

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA MORA DEL DEUDOR EN LA REFORMA DE 1968(*) (279)

ROBERTO ERNESTO GRECO

SUMARIO

I. Importancia del tema y método a seguir. - II. Elementos de la mora del deudor. a) Retardo (elemento objetivo). b) Subsistencia de la posibilidad de la prestación en interés del acreedor. e) Imputabilidad (elemento subjetivo). d) Requerimiento (elemento formal). - III. El requerimiento en el régimen del Código Civil. Principio y excepciones. a) Mora convencional. b) Mora ex re. c) Mora legal. - IV. El sistema y sus consecuencias. - V. Controversia en cuanto a las obligaciones con plazo determinado cierto. - VI. Derecho comparado. a) Código alemán. b) Código Federal suizo de las obligaciones. c) Código italiano de 1942. d) Código portugués. - VII. Casuística empírica: códigos de Brasil, Venezuela, Méjico, Hungría y Polonia. - VIII. La reforma de 1968. Texto del art. 509 según la ley 17711. a) Primera hipótesis. Discrepancias interpretativas que suscita. Obligación con plazo determinado, sea cierto o incierto. b) Segunda hipótesis. Dificultad de interpretación en cuanto al llamado plazo tácito. e) Tercera hipótesis. Obligaciones con plazo indeterminado. - IX. Objeciones al nuevo texto. a) Crítica lógica. b) Crítica terminológica. c) Crítica de fondo: inexistencia de principio general. - X. Supuestos que no encuadran en las hipótesis previstas: a) Falta de cooperación del acreedor. b) Condena establecida por sentencia que no tiene plazo. c) Obligación nacida de un pago indebido. d) Obligación de contribución en la medianería. e) Obligación bajo condición suspensiva. f) Obligación de recompensar a quien devuelve una cosa perdida. g) Obligaciones recíprocas simultáneas. - XI. Incongruencias de otras reformas con la reforma en materia de mora. a) Pacto comisorio implícito. b) Suspensión de la prescripción. c) Imprevisión.

I. IMPORTANCIA DEL TEMA Y MÉTODO A SEGUIR

La mora del deudor (mora solvendi o mora debitoris) comporta efectos graves en el desenvolvimiento de la relación obligatoria: pone en movimiento la responsabilidad civil, produce la perpetuatio obligationis transfiriendo los riesgos de la prestación al impedir al deudor - como regla - invocar el caso fortuito y la fuerza mayor, y crea la obligación accesoria de los daños moratorios.

Con ser tan intensos estos efectos principales, no son los únicos que genera el estado de mora. Sin entrar en la mención de los efectos accesorios, la importancia del tema se evidencia al no regir exclusivamente la relación acreedor - deudor en sentido estricto, se trate de obligación a cargo de un solo sujeto o de obligaciones correspectivas, sino relaciones o situaciones jurídicas análogas, como la existente entre legatario y heredero. Se proyecta, asimismo, fuera de los ámbitos del derecho privado para alcanzar relaciones de derecho administrativo o de derecho fiscal, en tanto no existan normas especiales que hagan inaplicable el régimen del Código civil.

La reforma que en este tema ha sufrido el Código Civil en 1968, primeramente por conducto de la ley 17711 y luego a través de la ley de reforma a la reforma, esto es la N° 17940, nos induce a encarar su análisis con el siguiente método: en primer lugar, el examen del régimen del código reformado; en segundo lugar las críticas que pudo haber suscitado ese régimen; finalmente el juicio que, desde el punto de vista técnico o valorativo, nos merece la reforma.

II. ELEMENTOS DE LA MORA DEL DEUDOR

El régimen de la mora del deudor en el Código Civil exhibía la institución tratada a través de cuatro elementos: retardo, subsistencia de la posibilidad de la prestación en interés del acreedor, imputabilidad y requerimiento. De ellos, el tercero ha sido objeto de una aclaración y el cuarto ha sido conmovido totalmente.

El conocimiento adecuado de los cuatro elementos permite la correcta sistematización de la figura.

a) Retardo

El retardo en el cumplimiento es un elemento meramente objetivo. Sólo se confronta el comportamiento del deudor con una circunstancia temporal: la exigibilidad de la obligación.

A la fecha de hacerse exigible el crédito, el deudor no cumple la prestación debida. Esa desubicación o desacomodamiento entre la conducta debida - ya que la prestación, cualquiera sea la índole de la obligación, siempre es conducta o comportamiento debido - y el comportamiento obrado en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

emergencia, es el primer factor que funciona a través de este elemento objetivo del retardo. Quiere decir que para llegar a una situación de mora del deudor, lo primero que hay que indagar es si la obligación ya es exigible; si hay plazo suspensivo, éste debe encontrarse vencido; si hay condición suspensiva, debe haberse cumplido el hecho condicionante; y además debe concurrir la subsistencia civil de la obligación. No se exige, en cambio, en el derecho moderno, que el crédito sea líquido(1)(280).

b) Subsistencia de la posibilidad de La prestación en interés del acreedor

Íntimamente ligado al concepto de retardo aparece la subsistencia de la posibilidad de la prestación en interés del acreedor. Producida la exigibilidad, debe continuar siendo posible el ulterior cumplimiento, lo que permite caracterizar la situación de mora como esencialmente transitoria, por eso denominada por algunos autores "incumplimiento relativo", a diferencia del incumplimiento absoluto, que es por esencia definitivo. Se habla, en este sentido, de "recuperabilidad de la prestación"(2)(281).

Si perdura en el tiempo, pese al retardo, la posibilidad de que exista una efectiva realización de la prestación debida que satisfaga el interés del acreedor, nos encontramos ante una situación de mora del deudor. Por el contrario, cuando el tiempo de pago se ha incorporado a la obligación como elemento esencial, con tal intensidad que desaparecería el interés del acreedor en un cumplimiento tardío, no se transita por la situación de mora; el retardo imputable equivale a incumplimiento definitivo(3)(282).

Otro tanto acontece cuando el deber de conducta ínsito en la obligación es de carácter negativo, ya que la sola realización de la conducta positiva contraria importa frustración definitiva de la posibilidad de la prestación. Sirvan de ejemplo algunas obligaciones de no hacer, como la del deudor que se encuentra obligado a guardar un secreto y lo difunde, o la del deudor que se encuentra obligado a no talar un monte y lo tala. En tales supuestos el deber de conducta consistía en el mantenimiento de una situación de hecho existente, la que al haber sido alterada por acto imputable al deudor, y por la irreversibilidad del tiempo no es posible la reconstitución de la situación anterior a la transgresión, se pasa directamente a la situación de incumplimiento definitivo(4)(283)

La ausencia de mención de este requisito como elemento de la mora del deudor ha determinado que, en algunas ocasiones, autores y tribunales conceptuaran como casos de mora ex re supuestos en los que no hay mora sino incumplimiento absoluto. En su oportunidad, volveremos sobre el particular.

c) Imputabilidad

El elemento subjetivo consiste en la imputabilidad del deudor en el retardo, aprehendida esta noción con el criterio amplio que involucra el dolo y la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

culpa en sentido específico.

Resultaba claramente del art. 513 del Código Civil al legislar los efectos del caso fortuito y de la fuerza mayor como eximentes de responsabilidad, con las excepciones del pacto de asunción del caso fortuito, el casus dolus vel culpa determinatus y el supuesto del deudor constituido en mora "que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor".

El juego de esta última excepción a la eximente hacía innecesario que el anterior art. 509 contuviese referencia expresa al elemento subjetivo, y así lo entendió casi unánimemente la doctrina nacional(5)(284). En efecto, mora es un concepto jurídico, una figura productora de efectos en el campo del derecho; retardo (llamado "demora" por algunos autores), es una noción material, no configurativa de un concepto de derecho.

No obstante, como hubo una aislada discrepancia doctrinaria(6)(285) que pretendió desconocer este elemento para construir la mora como situación objetiva, la reforma de 1968 vino a eliminar definitivamente toda controversia en cuanto al elemento tratado.

Dispone el último párrafo del nuevo texto del art. 509, según redacción de la ley 17711:

"Para eximirse de las responsabilidades emergentes de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable", de donde se infiere una presunción de imputabilidad del retardo, susceptible de ser destruida por prueba en contrario. Producida esta prueba, la mora del deudor no queda configurada por faltar el elemento subjetivo que es de su esencia; por consiguiente, no hay responsabilidad ni se producen los restantes efectos.

Resta puntualizar que aun tratándose de caso fortuito sobrevenido después de la mora, el deudor puede eximirse de responsabilidad probando que la cosa hubiese igualmente perecido en poder del acreedor (art. 892 del Código Civil). Aplicación de la misma idea a la relación legatario-heredero contiene el art. 3779.

d) Requerimiento

El requerimiento por parte del acreedor, corrientemente denominado "interpelación", constituye el elemento formal. Consiste en una manifestación de voluntad unilateral del acreedor, dirigida al deudor exigiéndole el pago, y estaba prevista como principio en el régimen del Código Civil, con diversas excepciones. En la reforma ya no existe ese principio; como este tema va a ocupar la parte central del presente, nos limitamos por ahora a su enunciación.

Los cuatro elementos examinados permiten conceptuar la mora solvendi como el retardo imputable al deudor, que no impide la ulterior realización de la prestación en interés del acreedor.

III. EL REQUERIMIENTO EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL. PRINCIPIO Y EXCEPCIONES
--

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En el régimen del Código Civil, la necesidad de requerir al deudor el cumplimiento, extrajudicial o judicialmente, era principio general (art. 509, derogado por la ley 17711). Se reconocían tres tipos de excepciones: mora convencional, mora ex re y mora legal.

a) Mora convencional

De conformidad con el inciso primero del texto derogado, no era necesario practicar el requerimiento cuando las partes hubiesen estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo produciría la mora.

Es frecuente afirmar que este pacto sólo podía tener lugar en las obligaciones contractuales, al tiempo de concertarse el acuerdo productor de la obligación. Esta concepción es excesivamente estrecha. El recaudo legal de "estipulación expresa" se refería al pacto de mora automática y no a la fuente de la obligación. Nada impedía que, constituida la obligación por causa fuente distinta del contrato, acreedor y deudor pactasen sobre elementos accidentales e incorporasen al acuerdo el modo en que el deudor quedaría constituido en mora. Asimismo, en las obligaciones contractuales podía incorporarse el pacto de mora automática con posterioridad al contrato fuente de la obligación, mediante acto complementario o modificativo, sea que el plazo suspensivo estuviese contenido en el acto inicial o se lo incorporase en el nuevo acto.

El único significado trascendente de ese pacto de mora automática en el régimen del Código de Vélez lo constituía el importar una renuncia anticipada, por parte del deudor, a que se le efectuase el requerimiento, o bien una convención de que el requerimiento se tendría por realizado con el solo vencimiento del plazo(7)(286). Trátase de la autonomía de la voluntad, que preserva con tanta amplitud el art. 1197 del Código Civil, irrestricta en la materia por no afectarse cuestiones de orden público ni estar comprometido el interés de terceros.

Incorporada una convención de esta naturaleza, su efecto consistía en descargar al acreedor de la necesidad de efectuar el requerimiento una vez arribada la exigibilidad. En todo lo demás, los restantes requisitos eran indispensables para que se configurase la mora del deudor.

Es importante destacar la postura de nuestra doctrina y, en especial, del derecho judicial, con relación a este pacto de mora automática. Se ha dicho y reiterado en numerosos pronunciamientos que, no obstante la mora convencional pactada, el acreedor no queda relevado del deber de prestar su cooperación a fin de que el deudor pueda liberarse(8)(287). Además, como se trataba de una excepción al principio general, debía interpretarse restrictivamente, eliminándose el procedimiento de analogía. Las dudas que arrojase el pacto en cuanto a su alcance, o bien la existencia o no de esta convención de mora automática, debía ser resuelta a favor del principio general(9)(288).

b) Mora "ex re"

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Una segunda excepción estaba dada por los supuestos de mora llamada *ex re*, o sea la que se produce por la sola fuerza de las cosas, según una traducción casi literal. De conformidad con el inciso segundo del derogado art. 509, tenía lugar "cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación fue un motivo determinante por parte del acreedor".

Observamos que se aprehende como supuesto la "designación del tiempo". Como no hay convenio expreso en el sentido de que el solo vencimiento del plazo provocaría la mora del deudor, se ha entendido que había acuerdo tácito con igual fin. En otros términos, el deudor, al convenir con el acreedor la constitución de la obligación, conocía que la puntualidad en el pago era un motivo que lo había determinado a contratar; tácitamente estaba admitiendo que en caso de no cumplir en el momento debido quedaría automáticamente constituido en mora.

No obstante, como normalmente no se suele incluir entre los elementos de la mora del deudor el requisito de subsistencia de la posibilidad de la prestación en interés del acreedor, que hemos tenido la preocupación de puntualizar, hubo interpretaciones bastante desubicadas en cuanto a esta segunda excepción al requisito del requerimiento.

A nuestro modo de ver, siempre hubo que distinguir si pese a ser el plazo un motivo determinante, era o no posible con posterioridad el cumplimiento específico con su virtualidad satisfactiva del interés del acreedor. En el primer caso, se configuraría la mora *ex re*; en el segundo, por haber desaparecido la posibilidad de la prestación, no existiría mora sino incumplimiento absoluto imputable al deudor, quien debería daños compensatorios desde el mismo momento en que la obligación quedase frustrada.

La casuística tribunalicia es rica en ejemplos. La Cámara Federal de Mendoza resolvió que había mora *ex re* en la obligación de restituir una bodega en fecha determinada, coincidente con la iniciación de la nueva cosecha(10)(289). La solución consulta los presupuestos legales, por cuanto se había determinado el tiempo de la restitución, y de la naturaleza y circunstancias de la obligación, al fijárselo para la época de comienzo de la nueva cosecha, se evidenciaba el propósito, conocido por el deudor, de que el acreedor contase con la bodega a tal efecto.

En un contrato de construcción, también se reputó como caso de mora *ex re* el plazo convenido para los pagos parciales, si el empresario debía contar con ellos para adquirir los materiales necesarios para proseguir la obra y abonar los jornales(11)(290).

En un concurso civil, las cuotas del precio de los bienes adquiridos en el mismo, si con ese dinero debía pagarse a los acreedores del concursado(12)(291). En la locación de servicios, el pago de los salarios(13)(292), acentuado en materia laboral, en la que la falta de pago puntual en la fecha legalmente establecida se reputa injuria por parte del empleador, que autoriza al empleado a considerarse despedido(14)(293).

En materia de locaciones urbanas, un fallo plenario de la Justicia Nacional de Paz de la Capital Federal decidió que la estipulación de pago por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adelantado de los alquileres en el domicilio del locador importaba un supuesto de mora ex re(15)(294), aunque posteriormente la ley 16739 fijó requisitos al requerimiento para configurar la causal de falta de pago para el desalojo (art. 21), norma desaparecida en la reciente ley de locaciones urbanas número 18880.

En materia comercial se advierte una tendencia a considerar comprendidas ciertas obligaciones mercantiles en el régimen del art. 509, inc. 2º, del Código Civil, dada la índole de las mismas y la conveniencia de agilizar la circulación de bienes y valores en ese ámbito(16)(295). Lo mismo la obligación del transportista(17)(296).

Un enfoque integral de las hipótesis reseñadas deja como saldo la coincidencia de estos ingredientes: en todos los casos hay plazo determinado, subsiste la posibilidad de cumplimiento después del retardo y el deudor conoce, desde la constitución de la relación obligatoria, que para el acreedor es motivo determinante el cumplimiento en el tiempo fijado. Incumbe al acreedor la prueba de este conocimiento por parte del deudor, pero el mismo puede resultar de las circunstancias de la relación obligatoria. Pensamos que se trata de una de las manifestaciones de la causa - fin en materia obligacional; por eso debe estar incorporada al acto desde su celebración, o bien, mediante un nuevo acuerdo modificativo del acto originario. Si al tiempo de contratar el deudor no hubiese conocido que el tiempo de cumplimiento era motivo determinante para el acreedor, éste no podría unilateralmente modificar el acuerdo incorporándole un nuevo elemento sin el consentimiento del deudor(18)(297).

En cambio, algunos ejemplos proporcionados por la doctrina y fallos judiciales no constituyen casos de mora, sino de incumplimiento absoluto. Acreedor que contrata un remisero para que lo lleve al aeropuerto a tomar un avión que sale en fecha y hora ijas, y el transportista se presenta para ejecutar el hecho debido cuando ya no existe tiempo material para arribar al aeropuerto y embarcar. Conjunto orquestal obligado a actuar en una función, en fecha y hora fijadas, que se presenta después de concluida. Obligación de remitir la torta de bodas al lugar de la fiesta, en fecha y hora determinadas, y la torta es enviada después de finalizada la fiesta. Obligación de remitir la ofrenda floral con motivo de un fallecimiento, y la corona es enviada después de la inhumación. Obligación de construir un stand o pabellón en una exposición a inaugurarse en fecha fija, que se pretende cumplir después de finalizada la exposición, etc.(19)(298)

También en todos estos supuestos el deudor debe conocer, desde la constitución de la obligación, que el tiempo de cumplimiento es motivo determinante para el acreedor. La diferencia radica en que, pasado el tiempo de pago, la obligación queda definitivamente frustrada porque el cumplimiento tardío sería inútil o estéril para el acreedor, no satisfaría su interés. La esencialidad del plazo, en estas hipótesis, no tolera un cumplimiento extemporáneo. A la inversa de los casos anteriores, en los que no obstante el motivo determinante para el acreedor sigue siendo posible cumplir después y por eso hay mora - situación transitoria -, aquí hay incumplimiento absoluto imputable al deudor - situación definitiva.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

c) Mora legal

La tercera categoría de excepciones al principio del requerimiento estaba dada por los supuestos de mora legal. Son numerosos los casos en que la ley se encarga de establecer que el deudor está en mora en determinado momento de la relación obligatoria, sin que sea menester requerimiento alguno.

El que promete dote para la mujer queda constituido en mora desde la celebración del matrimonio (art. 1242 del Cód. Civil) si en la respectiva escritura no se hubiese designado plazo. Es una norma supletoria, porque prevalece la voluntad de las partes cuando fijan el plazo para la entrega de la dote prometida; en ausencia de plazo convencional la ley decide, como en todos los supuestos de presunciones legales, que la voluntad presunta es la de ajustarse a lo que ordinariamente acontece, e impone la mora desde la fecha de celebración del matrimonio.

Cuando hay obligación de restituir bienes dotales, el marido o sus herederos quedan constituidos en mora desde el vencimiento de los plazos respectivos (art. 1322 del Cód. Civil).

En materia de sociedad, el socio debe el aporte en dinero a que se hubiere obligado, o la prestación consistente en otro género de cosas, desde el día en que debió efectuar el aporte (art. 1721). El socio que tomase dinero de la caja para usos propios debe los intereses y restantes daños a la sociedad, desde la fecha en que lo hizo (art. 1722).

En la compraventa con pacto comisorio expreso y plazo determinado hay mora legal que autoriza al vendedor a demandar la resolución del contrato desde el vencimiento del plazo (art. 1375, inc. 1º, del Cód. Civil, según interpretación prevaleciente)(20)(299).

En el mandato, si el mandatario percibe sumas por cuenta de su mandante y las aplica a uso propio, debe intereses desde el día en que lo hizo (art. 1913). A su vez, el mandante debe intereses al mandatario cuando éste anticipa gastos para la ejecución del mandato (art. 1950).

En la gestión de negocios, el gestor puede repetir del dueño del negocio todos los gastos que la gestión le hubiese ocasionado, con los intereses desde el día que los hizo (art. 2298). Aquí la ley emplea impropriamente el término "repetir", que jurídicamente significa volver a pedir a la misma persona a quien se hizo entrega de dinero o se ejecutó una prestación indebida. En el caso, no se trata de repetición porque los gastos se hicieron entregando dinero a terceros, sino de una acción recursoria.

En la fianza, el fiador que desinteresa al acreedor y se subroga en sus derechos puede exigir al deudor todo lo que hubiese pagado por el capital, intereses y costas, y los intereses legales desde el día del pago (art. 2030).

En el condominio, cuando uno de los condóminos realiza gastos de conservación o reparación de la cosa común, los restantes le deben la contribución en proporción a sus respectivas partes y los intereses desde la fecha de los gastos (art. 2686).

El usufructuario que después de vencido el usufructo continúa gozando de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cosa, debe restituir los frutos percibidos aunque ignore el vencimiento del término; si fuere usufructo de dinero, los intereses constituyen frutos civiles del capital y se devengan desde la extinción del usufructo (arts. 2922 y 2944).

También en materia de tutela se devengan intereses desde que son exigibles los saldos de las cuentas del tutor (art. 466).

Fuera del Código Civil, otras leyes contienen casos de mora legal, como las de impuestos; la de prenda con registro (art. 26 del decreto - ley 15348/46, ratificado por la ley 12962)(21)(300), o la ley de obras públicas que hace correr intereses a favor de los contratistas cuando los pagos se retardasen por más de treinta días (art. 48 de la ley 13064).

La doctrina ha adicionado otros casos de mora legal. Sobre la base de la nota al art. 509, en la que Vélez Sársfield, citando a Maynz, afirma que el deudor se encuentra en mora cuando la obligación proviene de un delito, se ha entendido que el acto ilícito coloca al autor en mora desde su comisión. Hay que entender correctamente la afirmación del codificador; el autor de un acto ilícito no está en mora en cuanto al deber jurídico de no dañar a los demás, que genéricamente gravita sobre todo conviviente (el clásico *neminem laedere*, o *alterum non laedere* de los romanos), porque al haberse cometido el acto ilícito ese deber jurídico ya se encuentra definitivamente incumplido, sino en mora en cuanto a la obligación de reparar el daño causado por el acto ilícito, el que funciona como fuente de esta obligación.

La solución de la nota, que no tiene expresión precisa en una norma determinada del ordenamiento, fue ampliada por la jurisprudencia de la Capital Federal según la conocida trayectoria de los plenarios "Iribarren c/Sáenz Briones" de 1943(22)(301) y "Gómez c/Transportes", de 1958(23)(302). En ambos casos se trató de supuestos de mora legal, no establecidos por norma específica sino extraídos por vía indirecta, pero en tanto, en el plenario de 1943 se hizo la distinción entre delitos y cuasidelitos, aplicando la mora legal sólo a los primeros; en el de 1958 se borró esa diferencia y se amplió la mora legal a toda hipótesis de acto ilícito.

También se ha entendido que existe mora legal cuando promedia posesión de mala fe (arts. 2438 y siguientes del Cód. Civil), caso en que el poseedor debe restituir la cosa más los frutos pendientes, los percibidos y los que por su negligencia dejó de percibir. A estas reglas se equipara al accipiens de mala fe cuando se trata de un pago indebido (art. 788 del Cód. Civil).

Finalmente, se admite que cuando media confesión de mora - que no es lo mismo que confesión de haber sido requerido el pago - o imposibilidad de practicar el requerimiento por causa imputable al deudor, se arriba a la situación de mora sin necesidad de acto formal(24)(303).

IV. EL SISTEMA Y SUS CONSECUENCIAS

El sistema del Código Civil, como se ha visto, reposaba sobre una idea básica: un principio, la necesidad de requerimiento, y diversas categorías

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de excepciones. En tanto cada situación concreta no encuadrarse en una de las excepciones, recobraba su vigencia el principio general y era necesario el elemento formal para la configuración de la mora del deudor. El principio tenía, además, valor fundante en cuanto a la interpretación de las excepciones.

V. CONTROVERSIA EN CUANTO A LAS OBLIGACIONES CON PLAZO DETERMINADO CIERTO

El sistema así establecido funcionó correctamente en nuestra realidad jurídica, nunca se postuló su reforma integral(25)(304), y los problemas particulares fueron satisfactoriamente resueltos por una inteligente interpretación doctrinaria y congruente aplicación judicial.

Había un supuesto, sin embargo, en que las opiniones doctrinarias no coincidían en cuanto a la conveniencia de la necesidad de requerimiento: el de obligación con plazo determinado cierto, pagadera en el domicilio del acreedor.

La controversia tiene raíces históricas, que sería superior a nuestros medios e innecesario a los fines de este trabajo intentar desentrañar. Nos basta con comprobar que reputados romanistas no se ponen de acuerdo acerca de la solución proporcionada por las fuentes. En tanto algunos afirman la vigencia, para este caso, del adagio *dies interpellat pro homine*, como Windscheid(26)(305) y Mackeldey(27)(306), Molitor(28)(307) y otros autores de no menor autoridad(29)(308) sostienen que también en este supuesto era necesaria la *interpellatio*.

VI. DERECHO COMPARADO

En la legislación comparada, el Código Civil francés y otros que siguen su influencia no erigen este supuesto como excepción a la necesidad de requerimiento(30)(309), fundados en la antigua práctica francesa que, según Giorgi(31)(310), se habría revelado contra Cujas y Doneau. En cambio, el Código italiano de 1865 permaneció fiel a los antiguos intérpretes desde la glosa hasta la escuela culta, al derecho bizantino y canónico, y a la jurisprudencia de los países bajos y del antiguo derecho germánico, seguidos por la práctica italiana (art. 1223 del código citado).

El Código Civil argentino siguió el sistema francés (nota al art. 509 en la que también se citan los códigos holandés, napolitano y sardo). Igual orientación siguió García Goyena(32)(311), el Código Civil uruguayo (art. 1336) y el español (art. 1100).

A su vez, el Código de Chile (art. 1551, inc. 1º) y la mayoría de los contemporáneos (alemán, art. 284; Federal suizo de las obligaciones, art. 102; brasileño, art. 960; italiano de 1942, art. 1219; portugués, art. 805, N° 2, letra a), incluyen este supuesto como excepción a la regla general y, por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tanto, como caso en que no es necesario el requerimiento.

Demogue(33)(312)ha impugnado el criterio que era clásico en la doctrina francesa, entendiendo de jure condendo que cuando se ha fijado plazo para el cumplimiento el deudor anticipadamente está en condiciones de saber con exactitud el momento en que ha de efectuar el pago; no encuentra justificado que se recargue al acreedor con trámites y dilaciones que impidan los inmediatos efectos de la mora al vencimiento del plazo. De igual opinión han sido, entre nosotros, Anastasi(34)(313), Rezzónico(35)(314)y Borda(36)(315).

Creemos que estos precedentes - y otros - de derecho comparado y estas opiniones doctrinarias, han movido a nuestra reforma de 1968 en la materia, si bien no hay concordancia entre esos precedentes y el nuevo texto del art. 509.

a) Código alemán

Después de establecer el requerimiento como principio general, en la primera parte del artículo o párrafo 284, establece en su segunda parte:

"Si está señalado para la prestación un tiempo según el calendario, el deudor incurre en mora sin requerimiento si no cumple la prestación en el día señalado. Lo mismo vale si a la prestación ha de preceder un aviso y el tiempo para la prestación está determinado de forma que ha de computarse a partir del aviso según el calendario"(37)(316).

La doctrina interpretativa es esclarecedora del verdadero alcance del precepto. Enneccerus - Lehmann, citando a Planck(38)(317), excluyen expresamente del apartado segundo la hipótesis en que el acreedor deba ir a buscar la prestación en el momento determinado, "pues tampoco en este caso el deudor tiene que ser el que espontáneamente haga primero su prestación". Larenz sostiene como factores impeditivos de la mora del deudor la falta de cooperación por parte del acreedor y la ignorancia no culposa del domicilio de este último(39)(318). Hedemann también excluye la mora del deudor si el acreedor "está obligado a la recogida de la prestación"(40)(319).

Concuerdan los intérpretes en que la expresión "tiempo según el calendario" sólo comprende el plazo determinado cierto (dies certus an et certus quando) .

b) Código Federal suizo de las obligaciones

También establece el requerimiento como principio, y como excepción (art. 102, segundo párrafo): "Cuando el día de la ejecución ha sido determinado de común acuerdo, o fijado por una de las partes en virtud de un derecho que le está reservado y por medio de una advertencia regular, el deudor cae en mora por el solo vencimiento de ese día".

Según Von Thur(41)(320)el día de vencimiento es fijo cuando se señala en el contrato con arreglo al almanaque, o cuando el deudor puede, ateniéndose al contrato, determinarlo con toda seguridad. Ejemplifica con el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

caso en que se promete cumplir "al vigésimo día de firmar el contrato". Cita en apoyo de la norma la máxima dies interpellat pro homine, y la autoridad de Windscheid.

Al tratar la mora del acreedor analiza su negativa a la realización de actos preparatorios que corran a su cargo(42)(321).

c) Código italiano de 1942

La mora del deudor está tratada en el Libro IV, "De las obligaciones", Cap. III intitulado "Del incumplimiento de las obligaciones", que comienza con el art. 1218 dedicado a la responsabilidad del deudor por incumplimiento o retardo.

Dispone su art. 1219:

"Constitución en mora. - El deudor queda constituido en mora mediante intimación o requerimiento hecho por escrito. No es necesaria la constitución en mora:

"1) cuando la deuda deriva de hecho ilícito;

"2) cuando el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir la obligación;

"3) cuando ha vencido el término, si la obligación debe ser cumplida en el domicilio del acreedor. Si el término vence después de la muerte del deudor, los herederos no quedan constituidos en mora más que mediante intimación o requerimiento hecho por escrito, y transcurridos ocho días desde la intimación o desde el requerimiento"(43)(322).

La tercera de las excepciones al principio general adopta expresamente la distinción hecha en la doctrina francesa entre deuda "portable" y deuda "quéritable". Se entiende por deuda "portable" la que debe ser cumplida en el domicilio del acreedor, lugar al que debe trasladarse el deudor con el objeto de la prestación a fin de efectuar en él el cumplimiento(44)(323). Messineo la denomina deuda "domiciliada"(45)(324). Deuda "quéritable" es la que debe ser cumplida en el domicilio del deudor, y genera como primer deber a cargo del acreedor el de tomar la iniciativa y presentarse a fin de que pueda efectuársele el pago. Si no lo hace, falta a su deber de cooperación.

La precisión con que se han distinguido ambas situaciones y la evidente justicia de las soluciones distintas para cada supuesto ha eliminado cuestiones interpretativas. Cabe destacar que aun en el caso de deuda "portable", por aplicación del principio de falta de cooperación del acreedor, se ha decidido que el deudor no incurre en mora cuando el acreedor debía desplegar una actividad que excediese del simple recibimiento de la prestación(46)(325).

En cuanto a la solución legal para el caso de muerte del deudor antes del vencimiento del plazo, podrán encontrarse argumentos de equidad pero no advertimos ninguna razón jurídica que la justifique. En un sistema que admite la sucesión en la persona con su corolario de la continuación de la titularidad de los derechos del causante y la titularidad pasiva en cuanto a sus deudas, con la posibilidad de limitar la responsabilidad del heredero

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mediante la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, la obligación del causante se transmite mortis causa y debe gravitar sobre el heredero en las mismas condiciones y bajo idénticas modalidades con que gravitaba sobre el autor de la sucesión. El plazo suspensivo y el lugar de pago no se alteran, no obstante lo cual el ordenamiento introduce una modificación en cuanto al régimen de constitución en mora, exigiendo un requerimiento que, de seguir viviendo el deudor, no hubiese sido necesario, y adicionando un plazo legal de ocho días para que la intimación produzca los efectos de la mora.

d) Código portugués

Este nuevo cuerpo legal ha sido aprobado por decreto - ley del 25 de noviembre de 1966, y entró a regir el 1º de junio de 1967, salvo sus arts. 1841 a 1850 dedicados al reconocimiento oficioso de filiación, normas cuya vigencia temporal se postergó hasta el 1º de enero de 1968.

La mora del deudor está tratada en sus arts. 804 y 805. Este último establece como regla general la necesidad de interpelación, y como una de sus excepciones, el caso de la obligación sometida a plazo cierto.

Transcribimos su texto:

"Artigo 805. (Momento da constituição em mora).

"1. - O devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir.

"2. - Há, porém, mora do devedor, independentemente de interpelação:

"a) Se a obrigação tiver prazo certo;

"b) Se a obrigação provier de facto ilícito;

"c) Se o próprio devedor impedir a interpelação, considerando - se interpelado, neste caso, a data em que normalmente o teria sido.

"3. - Se o crédito for líquido, não há mora enquanto se não torna líquido, salvo se a falta de liquidez for imputável ao devedor"(47)(326).

No conocemos doctrina ni aplicación de estos preceptos, pero en el art. 813, al disciplinar la mora del acreedor, se menciona la omisión de los actos necesarios al cumplimiento, de donde se infiere la regulación del deber de cooperación.

VII. CASUÍSTICA EMPÍRICA

Aparte de este grupo de legislaciones que sientan un principio, el requerimiento, y dentro de las excepciones la obligación con plazo cierto, existe otro grupo de códigos que caen en una casuística empírica. Pueden incluirse en este grupo los de Brasil, Venezuela, Méjico y algunos situados del otro lado del mundo, como el de Hungría y el polaco de 1964, que reemplazó al famoso código de las obligaciones de 1935. No contienen principio general, sino supuestos distintos y las soluciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

respectivas(48)(327). En general, suelen distinguir las obligaciones sujetas a plazo suspensivo cierto, para las que consagran la mora automática, y las no sujetas a plazo que agrupan con otros casos especiales, para las que establecen la necesidad de requerimiento.

VIII. LA REFORMA DE 1968. TEXTO DEL ART. 509 SEGÚN LA LEY 17711

La ley 17711 sustituyó el art. 509 del Código Civil, eliminando el principio de la necesidad de requerimiento al que no reemplazó con otro principio.

El nuevo régimen es aplicable a las obligaciones nacidas desde su vigencia (1° de julio de 1968), porque se trata de una legislación supletoria que no afecta a los contratos en curso de ejecución (art. 3° del Cód. Civil, reformado por la ley 17711)(49)(328). De ese carácter supletorio, concordado con el amplio principio del art. 1197, se deriva la posibilidad de que las partes pacten un régimen de mora distinto del legal, aun en cuanto a obligaciones nacidas después del 1° de julio de 1968. Una convención de esa naturaleza no lesionaría principios de orden público.

Dispone el texto actual del art. 509:

"En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento.

"Si el plazo no estuviere 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 juez, 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 por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

"Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable".

Como se advierte de entrada, la previsión legal se limita a tres hipótesis, que respectivamente denomina: obligaciones a plazo, obligaciones con plazo no expresamente convenido, y obligaciones sin plazo.

a) Primera hipótesis

El precepto en examen habla de obligaciones a plazo, sin hacer otra mención ni distinción alguna. Si el artículo hubiese terminado allí, cualquier intérprete a la primera lectura pensaría que todas las obligaciones sometidas a la modalidad plazo quedarían colocadas en el ámbito de la mora automática. Sin embargo, el segundo párrafo también contempla obligaciones sujetas a plazo, aunque el alcance de la modalidad no resulta del acto creador de la obligación "expresamente convenido", sino en forma tácita de la naturaleza y circunstancias de la obligación. Y en el tercer párrafo, aunque se dice que no hay plazo, veremos más adelante que lo hay, porque de lo contrario la obligación sería exigible desde su nacimiento, y no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se comprendería por qué el juez debería introducir un elemento accidental no previsto.

Para integrar sistemáticamente estas hipótesis en el todo orgánico del ordenamiento jurídico, es necesario retornar a los principios del Código Civil y repasar las distintas clasificaciones de los plazos. Aunque tengamos que insistir con nociones elementales, debemos puntualizar que el plazo es el acontecimiento futuro y fatal al que se subordina la exigibilidad de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido. Es una modalidad de los actos jurídicos y, como tal, elemento accidental. Cuando está referida a un derecho creditorio, si difiere la exigibilidad hasta el acontecimiento futuro y fatal, se llama suspensivo; y si lo que difiere a ese acontecimiento es la resolución del derecho, se llama resolutorio.

Todo el nuevo art. 509 contempla supuestos de plazo suspensivo, diferimientos o postergaciones de la exigibilidad. Nada tienen que hacer en el tema los plazos resolutorios, porque la obligación sujeta a esa modalidad es exigible desde que se constituye, y al ocurrir el acontecimiento se extingue la fuente productora, sin efecto retroactivo ni incidencia sobre los efectos ya producidos.

Por su fuente los plazos pueden ser convencionales, legales o judiciales.

Por la certidumbre de su localización temporal, los plazos pueden ser ciertos o inciertos. Es plazo cierto el que se fija "para terminar en designado año, mes o día, o cuando fuese comenzado desde la fecha de la obligación, o desde otra fecha cierta" (art. 567 del Cód. Civil), e incierto "cuando fuese fijado con relación a un hecho futuro necesario, para terminar el día en que ese hecho necesario se realice" (art. 568 del Cód. Civil). "El 2 de marzo de 1971", "el próximo Día de la Bandera", "a los sesenta días de la fecha", "el nonagésimo día del año próximo", "a los seis días de comenzado el próximo verano", son expresiones que denotan plazos ciertos. Se sabe que el hecho futuro necesariamente ocurrirá (por eso hay plazo y no condición), y se sabe también cuándo ocurrirá (*certus an et certus quando* de la doctrina clásica). "La próxima lluvia", "el primer día de sol que haya en esta temporada", "cuando muera X", trasuntan plazos inciertos, porque están referidos - en nuestro medio - a acontecimientos futuros necesarios pero que no se sabe con certeza cuándo ocurrirán (*certus an et incertus quando*).

Nada tienen que ver las expresiones verbales a que se acuda para expresar el hecho. Lo determinante es que se trate de un hecho fatal, en el sentido que necesariamente habrá de ocurrir, aunque no se sepa cuándo. De ahí lo erróneo de ciertas posturas doctrinarias gramaticalistas que sostienen que el empleo de la locución "si" denota condición, y el de la locución "cuando" denota plazo. "Cuando instalen en mi domicilio el teléfono que tengo pedido", es en nuestra realidad condición y no plazo, porque el hecho en sí (instalación del teléfono) no es fatal sino contingente; "si X muere" es plazo, porque el hecho en sí (muerte de X), necesariamente acontecerá. "Cuando S contraiga matrimonio"; "cuando tal club gane el campeonato"; "cuando Z se reciba de ingeniero", constituyen condiciones y no plazos, porque los hechos a que se refieren no son necesarios, pueden o no suceder (arts. 528, 529 y 569 del Cód. Civil).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Aparte de la clasificación de los plazos en ciertos e inciertos, existe otra clasificación que los distingue en determinados e indeterminados. Se llama plazo determinado a aquel en el cual la fuente de la obligación prevé el acontecimiento que producirá la finalización del plazo o dies ad quem; e indeterminado a aquel en el cual, pese a concurrir la modalidad plazo, la fuente de la obligación no prevé el acontecimiento. Por esa razón, partiendo de la base que la intención común no es la exigibilidad inmediata, el juez debe integrar la modalidad que aparece trunca en la fuente, determinándola(50)(329).

Un plazo suspensivo determinado, porque se encuentra previsto en la fuente el acontecimiento al que se subordina la exigibilidad del crédito, puede a su vez ser cierto ("a los noventa días de la fecha") o incierto ("a la muerte de mi tío F").

¿Qué clases de plazos suspensivos determinados se encuentran sujetos a la mora de pleno derecho del primer párrafo del nuevo art. 509?

¿ El plazo suspensivo determinado cierto? ¿ O también el plazo suspensivo determinado incierto?

En tan corto lapso de vigencia de la reforma ya se ha dividido la doctrina nacional en cuanto a este primer problema. Racciatti(51)(330), Llambías(52)(331), Raffo Benegas y Sassot(53)(332)y Cazeaux(54)(333)consideran que sólo el plazo cierto entra en la primera hipótesis en examen. Sus argumentos pueden resumirse así:

a) Casi todos los precedentes de legislación comparada que prevén la mora automática para las obligaciones a plazo, la limitan a los supuestos de plazo cierto ;

b) Sólo así el deudor se encuentra en condiciones de conocer anticipadamente cuándo se hará exigible la obligación y tomar los recaudos para pagar oportunamente;

c) Sería injusto considerar moroso al deudor que puede ignorar la ocurrencia del acontecimiento del que depende la exigibilidad (muerte de la persona a que se refiere la fuente, hecho natural previsto como dies ad quem, etc.);

d) El principio de la buena fe, ahora consagrado expresamente en el nuevo texto del art. 1198, impondría, ante la simultaneidad del hecho con la exigibilidad, la concesión de una interpretación más benigna para evitar al deudor los efectos de la mora.

También fue ésta la recomendación que de lege ferenda pronunció el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en setiembre de 1969(55)(334)

Moisset de Espanés(56)(335)y Borda(57)(336)sostienen la opinión contraria. Como el texto no distingue sino la determinación o indeterminación, y no la certidumbre o incertidumbre del evento en cuanto al tiempo de su realización, no existiría base legal para hacer la distinción que pretenden los autores anteriores. No se advierte de dónde se extraería la necesidad de requerimiento para las obligaciones con plazo determinado incierto, ya que el supuesto no se encuentra comprendido en las hipótesis del segundo párrafo, y los precedentes de derecho comparado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reconocen bases normativas distintas. Moisset de Espanés cree, como política legislativa, que hubiese sido mejor reservar la mora de pleno derecho para las obligaciones con plazo cierto.

Por su parte, Alterini ha sostenido un tercer punto de vista. Exigir que el plazo sea "cierto" es introducir un adjetivo que no surge de la ley, pero admitir que se incluya a las obligaciones de plazo incierto sería destructivo porque se arruinaría el principio de la buena fe. Si bien ambos casos estarían comprendidos en el primer párrafo, en los de plazo incierto el acreedor debería integrar el supuesto de hecho de la norma mediante una advertencia dirigida al deudor haciéndole saber que se produjo el hecho(58)(337)

Consideramos que la mora de pleno derecho se produce en las obligaciones sujetas a plazo suspensivo determinado, sea éste cierto o incierto. La previsión normativa se limita, lacónicamente, a las obligaciones "a plazo", y sólo desprende del efecto previsto - mora automática - los casos que se ha dado en llamar de plazo tácito, para los cuales impone requerimiento, y los casos de plazo indeterminado, que denomina "obligaciones sin plazo", para los que prevé procedimientos de determinación judicial. Cuando se trata de plazo incierto, el hecho está previsto expresa y no tácitamente; no resulta de "la naturaleza y circunstancias de la obligación", sino en forma directa e inequívoca de la fuente. Producido el acontecimiento, el supuesto de hecho de la norma queda integrado y el efecto actúa de inmediato, coincidiendo temporalmente exigibilidad con mora. No procede el requerimiento ni, mucho menos, la intervención judicial que ningún rol debe cumplir dada la previsión de la fuente.

Los argumentos de derecho comparado son útiles como razones de política legislativa, pero insuficientes para deslindar el alcance de una norma cuando se los elabora sobre base normativa distinta. Observemos que casi todos los códigos antes analizados revelan una pureza conceptual al emplear fórmulas precisas: "tiempo según el calendario" (Código alemán, parágr. 284); "día determinado", que equivale a plazo determinado cierto (Código Federal suizo de las obligaciones, art. 102); "plazo cierto" (Código portugués, art. 805, N° 2, letra a), etc. No ocurre lo mismo con nuestro artículo, en el que parece evidente la intención de incluir ambas hipótesis.

Los restantes argumentos también son atendibles en el mismo ámbito, o sea de lege ferenda. Pero aunque reputamos inconveniente la solución en cuanto a las obligaciones sujetas a plazo suspensivo determinado incierto, no es por vía de interpretación sino mediante una reforma legislativa adecuada que podrían recibir una solución más valiosa.

El esfuerzo de Alterini es altamente encomiable, por el ideal ético que lo sustenta, pero estimamos choca contra la cerrada estructura normativa que no da cabida a la imposición al acreedor de la emisión de una declaración unilateral de voluntad recepticia como la que propugna.

Característica esencial de esta primera hipótesis analizada resulta la coincidencia temporal entre exigibilidad y mora, fundamento de la producción de los efectos de pleno derecho.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Segunda hipótesis

Cuando la fuente de la obligación no contiene "convenio expreso" sobre el plazo, pero éste resulta "tácitamente" de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el supuesto de hecho de la norma debe integrarse con el requerimiento del acreedor al deudor para que éste quede constituido en mora.

La primera interpretación que se dio asimiló este caso a los que el derogado art. 509, inc. 2º, trataba como de mora ex re(59)(338). Gravitó, indudablemente, la similitud de la expresión "naturaleza y circunstancias" empleada por ambos preceptos, sin advertirse un factor decisivo que impide toda asimilación. El texto derogado mencionaba "la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación", o sea, que estaba previsto el hecho que ocasionaría el fenecimiento del plazo; estaba sujeta, por tanto, a plazo suspensivo determinado. El nuevo texto, por el contrario, comprende supuestos en que el hecho no está previsto. Los casos del anterior art. 509, inc. 2º, quedan absorbidos por la primera hipótesis y en ellos la mora se sigue produciendo en forma automática(60)(339).

Para adentrarnos en el funcionamiento de esta hipótesis, debemos indagar la naturaleza de la relación que vincula a acreedor y deudor, para lo cual la averiguación de la voluntad presunta de las partes (casi todos los casos van a ser de origen contractual) resulta un elemento decisivo. La ley, con diversas previsiones, coadyuva a la comprensión de la figura, proporcionando el hecho productor de la exigibilidad.

Pensemos en una compraventa civil. Vendedor y comprador se han puesto de acuerdo en cuanto a la cosa objeto del contrato y en cuanto al precio constitutivo de la contraprestación, pero no han fijado el día en que la cosa debe ser entregada. Es razonable suponer que si están reunidos los elementos esenciales del contrato, el silencio en cuanto a un elemento accidental como es el tiempo de pago de la obligación del vendedor, debe inducir que la voluntad común no fue postergar la entrega sine die sino estar a lo que ordinariamente acontece en esos casos. El ordenamiento da la respuesta disponiendo que el vendedor debe entregar la cosa "el día en que el comprador lo exija" (art. 1409 in fine del Cód. Civil).

¿Existe aquí plazo suspensivo, siquiera tácito? Es muy cuestionable, pero lo indudable es que como no se determina el hecho productor de la exigibilidad, no habrá mora en tanto el acreedor de la entrega de la cosa no la reclame, ni será necesaria la fijación o determinación judicial por no ser esa la intención común de las partes. Si se entendiese que hay plazo, el mismo funcionaría exclusivamente a favor del comprador, acreedor de la entrega de la cosa, quien lo haría decaer con su sola manifestación de voluntad requiriendo el pago. La obligación es exigible desde su nacimiento, simplemente el acreedor toma la iniciativa cuando la obligación ya es exigible y a través del requerimiento deja constituido en mora al deudor; desde luego, cumpliendo simultáneamente u ofreciendo cumplir, con los recaudos legales, la obligación que le es correspondiente.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si se tratase de una compraventa mercantil (cosa mueble para ser revendida o locar su uso, arts. 450 a 452 del Cód. de Comercio), el vendedor debe tener la cosa a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato, y el comprador dispone de diez días para pagar el precio, pero no puede exigir la entrega si no lo paga (art. 464 del Cód. de Comercio).

La misma idea recibe aplicación en materia de donación. Donante y donatario han celebrado el contrato, y el donante no ha hecho entrega de la cosa donada. El donatario, acreedor de la entrega, independientemente de la acción real a que se refiere el art. 1834 del Código Civil que no es del caso analizar aquí, puede constituir en mora a su deudor mediante requerimiento, y el deudor comienza a deber los frutos (art. 1833 del Cód. Civil). Entendemos que tampoco hay plazo, pero si lo hubiera funcionaría a favor del acreedor. La obligación es exigible desde su constitución, y la mora sólo se produce mediante requerimiento.

En el depósito también encontramos ejemplos. Si se ha fijado plazos el mismo se entiende establecido a favor del depositante, acreedor de la entrega de la cosa para ser restituida a su dueño, quien puede exigir la restitución en cualquier tiempo (art. 2217 del Cód. Civil). Si el depósito se contrató por tiempo indeterminado, termina cuando cualquiera de las partes lo quisiere (art. 2226, inc. 1º, Cód. Civil).

Si se trata de un comodato, cesa "por haberse terminado el servicio para el cual la cosa fue prestada" (art. 2271 del Cód. Civil), y aunque hubiere plazo fijado, el comodante puede exigir la restitución antes de fenecido "por imprevista y urgente necesidad" (art. 2284). Si el comodato es precario, el comodante puede pedir la restitución "cuando quisiere" (art. 2285). Cuando se presta gratuitamente una cosa sin fijar plazo para la devolución, se entiende que la voluntad tácita ha sido que sea devuelta al transcurrir el tiempo razonable para la satisfacción de la necesidad del comodatario (el libro que me presta un colega para completar mi información sobre un tema, etc.).

El mandatario que percibe fondos por cuenta de su mandante, siempre que no los aplique a uso propio, debe intereses "desde que se hubiese constituido en mora de entregarlos" (art. 1913, última parte, Cód. Civil). Aquí tampoco hay plazo, porque el mandante puede exigir la entrega desde que el mandatario percibió el dinero del tercero, pero la mora sólo se produce con el requerimiento.

En el mutuo mercantil, si no se ha fijado plazo para la restitución al acreedor, la entrega debe verificarse "luego que la reclame el mutuante", pasados diez días de la celebración del contrato (art. 559 del Cód. de Comercio). Si el plazo legal ha transcurrido, o si el mutuario renunció al mismo (no es imperativo, sino supletorio)(61)(340) la obligación es exigible, pero no habrá mora hasta el requerimiento.

Los papeles de comercio "a la vista" son exigibles desde su emisión, pero la mora se produce con el protesto (arts. 40, 103, 48 y concordantes del decreto - ley 5965/63).

Jurisprudencialmente se ha interpretado que si se estableció que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escritura ha de otorgarse "cuando se despachen los certificados correspondientes", o se ha empleado una fórmula análoga para definir la oportunidad de la ejecución, se trata de un plazo tácito en el que no es necesaria la determinación judicial, y el acreedor debe requerir el cumplimiento para constituir en mora al deudor(62)(341). Observamos que el hecho está determinado (despacho de los certificados), por eso no es necesario que el juez determine lo que el contrato fuente ya prevé; la voluntad presunta de las partes se refiere al tiempo que insumirá la gestión, el que deriva de la naturaleza y circunstancias de la relación que los vincula. La conclusión a que se arriba con el análisis efectuado puede resultar sorprendente. La segunda hipótesis involucra los casos en que no existe plazo, y por eso la obligación es exigible desde su nacimiento, o los casos en que si el plazo existe, funciona potestativamente a favor del acreedor quien puede hacerlo decaer con su sola manifestación de voluntad. O bien cuando promedia la incidencia de un plazo legal y éste ha fenecido, pero por determinación de la misma ley la mora sólo se opera mediante requerimiento.

Por esta razón entendemos que la obligación bajo condición resolutoria, y la sometida a plazo resolutorio - que son equiparables a las obligaciones puras en cuanto a la posición del acreedor, desde que éste no ve postergada la exigibilidad -, también encuadran en el segundo parágrafo del nuevo art. 509.

Característica esencial de los casos que engloba esta segunda hipótesis la constituye la discriminación temporal entre la exigibilidad, que coexiste con el nacimiento de la obligación o adviene en un momento posterior como consecuencia del transcurso de un plazo legal, generalmente muy reducido; y la mora, a la que sólo se arriba mediante requerimiento del acreedor.

c) Tercera hipótesis

El precepto menciona aquí a las obligaciones "sin plazo", el que defiere a la fijación judicial mediante pedido de parte. Como el plazo no es elemento esencial ni natural de la obligación, sino accidental como toda modalidad(63)(342), cuya existencia no se presume y su prueba incumbe a quien las invoca, no se trata de obligaciones "sin plazo" sino de obligaciones con plazo indeterminado.

La fuente, por la índole de la obligación, denota que la voluntad común no fue dotarla de exigibilidad inmediata, pero al no prever el evento que produciría la exigibilidad, reclama la intervención judicial para complementar lo que las partes no han previsto en la convención. Por el contrario, si de la fuente resultare en forma inequívoca la voluntad de constituir una obligación pura (la auténtica obligación "sin plazo"), la exigibilidad sería inmediata y ninguna justificación encontraría la intervención judicial, pues no hay nada que complementar. No se trataría de integrar lo que las partes incorporaron como modalidad - elemento accidental - sin definir el hecho futuro y fatal, sino de adicionar un elemento contrariando la inicial voluntad común.

Un cliente habitual de una zapatería encarga telefónicamente un par de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

zapatos de los que suele adquirir, solicitando se lo envíen a su domicilio. El dependiente de la zapatería entrega el par de zapatos, por orden de su principal, y por cualquier circunstancia no se abona el precio en ese momento. ¿Deberá el vendedor recurrir a la justicia para que fije el plazo en que deberá pagarse el precio?

La fuente revela inexistencia de toda modalidad. Entregada la cosa sin exigir simultáneamente el precio, el vendedor no ve postergada la exigibilidad de su crédito. El comprador queda en mora ante el requerimiento (segunda hipótesis, antes analizada).

Debemos destacar que la deficiencia técnica de la reforma, en este aspecto, se basa en otra deficiencia contenida en el Código Civil al generalizar (arts. 751 y 618) un precedente, mal interpretado, que el Código francés contiene para el mutuo.

El art. 1900 del Código Civil francés, ubicado en el capítulo "De las obligaciones del prestamista", dispone:

"S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder a l'emprunteur un délai suivant les circonstances".

El artículo siguiente, referido a la obligación contraída por el mutuario con la cláusula de pagar "cuando pudiera", proporciona otra solución:

"S'il a été seulement convenu que l'emprunteur payerait quand'il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de payement suivant les circonstances".

Vale decir que en tanto el art. 1900 contiene un plazo de gracia(64)(343), que el juez puede o no conceder según las circunstancias, el art. 1901 impone al juez la determinación del plazo. Vélez Sársfield repudió categóricamente los plazos de gracia (nota al art. 755, concordante con el articulado), pero al redactar las disposiciones sobre el tiempo de pago en las obligaciones de dar sumas de dinero (art. 618, cuya nota cita al art. 1900 del Código francés) si el plazo no estuviere determinado, lo defirió a la fijación judicial. Generalizó la solución en el art. 751.

Nuestra doctrina ha entendido inconveniente esta solución(65)(344), pero la misma no excluye la configuración de las obligaciones puras. Quedan al margen de la fijación judicial los casos de plazo tácito, para los cuales no es necesario un pronunciamiento constitutivo sino meramente interpretativo, y los casos de obligaciones a opción del acreedor(66)(345) a los que se refiere la nota al art. 3957.

En el mutuo, la solución legal está justificada. Si alguien presta una suma de dinero o cosas consumibles, lo hace en virtud de una necesidad del mutuario cuya satisfacción puede o no ser inmediata, pero con la voluntad presunta de que la devolución no se producirá inmediatamente sino en un momento posterior. La ausencia de mención del tiempo de la restitución no induce inexistencia de plazo, ya que la exigibilidad inmediata desvirtuaría el móvil del acuerdo. Dada la índole del acto celebrado, el plazo existe, pero su indeterminación exige - de no mediar nuevo acuerdo - la intervención judicial. No ocurre lo mismo en las obligaciones puras.

Así circunscripto el ámbito de la tercera hipótesis, creemos que la disposición será aplicable cuando no se hubiere fijado plazo para el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cumplimiento de los cargos (art. 561), supuesto en el cual la voluntad común no es otorgar una exigibilidad inmediata sino el plazo razonable que según las circunstancias pueda insumir la ejecución de la prestación constitutiva del cargo. También cuando no se hubiere fijado plazo para la entrega de la obra (art. 1635), en el que concurre igual fundamento. Asimismo, para la interpretación que ve en las obligaciones "a mejor fortuna" un caso de plazo indeterminado (arts. 752 y 620), no así para la interpretación que la configura como plazo incierto(67)(346).

La norma prevé el proceso sumario para la determinación del plazo y reserva al acreedor la posibilidad de acumular las acciones por fijación de plazo y cumplimiento, en cuyo caso esta última acción será considerada como principal a los efectos del tipo de proceso. Se ha criticado su ubicación por encontrarse más adecuado que estuviese entre las que disciplinan el tiempo del pago y no la mora(68)(347); también se ha objetado su constitucionalidad porque podría avanzar sobre facultades reservadas a las provincias(69)(348).

No nos interesa aquí considerar esas cuestiones, sino la esencia de la hipótesis en cuanto al régimen de la mora del deudor. La indeterminación del plazo concluye con la sentencia, convirtiéndose la modalidad en plazo determinado. Vencido el mismo, el deudor queda constituido en mora; el supuesto de hecho de la norma coincide con la primera hipótesis.

IX. OBJECCIONES AL NUEVO TEXTO

Las críticas que nos sugiere el nuevo texto son las siguientes:

a) Crítica lógica.

La clasificación de los plazos tiene un vicio lógico, porque carece de principio de división. Por una parte se menciona al plazo tácito, cuyo opuesto contradictorio es el plazo expreso; pero expreso y tácito indican un criterio clasificatorio fundado en la expresión de voluntad. Por otra parte se infiere la existencia de plazos determinados e indeterminados; en este aspecto el criterio clasificatorio es completamente distinto, ya que finca en la previsión del hecho que causará el fenecimiento, de manera que al hecho indicado en la fuente corresponderá el plazo determinado y a la falta de indicación del hecho corresponderá el plazo indeterminado.

Se infringe, así, el principio lógico de tercero excluido (si un plazo no es determinado es necesariamente indeterminado, no cabiendo una tercera posibilidad; si un plazo no es expreso es necesariamente tácito, no cabiendo una tercera posibilidad); y se mezclan dos clasificaciones que reposan sobre criterios distintos, cada una de las cuales reconoce, a su vez, los posibilidades. Pero como son tres las hipótesis contempladas en la norma, la ausencia de principio de división es evidente.

b) Crítica terminológica

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Desde el punto de vista terminológico, la impureza de expresión queda patentizada con un simple análisis. Donde se dice obligación "a plazo", se refiere al plazo suspensivo determinado, sea cierto o incierto. Donde se dice "si el plazo no estuviere expresamente convenido pero resultare tácitamente", se refiere a las obligaciones que no tienen plazo o a los supuestos de plazo establecido potestativamente a favor del acreedor. Y donde se dice "si no hubiere plazo", se refiere a las obligaciones con plazo suspensivo indeterminado.

Más allá de las palabras de la ley hay que indagar la verdadera esencia de las figuras contempladas, la que no condice con las expresiones a que se recurrió, creando confusiones en el intérprete.

c) Crítica de fondo: inexistencia de principio general

Los reproches anteriores, con ser importantes, no son sin embargo los más graves. La crítica de fondo, a nuestro modo de ver, consiste en haber arrasado el principio general para reemplazarlo con una casuística empírica que no deja ningún residuo. Por tanto, todos los casos que no caigan dentro de una de las hipótesis previstas no van a tener solución. Para buscarla, tendremos que forzar la interpretación a fin de salvaguardar la plenitud hermética del ordenamiento.

Quizá se haya pensado que no era necesario un principio general, porque todos los casos posibles a darse en la experiencia caerían necesariamente dentro de una de las tres hipótesis previstas. Si así fuere, nada tendríamos que objetar, ya que la preservación de un principio entendemos es útil siempre que sirva para resolver cuestiones no previstas.

Moisset de Espanés, en su recordado trabajo y en la intervención que le cupo en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, afirmó que si bien la mayoría de los códigos contemporáneos contienen un principio y excepciones, cuando se estudian las excepciones se llega a la conclusión que son más los casos excepcionales que los que caen dentro del principio. Por eso estima que no es buena técnica legislar de esa manera cuando las excepciones son tan importantes y numerosas que en la práctica la regla llega a invertirse(70)(349). A ese criterio adhiere Borda(71)(350).

No pensamos lo mismo. Creemos que para la integración lógica de un sistema la vigencia de un principio es indispensable, y no interesa el número de excepciones que consienta ese principio, ni mucho menos la cantidad de supuestos de la praxis que caerán en cada una de esas excepciones. Como bien ha dicho Alterini, las reglas "no son cuantitativas sino cualitativas: la regla no surge de la multiplicidad de casos, de su apilamiento, sino que se trata de una pauta que traza el legislador según su decisión, y que es tal aunque - en definitiva - cubra supuestos limitados en número, aunque sólo aparezca un rastro suyo a través de un montón de casos que importan excepciones y que dificultan su percepción por el observador"(72)(351).

Basta que haya un supuesto no contemplado en una de las excepciones, interpretadas éstas según la conocida regla hermenéutica, para que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

principio recobre su operatividad y brinde la solución congruente al concreto problema objeto de análisis. Hoy ya no se duda que el casuismo empirista del legislador no puede llegar a constituir un "sistema", por las naturales limitaciones de toda previsibilidad humana.

Nos referiremos, por eso, a algunos casos que entendemos no encuadran en ninguna de las tres hipótesis contempladas en el nuevo texto del art. 509.

X. SUPUESTOS QUE NO ENCUADRAN EN LAS HIPÓTESIS PREVISTAS

a) Falta de cooperación del acreedor

Hemos hablado reiteradamente del deber de cooperación del acreedor, tema en el que la doctrina contemporánea está firmemente orientada. No constituye técnicamente una obligación, y se da en todos los casos en que la realización de la conducta debida por el deudor presupone una colaboración, anterior o simultánea al pago, por parte del acreedor(73)(352). Se verifica tanto en la obligación única a cargo del deudor, como en las obligaciones recíprocas o correspectivas.

Antes de la reforma, la doctrina y la jurisprudencia nacionales habían coincidido en que no obstante pactarse la mora automática en forma convencional, el deudor no incurría en mora si el acreedor no prestaba la colaboración debida para que pudiese cumplir, ya que el pacto de mora convencional se refiere al modo de constitución y no a los requisitos intrínsecos(74)(353).

Hay casos relevantes desde el punto de vista de los principios, como los que se sintetizan:

"El deudor no cae en mora cuando el acreedor deja de prestar la colaboración requerida para el pago, de modo que si se ha pactado que el segundo de ellos debe designar el lugar donde debe efectuarse dicho pago, la mora no se produce en defecto de tal designación. Igualmente, si el pago debe hacerse en el domicilio del deudor la mora de éste tampoco se produce, aunque estuviera expresamente pactada, si el acreedor no justifica que concurrió a ese lugar para recibir el pago"(75)(354).

"Cuando se señala un plazo para escribir de treinta días, con mora de pleno derecho para el comprador, el vendedor no puede invocar el solo transcurso de ese lapso para disolver la obligación si él mismo, que estaba también obligado a otorgar la escritura, no urgió al escribano a ese efecto ni se allanó al cumplimiento de su propia obligación"(76)(355).

"El acreedor debe prestar su colaboración de buena fe para hacer posible el fiel cumplimiento de las obligaciones del deudor, pues si deja de prestar la colaboración requerida para el pago, y más aún habiéndolo impedido con su conducta evasiva que adquiere los caracteres de una negativa a la aceptación, debe estimarse que no es la ejecutada quien incurrió en mora, sino el acreedor"(77)(356).

"El deudor no incurre en mora cuando el acreedor no concurre a su domicilio a recibir el pago, si ese era el lugar en que legalmente correspondía efectuarlo, aunque se hubiera estipulado la mora ex

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

re"(78)(357).

"La mora no se produce cuando el acreedor opone dificultades para recibir el pago; su falta de colaboración impide que la mora se produzca(79)(358).

"La mora accipiendi que se produce cuando el acreedor, por un hecho o una omisión culpable, hace imposible e impide el cumplimiento de la obligación, resta efectos jurídicos al retardo del deudor y excusa su conducta"(80)(359)

En estos precedentes, y otros concordantes, al margen de ciertas imprecisiones y de otras consecuencias de derecho implicadas que no hacen específicamente al tema, obtuvo recepción la teoría del deber de cooperación del acreedor, cuya falta obra a modo de elemento obstativo para la configuración de la mora del deudor.

En uno de estos casos se trataba de ejecución de un crédito garantizado con hipoteca; el acreedor se negó a recibir los intereses y la deudora hizo el depósito en la ejecución antes de la intimación de pago. En las sentencias de ambas instancias se invoca el art. 510 del Código Civil, equivocadamente porque no se trataba de obligaciones recíprocas, y se reputa constituido en mora al acreedor mediante una intimación telegráfica que no constituye oferta real. Dejando de lado estos aspectos, lo relevante es la aceptación de la falta de cooperación como impeditiva de la mora del deudor(81)(360).

A través de estos casos, citados como ejemplo de una tendencia jurisprudencial consolidada, advertimos que se admite sin mencionarla la distinción francesa entre deuda "portable" y deuda "quérable", y que el examen se centra fundamentalmente en cuanto al lugar de pago, sin desdeñar los actos preparatorios a cargo del acreedor.

Los primeros comentaristas de la reforma hicieron la salvedad de que en caso de falta de cooperación del acreedor, aunque haya vencido el plazo suspensivo determinado, el deudor no cae en mora(82)(361)Borda ha contestado este argumento sosteniendo que la ley es clarísima cuando dice que en las obligaciones a plazo la mora se produce por su solo vencimiento, y que como no hace distinciones en cuanto al lugar de pago, la mora del deudor se produce en todo supuesto, sea pagadera en el domicilio del acreedor o en otro lugar. Si el acreedor se negare a recibir el pago. el deudor debería consignar judicialmente para eximirse de las consecuencias de la mora(83)(362).

Aquí también nos permitimos disentir. No nos extraña que el autor citado llegue a esa conclusión por la idea que tiene de otro instituto muy próximo - la mora del acreedor -, acerca de la cual ha dicho reiteradamente que nuestro Código Civil no la legisla(84)(363). Contrariamente, sostenemos que la mora del acreedor no está orgánicamente legislada en el Código Civil, pero recibe expresa recepción en diversos supuestos (art. 1430 compraventa de muebles; art. 1431, compraventa de inmueble; art. 1630, locación de obra; art. 2015, fianza), y que los principios generales permiten una adecuada sistematización(85)(364). Pero nos apresuramos a aclarar que no es necesario que el acreedor quede constituido en mora para que su falta de cooperación funcione como causal obstativa de la mora del deudor.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La falta de cooperación es uno de los elementos de la mora del acreedor, y por no concurrencia de otros bien puede darse la situación de ausencia de mora en ambos sujetos.

Si cuando mediaba pacto expreso de mora automática no se producía la mora del deudor al fallar el deber de cooperación del acreedor (una de las manifestaciones de esta falta de cooperación es la no concurrencia a recibir el pago cuando éste debe realizarse en el domicilio del deudor). igual solución cabe arbitrar cuando el modo de constitución en mora (de pleno derecho por el vencimiento del plazo suspensivo determinado) está previsto en la ley. Porque, lo reiteramos, la cooperación es requisito intrínseco y no formal. De lo contrario se arribaría a otra conclusión, que en la terminología de Ihering podríamos calificar como un fin no querido de la ley, y que sería: el nuevo régimen de la mora del deudor habría modificado totalmente el régimen sobre lugar de pago, convirtiendo a todas las obligaciones en pagaderas en el domicilio del acreedor. Y lo habría hecho en forma imperativa, imponiéndose inclusive al acuerdo de partes en contrario.

Basta considerar, para ello, que el deudor tiene a su favor todo el último día del plazo, y tampoco puede imponer al acreedor la recepción de la prestación antes de su vencimiento. El deudor domiciliado en Salta, que debe entregar en su domicilio una partida de hierro, y espera hasta las veinticuatro del día final que el acreedor domiciliado en la Capital Federal se presente a recogerla o envíe un representante a tal efecto, debería trasladarse instantáneamente a la Capital para ofrecer el pago y evitar caer en mora. ¿Y si se le exige que consigne, dónde deberá hacerlo? ¿ En Salta, lugar de pago según la convención o supletoriamente fijado por el ordenamiento ? ¿O en la Capital Federal, lugar que habría quedado indirectamente establecido según la interpretación que impugnamos?

No cabe cambiar el lugar de pago, sino por acuerdo de partes. Si el acreedor no presta la cooperación debida, esta sola circunstancia es impeditiva de la mora del deudor, a quien no cuadra imponerle una actividad que la obligación no le impone, ya que su deber es estar en condiciones de efectuar el pago en el lugar y tiempo que corresponda, esperando que el acreedor se presente a recibir la prestación.

Hay, pues, tres situaciones distintas que pueden aparecer consecutivamente encadenadas en el tiempo. Sirviéndonos de nuestro ejemplo, el deudor espera en su domicilio de Salta y el acreedor no se presenta a recibir el pago. Ninguno de los sujetos está en mora, porque creemos que la oferta de pago sigue siendo requisito para que se configure la mora del acreedor. El deudor hace la oferta, que en este caso no necesita ser real porque la cooperación debida por el acreedor es activa (trasladarse al lugar de pago), con lo que deja constituido en mora al acreedor y obtiene a su favor los efectos de esta nueva situación jurídica creada (traslación de los riesgos por caso fortuito, nacimiento de la obligación de satisfacer los daños moratorios, a cargo del acreedor de la obligación de entregar la partida de hierro, etc.). Si quiere liberarse, consigna.

Tampoco cabe imponer al deudor la carga de la consignación porque, como observó oportunamente Llambías(86)(365), tal conclusión importa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

confundir dos figuras con virtualidades jurídicas distintas: la mora del acreedor, situación transitoria como toda mora, y la liberación coactiva, situación definitiva que constituye el reverso de la ejecución coactiva y a la que se arriba mediante el procedimiento llamado pago por consignación, con la que el deudor obtiene su liberación.

El socio de un club cuyos estatutos disponen que el pago de las cuotas sociales se hará en el domicilio de los asociados, mediante los cobradores que la institución disponga a tal efecto, en los diez primeros días de cada mes; espera en su domicilio y el cobrador no concurre. ¿Vencido el día 10, deberá consignar? ¿O trasladarse a la sede del club y abonar la cuota? ¿Y si lo hace varios días después, el club le podrá cobrar intereses moratorios? El relojero obligado a reparar un reloj antes de un día determinado, espera que el acreedor del hecho lleve el reloj a la relojería y el cliente no lo hace. ¿Vencido el día convenido, estará en mora?

El último párrafo del art. 509 reformado, al prever expresamente la imputabilidad en el retardo, demuestra acabadamente que la falta de cooperación del acreedor - que no es imputable al deudor cuando el deber importa una cooperación activa -, impide la configuración de la mora del deudor.

Lo que se ha expuesto en cuanto a la obligación pagadera en el domicilio del deudor, es igualmente aplicable a los muchos otros supuestos en que la relación obligacional comporta una necesidad de cooperación por parte del acreedor. Ejemplificamos: obligación alternativa con elección a cargo del acreedor; obligación genérica con elección a cargo del acreedor; obligación de cantidad en la cual se deben pesar, contar o medir las cosas objeto de la prestación; obligación de hacer que requiere un acto del acreedor, previo o simultáneo al pago (obra a realizarse en el lugar en que el acreedor ejerce señorío, y no permite el acceso; retrato en vivo, y el acreedor no concurre a posar, etc.), son supuestos que evidencian ausencia de imputabilidad del deudor en el retardo. Al faltar este elemento, no habrá mora del deudor aunque haya vencido el plazo suspensivo determinado.

¿En qué momento, entonces, se producirá la mora del deudor? El plazo ha transcurrido y se ha esterilizado sin culpa del deudor, desapareciendo su virtualidad constitutiva de mora por un factor impeditivo. Extinguida la modalidad, la obligación queda como pura. Si tuviéramos un principio general como el derogado, una vez que el acreedor cesase en su actitud y prestase la cooperación debida, requiriendo a su vez el cumplimiento, la mora del deudor quedaría configurada.

Borda se pregunta de dónde se extraería la necesidad de requerimiento en estos supuestos(87)(366). Reconocemos que la imperfección de la casuística legal hace difícil la respuesta, pero como es necesario proporcionar solución y el caso no está previsto, habría que considerar que la obligación ha devenido pura por extinción de la modalidad, no imputable al deudor, y encuadrarla según nuestra interpretación en la segunda hipótesis, lo que justificaría la necesidad de requerimiento.

b) Condena establecida por sentencia que no tiene plazo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Este supuesto ha sido enunciado por algunos autores(88)(367), y contestado por Borda, quien sostiene: "la condena judicial que no tiene plazo fijado y que debe cumplirse tan pronto esté ejecutoriada, nada tiene que ver con el problema de la mora. La sentencia es declarativa de una mora ya producida muy probablemente antes de iniciarse el juicio. De ahí la condena. La única excepción es que la demanda sea por fijación de plazo y en ese supuesto el art. 509 prevé expresamente que la mora comienza a partir del momento fijado en la sentencia"(89)(368).

Distingamos. Es exacto que por regla general la sentencia de condena en materia de obligaciones no es más que declarativa y no produce novación de la obligación en que se funda la acción. Pero pensemos otros casos, como el de una multa procesal (en las cuales es tan pródiga la nueva legislación de la materia), que no indica plazo de cumplimiento. Si el juez al imponerla tiene la precaución de fijar el plazo, no habrá inconveniente; vencido el plazo se operará la mora de pleno derecho. Pero si la sentencia omite la mención del plazo, estaremos ante una obligación cuya fuente no contiene plazo, pero que será exigible al quedar ejecutoriada la decisión judicial que la creó. Caemos en la obligación pura, y nuevamente será necesario el requerimiento porque se encuentran discriminados exigibilidad y mora. No hay plazo "expresamente convenido" ni determinado por la fuente, lo que impide encuadrar el caso en la primera hipótesis, y los plazos legales lo son para la interposición de recursos y no para el cumplimiento.

Otro tanto sucede con los autos regulatorios de honorarios. Hasta ahora la jurisprudencia distinguió el tipo de proceso aplicable: ejecución de sentencia si estaban regulados en calidad de costas y se seguía la ejecución contra la parte vencida; juicio ejecutivo cuando no eran regulados en calidad de costas(90)(369). En ambos casos, los intereses sólo se imponían desde la intimación de pago, por ser el acto procesal que importa requerimiento. Actualmente no hay solución expresa; por las razones antes expuestas creemos que debe mantenerse el criterio jurisprudencial, encuadrando el supuesto en la segunda hipótesis.

c) Obligación nacida de un pago indebido

El pago indebido funciona como fuente de la obligación de restituir, lo que fundamenta la acción de repetición. Hasta ahora se distinguió según que el accipiens - deudor de la restitución - fuera de buena o de mala fe. Si es de mala fe, hay mora legal porque recibe el tratamiento del poseedor de mala fe (art. 788 del Cód. Civil). Si es de buena fe, el caso no está contemplado. Antes de la reforma caía dentro de la regla general, los intereses se imponían desde la notificación de la demanda si la acción de repetición prosperaba. Ahora habría que aplicar la segunda hipótesis ante la ausencia de plazo suspensivo.

d) Obligación de contribución en la medianería

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A los fines de la mora - no interesa aquí el aspecto de carga real -, la obligación del lindero de contribuir a los gastos de medianería es tratada como obligación de fuente legal, exigible desde que se dan los presupuestos que la ley aprehende como supuesto de hecho para el funcionamiento de la norma.

Hasta ahora, la mora se consideró configurada con la notificación de la demanda, o bien con requerimiento extrajudicial apto(91)(370), porque caía en la regla general del derogado art. 509.

Para mantener igual solución debemos considerar que es una obligación sin plazo, que según nuestra interpretación queda comprendida en la segunda hipótesis.

e) obligación bajo condición suspensiva(92)(371)

La modalidad incide en la adquisición del derecho, la que queda subordinada al advenimiento del hecho objetivamente incierto (la incertidumbre objetiva involucra futuridad) previsto como condicionante.

Si la condición suspensiva se encuentra, a su vez, complementada con un plazo suspensivo determinado, a computarse desde el acaecimiento del hecho condicionante ("me obligo a cumplir tal prestación si adviene tal hecho, diez días después de sucedido"), el hecho condicionante hará adquirir el derecho, y el vencimiento del plazo lo hará exigible. La mora se producirá automáticamente, por aplicación de la primera hipótesis.

A su vez, si la condición suspensiva se encuentra complementada con un plazo establecido a favor del acreedor ("me obligo a cumplir tal prestación si ocurre tal hecho, cuando el acreedor me lo exija después de ese hecho"), será necesario el requerimiento. Se aplica la segunda hipótesis.

Finalmente, si la condición suspensiva aparece complementada con un plazo indeterminado, será necesaria la intervención judicial a los fines de su determinación, en defecto de nuevo acuerdo de partes al respecto. Se rige por la tercera hipótesis.

Pero si no hay otra modalidad subsiguiente a la condición suspensiva, el acaecimiento del hecho condicionante convertirá a la obligación en pura. Si bien se arribará conjuntamente a la adquisición del derecho y a su exigibilidad, ya que no interfiere modalidad que la postergue, no está previsto cuándo el deudor quedará constituido en mora. Creemos que al no promediar plazo, debe regirse por la segunda hipótesis y exigir el requerimiento.

No obstante, destacamos que como no hay sistema constituido por una regla y excepciones, y por consiguiente no está vedado el procedimiento hermenéutico de analogía, podría sostenerse con relativo fundamento la aplicación analógica de la primera hipótesis, equiparando el hecho objetivamente incierto constitutivo de la condición a la solución brindada para el plazo suspensivo, ya que el hecho se encuentra determinado, es decir, previsto en la fuente.

f) Obligación de recompensar a quien devuelve una cosa perdida

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Código Civil, en el capítulo dedicado a la apropiación como medio de adquisición de las cosas muebles sin dueño (Libro III, Título V, Cap.I), reglamenta los derechos y deberes de quien encuentra una cosa perdida (arts. 2531 a 2539).

Interesa a nuestro tema el hallazgo y entrega de la cosa, al propietario o en su defecto a la autoridad judicial o policial, como fuente de un crédito: la recompensa al hallador, del que es deudor el propietario de la cosa perdida y que le ha sido reintegrada.

Dejamos de lado, deliberadamente, el supuesto en que existe promesa de recompensa por parte del dueño de la cosa perdida, a fin de no examinar aquí si se trata o no de un caso de obligación nacida de una declaración unilateral de voluntad. Nos circunscribimos a la obligación de fuente legal, que nace cuando se verifican los hechos previstos en el ordenamiento.

Hallada la cosa perdida y devuelta al dueño, o entregada a la autoridad judicial o policial en su caso, queda integrado el supuesto de hecho de la norma (tatbestand de la doctrina germana, fattispecie de la italiana). Nace la obligación, cuya prestación la ley califica como "recompensa" (art 2533 del Cód. Civil). ¿Cuándo se encuentra en mora el deudor de esta obligación?

El nuevo art. 609 no contiene respuesta. Las distintas hipótesis de esa norma se refieren a plazos suspensivos que, por su origen, son convencionales. Aquí no hay convención. Tampoco existe plazo legal, ni norma que lo defiera a la fijación judicial. Creemos que se trata de una obligación pura, la exigibilidad coexiste con el nacimiento y el acreedor desde ese momento puede exigir el pago. Como obligación pura, de fuente legal, debería ubicarse analógicamente en la segunda hipótesis, y exigirse el requerimiento para constituir en mora al deudor.

g) Obligaciones recíprocas simultáneas

Cuando la fuente es un contrato bilateral, da nacimiento a obligaciones recíprocas, que la doctrina actual llama correspectivas⁽⁹³⁾(372). La relación jurídica constituida entre las partes es, en este caso, más compleja, porque consta - por lo menos - de dos obligaciones cruzadas que reconocen identidad de causa fuente como elemento común, aunque los sujetos jueguen roles opuestos en cada una de estas obligaciones (el acreedor de una es deudor de la otra) y sus respectivas prestaciones sean de distinta naturaleza.

Los elementos accidentales de estas obligaciones correspectivas, como el lugar y el tiempo de pago, pueden ser distintos. En este caso, una vez constituida la relación contractual, las obligaciones contrapuestas adquieren una relativa independencia de funcionamiento (precio pagadero al contado, en el lugar de celebración del contrato; entrega de la cosa diferida, en el lugar de situación, etc.).

Decimos que la autonomía funcional es relativa porque siempre están unidas por idéntica causa fuente y correlativas causas finales, lo que explica, por ejemplo, que perdida la cosa por caso fortuito se extinga

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

correlativamente la obligación de pagar el precio (art. 895 del Cód. Civil, que establece la extinción "no sólo para el deudor, sino también para el acreedor", variando la solución del derecho romano y de las Partidas, según se expresa en la nota). En realidad, se extinguen dos obligaciones, cada una por un medio distinto: la de entregar la cosa por imposibilidad de pago, y la de entregar el precio por quedar despojada de causa fin.

En razón de esa autonomía relativa de funcionamiento, si los plazos suspensivos son distintos, cada uno de los deudores recíprocos puede caer en mora independientemente del otro. Ejemplificamos con la compraventa por ser el más característico de los contratos bilaterales. Si el precio es pagadero a los treinta días y la cosa debe entregarse a los noventa, vencido el primer plazo el comprador queda constituido en mora de pleno derecho, si no media causal obstativa. La suerte ulterior del contrato estará regida por los efectos de esa mora y la actitud consiguiente que adopte el vendedor (exigir el cumplimiento, hacer jugar el pacto comisorio expreso si lo hay, o el implícito consagrado por el nuevo art. 1204, cumplimentando en este caso los recaudos de esta norma, etc.).

En cambio, si las obligaciones recíprocas deben cumplirse en igual plazo (el precio debe pagarse a los noventa días, simultáneamente con la entrega de la cosa), el retardo de cada uno de los deudores impide la configuración de la mora del otro (art. 510 del Cód. Civil, dispositivo protector del sinalagma funcional, al igual que su correlativo art. 1201).

Si ambas partes contractuales incurrían en retardo, la simultaneidad del tiempo de cumplimiento inutiliza el plazo transcurrido, carente de virtualidad moratoria. Las dos obligaciones correspectivas, al extinguirse sus modalidades, quedan convertidas en puras; son exigibles, pero quien desee definir la situación requiriendo el cumplimiento de la otra parte debe cumplir a su vez u ofrecer cumplir su obligación, para evitar el juego de la exceptio non adimpleti contractus.

Nuevamente es aplicable la segunda hipótesis, al igual que en los casos antes considerados.

En conclusión: la abolición de un sistema, integrado por un principio general y excepciones, para reemplazarlo por un casuismo empírico, ha sido desafortunada. Máxime si, como parece evidente, el único móvil de la reforma ha sido acordar eficacia moratoria al vencimiento del plazo suspensivo determinado. No era necesario destruir el sistema, porque idéntica finalidad se hubiese conseguido incorporando una nueva hipótesis de excepción. Desde el punto de vista valorativo, creemos que esta excepción debería circunscribirse a los casos de plazo suspensivo determinado cierto, en obligaciones no correspectivas y que no requiriesen cooperación activa del acreedor, anterior o simultánea al pago.

<p>XI. INCONGRUENCIAS DE OTRAS REFORMAS CON LA REFORMA EN MATERIA DE MORA</p>
--

La reforma exhibe defectos técnicos en otras normas, introducidas o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

modificadas, que no guardan congruencia con la materia de la mora del deudor.

a) Pacto comisorio implícito

El nuevo texto del art. 1204, en ausencia de pacto comisorio expreso, confiere a ambas partes de un contrato bilateral la facultad de resolverlo si la contraria no cumpliera su "compromiso". A tal fin, introduce una carga de previo requerimiento, fijando un plazo legal mínimo de quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran un plazo menor, para que el deudor cumpla su obligación, con los daños y perjuicios derivados de la "demora".

La norma contempla la situación en que el sujeto al que denomina "incumplidor" ya se encuentra en mora, de lo contrario no tendría sentido el reclamo de daños. No se trata de un requerimiento constitutivo de mora, situación a la que presupone se ha arribado previamente sino de un requerimiento de pago que adiciona un nuevo efecto a los normales de la mora configurada anteriormente.

Si no se hubiera producido la mora con anterioridad, como ocurriría si hubiese interferido una causal obstativa (falta de cooperación del acreedor, retardo de ambas partes en cuanto a obligaciones correspectivas que debían cumplirse simultáneamente, etc.), el requerimiento sería constitutivo de mora. En este caso, no se advierte qué daños y perjuicios por "demora" - concepto material, equivalente a retardo, y no concepto jurídico - podrían exigirse, si la prestación debida y cuyo cumplimiento se requiere fuese ejecutada dentro del plazo legal o el fijado por los usos o un pacto expreso. No se aclara si el deudor queda constituido en mora con el requerimiento o al vencer el plazo.

Conviene deslindar perfectamente ambas situaciones: requerimiento de pago de una obligación en la que el deudor se encuentra previamente en mora, y requerimiento constitutivo de mora, para fijar correctamente el punto de arranque de los efectos respectivos.

b) Suspensión de la prescripción

El art. 3986 del Código Civil preveía la interrupción de la prescripción por demanda contra el poseedor. La ley 17711 le agregó las palabras "o deudor", dejando expresamente establecido que esta causal interruptiva opera tanto en la prescripción liberatoria como en la adquisitiva.

También agregó un nuevo párrafo, del siguiente tenor:

"La prescripción liberatoria también 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 pudiere corresponder a la prescripción de la acción".

Sabido es que la interrupción de una prescripción en curso tiene por efecto inutilizar el tiempo hasta entonces transcurrido (art. 3998 del Cód. Civil). No era comprensible esta "interrupción" por una sola vez, y con efectos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

limitados a un año o al plazo menor que correspondiese a la prescripción de la acción.

La ley 17940, de reforma a la reforma, reemplazó "interrumpe" por "suspende" e "interrupción" por "suspensión", con lo cual esta nueva causal de suspensión ha quedado legislada en el capítulo de la interrupción, lo que hace poco creíble el error tipográfico que se invocó como fundamento.

Esta norma muestra una notoria discordancia con el régimen general de la mora del deudor. Baste recordar que para que la prescripción comience su curso, como regla el crédito debe ser exigible (*actio non nata non prescribitur*). Si se trata de una obligación con plazo suspensivo determinado, el deudor se encuentra en mora desde la exigibilidad. Esta nueva "constitución" no es tal, porque no se conciben dos moras superpuestas en el mismo sujeto, sino la producción de un nuevo efecto favorable al acreedor: la prolongación del plazo de vida útil de la acción, a menos que se trate de los supuestos para los cuales es necesario el requerimiento constitutivo de mora.

También dará lugar a dificultades de interpretación la exigencia de que el requerimiento sea efectuado "en forma auténtica".

c) Imprevisión

En el nuevo art. 1198, al legislarse sobre imprevisión, se desliza otra incongruencia con el régimen general de la mora. La excesiva onerosidad de la prestación, sobrevenida por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, no puede ser invocada cuando el perjudicado estuviese en mora.

La solución es correcta en cuanto a la figura "imprevisión", pero la simultánea introducción de la mora de pleno derecho en las obligaciones sujetas a plazo suspensivo determinado habrá de reducir su ámbito de aplicación a los supuestos en que el acontecimiento productor de la excesiva onerosidad tenga lugar antes del vencimiento del plazo, en ese tipo de obligaciones.

Si se hubiese actuado con mayor organicidad, concordando las modificaciones de cada institución con las de otras instituciones afines cuyos efectos podrían llegar a alterarse, estas tres últimas desarmonías se hubieran evitado.