extrajudicialmente, se refiere a «reclamos privados» pero ni en uno ni en otro se ha mezclado para nada este tema con la mora²⁴. Es que la constitución en mora nada tiene que ver, necesariamente, con la interrupción de la prescripción. Lo mismo ocurre con el Código Civil italiano de 1942, cuando en el artículo 2943 dispone que «La prescripción se interrumpe por cualquier otro acto que sirva para constituir en mora al deudor». Como se ve, se expresa con propiedad que lo que interrumpe la prescripción es «el acto» al cual se asigna como efecto, además de constituir en mora al obligado, el de interrumpir la prescripción. Pero lo que tiene el efecto interruptivo es «el acto», no la constitución en mora, en sí misma. Es conveniente que todo esto quede bien en claro, a riesgo de que, de lo contrario, se produzcan injustificables confusiones». (Revista del Colegio de Abogados de La Plata, tomo 10, Nº 21, págs. 165 a 167).

34. Dichas objeciones, se mantienen a pesar de que se haya cambiado en el art. 3986 la palabra «interrupción» por «suspensión». Desde el punto de vista de la confusión de conceptos, es también inadecuado hablar de que la constitución en mora produzca la suspensión de la prescripción. Es la interpelación auténtica que se haga, la que tendrá efectos que impedirán la extinción de la acción, pero no la constitución en mora, que tiene finalidades y efectos, que lo reiteramos, nada tienen que ver con el curso de la prescripción.

La mora del acreedor:

35. Al establecer la mora automática del deudor en la reforma del Código Civil, dispuesta por la ley que estamos comentando, surge el interrogante acerca de si igual solución cabe aplicar al acreedor.

Es preciso recordar, antes de dar la respuesta, que en nuestro Código, se había omitido tratar la mora *occupandi*. Se aludió a ella en la nota al artículo 509 y se hicieron aplicaciones particulares en los artículos 1430, 1431, 1630 y 2015. Esta deficiencia no era, sin embargo, irreparable, pues dada la forma en que

²⁴ COLMO, *ob. cit.*, pág. 650 y 651, Nº 324. LLAMBIAS, en el Estudio citado en notas precedentes (pág. 117) al proponer un nuevo texto para el art. 3986 sugiere que se diga: «La prescripción liberatoria también se interrumpe por una sola vez por la exigencia de pago practicada por el acreedor en forma auténtica», con lo que se elimina la confusión incurrida en la reforma.

estaba reglamentada la mora del deudor, sus normas podían aplicarse, "mutatis mutandi" a la del acreedor. No ocurre lo mismo en lo que atañe a la reforma instituida por la ley 17.711. Por nuestra parte, y en líneas generales no creemos que pueda aplicarse al acreedor la fórmula de la constitución en mora automática.

36. Aun los Códigos que han incorporado en sus artículos la regla del "dies interpellat" exigen, cuando se trata de la mora del acreedor, que medie un ofrecimiento real de la prestación y su injustificado rechazo: hechos y no palabras, como recuerda Trigo Represas. (Código Alemán, art. 234; Cód. Suizo de las obligaciones, art. 102; Cód. de Méjico, arts. 2104 y 2105; Cód. de Chile, art. 1680). Los comentaristas de estos Códigos nos pueden servir de mucho en el tratamiento de este tópico. "La ley exige, dice Larenz, por regla general que el deudor no sólo esté dispuesto para la prestación, sino además que haya comenzado a cumplirla y que la haya activado hasta tal punto que sólo dependa del acreedor que se produzca el resultado de la misma. Ha de aproximar el objeto de la prestación al acreedor en tal forma que éste no tenga que hacer otra cosa que recibirlo"⁴⁸. En igual sentido se pronuncian Hedemann, Von Thur, Ennecerus, Saleilles y Messineo⁴⁹. Meza Barros enseña que para la mora del acreedor es preciso que el deudor ofrezca el pago de su obligación y este ofrecimiento debe ser hecho en la forma que indica el art. 1600 del Código Civil de su país, o sea con intervención de notario o receptor⁵⁰. Según los autores alemanes precedentemente citados, la oferta puede ser verbal, cuando el acreedor ha declarado que no aceptará la prestación.

37. Hay sin embargo, según la doctrina, algunas excepciones. El requisito de la oferta de cumplimiento por el deudor, al acreedor no sería necesario, cuando este último tiene a su cargo un deber de cooperación para el cual se ha señalado un día determinado según calendario⁵¹. Tampoco se exigiría dicha oferta,

⁴⁸ LARENZ, ob. cit. I, págs. 378 y 377.

⁴⁹ HEDEMANN, ob. cit. III, pág. 187. VON THUR, ob. cit. II, pág. 61 a 63, N° 64 II. SALEILLES, ob. cit., pág. 33. N° 38. COLMO, ob. cit., pág. 78. N° 98. ROSSEL, ob. cit. págs. 163 y 164. N° 118. ENNECKERUS-LEHMANN, ob. cit., t. II, vol. 1, pág. 289, pará. 87, N° II - 2. MESSINEO, ob. cit., t. IV, pág. 348. N° 2.

⁵⁰ MEZA BARROS, ob. cit., pág. 298.

⁵¹ LARENZ, ob. cit. I, pág. 378. HEDEMANN, ob. cit. III, pág. 188. VON THUR, ob. cit. II, pág. 62. N° 64II. ENNECKERUS-LEHMANN, ob. cit., t. II, vol. 1, pág. 289, pará. 87, N° II 2.

⁵² HEDEMANN, ob. cit. III, pág. 188. LARENZ, ob. cit. I, pág. 379. VON THUR, ob. cit. II pág. 62. N° 64 II. ENNECKERUS-LEHMANN, ob. cit., t. II, vol. 1, pág. 289 y 290, pará. 87, N° II 3.

cuando fuera imposible hacer el ofrecimiento del pago o el pago se hubiera hecho imposible por culpa del acreedor⁴¹.

38. En consecuencia, opinamos que de acuerdo a la reforma, el sistema de la mora creditoria en nuestro Código, es el siguiente:

a) En principio general, para que se produzca la mora accipiendi, el deudor debe hacer una oferta real del cumplimiento de la prestación al acreedor.

b) Es innecesaria la oferta efectiva: 1) Cuando se ha convenido entre las partes que el acreedor deberá realizar, en un término cierto, determinados deberes de cooperación para recibir el pago y no los cumplo, 2) Si el acreedor hubiera manifestado su voluntad de no recibir la prestación, 3) Cuando sea imposible hacer el ofrecimiento del pago o el pago se haya hecho imposible por culpa del acreedor.

39. ¿Corresponde exigir en la mora del acreedor, el elemento imputabilidad incluido en la última parte del art. 509 del Código Civil reformado, al tratar la mora del deudor? La respuesta que se da en doctrina al tema no es pacífica.

"Es una cuestión difícil, dice Saleilles, la que se refiere a si la mora del acreedor requiere el elemento imputabilidad"⁴² que como hemos visto es necesario en la del deudor.

Hay distintas posiciones al respecto.

a) Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et Barde, Larombière, Demolombe, Planiol y Ripert, Windscheid, Lafaille, Colmo, Llambías, Galli y Busso, por analogía con la situación del deudor, exigen la concurrencia del elemento de la culpa en la mora creditoria. Esta culpa se presume en tanto el acreedor no prueba una causa excusatoria⁴³.

⁴¹ LLAMBIAS, ob. cit. I, pág. 159.

⁴² SALEILLES, ob. cit., pág. 33, N° 40.

⁴³ AUBRY et RAU, "Cours de Droit Civil Français", Edit. Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 3^e édition, t. IV, pág. 315 y sgts. N° 122, texto y notas. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, ob. cit., t. XII-2^o "Des Obligations", pág. 624, N° 1595. LAROMBIÈRE, ob. cit., t. II, pág. 284, N° 1 y sgts. art. 1267. DEMOLOMBE, ob. cit., t. XXVIII, pág. 55, Nos. 99 y sgts. PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. VII, pág. 342, N° 1211. WINDSCHEID, ob. cit., t. 2, pág. 336, N° 345-3. LAFAILLE, ob. cit. I, pág. 159 y 160, N° 139 in fine. GALLI et SALVAT, ob. cit. t. I, pág. 122, N° 111. BUSSO, ob. cit., t. III, pág. 293, N° 45. COLMO, ob. cit., pág. 78 y 79, N° 99. REZZONICO, ob. cit. I, pág. 140 y 341, Jurisprudencia Argentina, t. XII, pág. 332. GACETA DEL FURTO, t. 67, pág. 51. Ver sobre el tema DEMOGUE RENE, "Traité des Obligations", t. VI, pág. 273, N° 341.

b) Kholer, Von Thur, Larenz, Hedemann, Enneccerus-Lehmann, Rossel, Salicrú, De Gáspari, por el contrario, no supeditan la mora accipiendi a la necesidad de la concurrencia de la culpa o el dolo del acreedor⁴⁴. Para que la negativa a recibir la prestación se estime injustificada, enseña Von Thur, basta que el acreedor no pueda invocar ninguna razón objetiva en abono de su conducta, como por ejemplo cuando el deudor intenta cumplir la prestación fuera de oportunidad o cuando ya estaba constituido en mora o en condiciones que expondrían al acreedor a recibir un pago inválido⁴⁵.

Nos adherimos a la primera de las corrientes doctrinarias. La mayor parte de los autores que prescindien del elemento culpabilidad en cuanto a la mora creditoria concierne, se basan en que no existe a cargo del acreedor el deber de procurar al deudor su liberación. En nuestro Código Civil, ese deber existe y surge de la doctrina del art. 505 última parte, en cuanto dice: "Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente" y por consiguiente nos parece evidente que el acreedor que ha asumido deberes de cooperación para el cumplimiento de la prestación tiene la carga de contribuir a la liberación del deudor, y le son aplicables las mismas exigencias que a la mora del deudor. Para que se configure la mora accipiendi, pues, es necesario el elemento subjetivo de la culpa, que se presume por el solo hecho del retardo en el cumplimiento de los deberes a su cargo. El acreedor a su vez, puede liberarse de su responsabilidad, demostrando la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor.

La aplicación de la reforma al art. 509 con relación al tiempo:

40. Los tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse ya sobre este problema. La Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, Sala B, in re Varela Emilia c/Rodríguez Aniceto, ha dicho que "por aplicación del art. 4048 del Código Civil, y la explicación contenida en la respectiva nota, en los contratos celebrados, con anterioridad a la ley 17.711 la afirmación de haber caído en mora debe ajustarse a la ley derogada, porque todo

⁴⁴ KHOLER, citado por SALICRÚ, en la obra mencionada, pág. 34, Nota N° 1. VON THUR, ob. cit. II, págs. 63 y 64, N° 64-IV. SALICRÚ, ob. cit., pág. 38 a 39, N° 40 y 41. LARENZ, ob. cit., t. I, págs. 373 y 378, parág. 24-I. HEDEMAN, ob. cit., t. III, pág. 388-89. MESSINEO, ob. cit., t. IV, pág. 346-I. DE GASPERI-MORELLO, ob. cit., t. II, pág. 340. ROSSEL, ob. cit., pág. 164, N° 119, in fine. ENNECCERUS-LEHMANN, ob. cit., t. II, vol. 1, pág. 230, parág. 57, N° III-2.

⁴⁵ VON THUR, ob. cit. II, págs. 63 y 64, N° 64-IV.

contrato debe ser regido, siempre por la ley bajo cuyo imperio fue concertado" ⁶⁶.

41. Vale la pena transcribir la opinión de Vélez en la aludida nota al art. 4049: "Las leyes nuevas no rigen sino los contratos celebrados bajo su imperio. No se aplican a los actos anteriores y así por ejemplo, el acto cuya rescisión se demanda habiendo sido consentida antes del Código Civil, debe ser sometido a las leyes anteriores". "Algunos jurisconsultos han sostenido lo contrario, diciendo que si un contrato se ha formado bajo una ley últimamente abrogada es preciso aplicar esa ley para regir sus cláusulas, para interpretarlas, fijar su sentido y su extensión: pero cuando se trata de una acción de rescisión es preciso formarla bajo la ley que la permita y que de otra manera no puede rescindirse: que es necesario que la acción se hubiese introducido antes de la publicación del nuevo Código, y que en tal caso se hubiera podido, aún después de la publicación de las nuevas leyes, aplicar a la causa los antiguos principios, pero que no habiéndose entablado la acción antes de la nueva ley, el derecho que podía adquirirse no se ha consumado". "Podemos responder a estas observaciones que es incontestable que todo contrato debe siempre ser regido por la ley bajo cuyo imperio ha sido consentido, y no se puede razonablemente contestar que el derecho que era conferido por esa ley a una de las partes, no puede ser ejercido bajo el imperio de la nueva ley. De otra manera el derecho no existiría realmente, puesto que no podría ser ejercido. Hubiera sido destruido por la nueva ley".

42. Así lo ha entendido, por otra parte, la doctrina tradicional ⁶⁷.

43. La concepción moderna del problema de la vigencia temporal de la ley, conduciría, en cambio a conclusiones diferentes a las que se acaban de exponer. Según M. Roubier, citado por Carbonnier "hay que distinguir entre el efecto inmediato (peculiar de toda ley) y la eficacia retroactiva (prohibida por el Código Civil francés en el art. 2 y en el nuestro en el art. 3)" ⁶⁸.

⁶⁶ "El Derecho" N° del 29 de Agosto de 1948. Fallo N° 11768. Ver asimismo en cuanto a la irretroactividad del art. 509 en cuanto se refiere a situaciones de mora anteriores: "La Ley" del 4 de Octubre de 1988, fallo N° 60696 - Cámara Nacional en lo Civil, Sala "A".

⁶⁷ AUBRY et RAU, *ob. cit.*, t. I, pág. 117 y sgts., parág. 39. COLIN y CAPITANT, t. I, pág. 134. RIPERT y BOULANGER, t. I, pág. 244, N° 333, in fine. MAZEAUD, *Parte Primera*, t. I, pág. 229 y sgts. N° 147. JOSSERAND, t. I, vol. I, pág. 80, N° 81. MACHADO, t. XI, pág. 365. Nota al art. 4948. SALVAT RAYMUNDO, "Tratado de Derecho Civil Argentino", Fuentes de las Obligaciones —Hechos ilícitos—, pág. 180, N° 3029.

"La nueva ley cubija inmediatamente las situaciones jurídicas que se hallan en vías de producción, pero no pueden modificar las consecuencias que dichas situaciones han producido con anterioridad."²⁸

Trasladando este enfoque al tema de la mora, tendríamos que si el deudor ha incurrido en retardo antes de regir la ley 17.711 se aplica al art. 509 en su anterior texto, pero si ha caído en ese estado con posterioridad a la vigencia de dicha ley aún cuando se trate de un contrato anterior a la misma, correspondería aplicar la nueva redacción del artículo 509. (Ver art. 3º CC redac. ley 17.711).

²⁸ CARBONNIER JEAN, *ob. cit.*, t. I, vol. 1 pág. 120.