
JURISPRUDENCIA SOBRE INCUMPLIMIENTO: ¿NUEVAS TENDENCIAS?¹

POR

LUIS LARRAÑAGA Y NILZA SALVO

*En homenaje al Centro de Estudios Judiciales (CEJU)
en sus 25 años.*

1. UN ORDEN NECESARIO:

Exigibilidad, incumplimiento definitivo y temporal

El incumplimiento del deudor² genera su responsabilidad contractual, determinando que el acreedor pueda optar por: **(a)** la ejecución forzada específica de la prestación (más los daños moratorios); **(b)** la ejecución forzada por equivalente (obligación de reparar los perjuicios compensatorios y moratorios); o **(c)** la resolución del contrato con o sin daños y perjuicios compensatorios y moratorios (arts. 1338 a 1343), entre otros efectos³. Resulta esencial, por tanto, determinar si el incumplimiento es definitivo (cumplimiento imposible) o temporal (cumplimiento posible), en virtud de ser excluyentes; el primero no requiere la constitución en mora, en cambio sí lo exige el temporal⁴. El momento preciso para comprobar uno u otro tipo de incumplimiento es la exigibi-

lidad de la obligación; o sea, cuando vence el plazo o se cumple la condición suspensiva (arts. 1433, 1438 y 1502 CC). Si el cumplimiento es imposible y esa imposibilidad es imputable al deudor, estamos en el ámbito del incumplimiento definitivo (radical o absoluto) y la mora es irrelevante⁵, no siendo necesario que el acreedor constituya en mora al deudor. En cambio, si al tornarse exigible la obligación, su cumplimiento continúa resultando posible, entonces, cobra valor la constitución en mora y por tanto el incumplimiento será temporal. En este caso, la ausencia de mora aparejará el rechazo de la demanda resolutoria o de daños y perjuicios y de la cláusula penal⁶.

El orden lógico y jurídico consiste –a nuestro juicio– en examinar: **a)** primero, el tiempo de exigibilidad de la obligación (momento del cumplimiento)⁷; **b)** segundo, si la obligación es de imposible cumplimiento (imputable al deudor), ello nos sitúa en el terreno del incumplimiento definitivo, resultando innecesario acreditar la mora; **c)** tercero, descartada la imposibilidad, entonces el cumplimiento es posible, en cuyo caso resulta una carga para el acreedor la constitución en mora del deudor,

¹ El presente trabajo debe completarse con las sentencias comentadas por los autores en esta misma Revista en la sección “jurisprudencia comentada”.

² A juicio de Caffera, la falta de cumplimiento implica la culpa en las obligaciones de medios y la ausencia de resultado en las de resultado, a lo que debe sumarse la imputabilidad y la exigibilidad de la obligación (Responsabilidad contractual, 2ª.ed. Mont. 2012 p.98)

³ Otros efectos se vinculan con la no liberación del deudor si la cosa peca fortuitamente (asunción de riesgos) (art. 1343 nral.3 y 1551), el pago de la pena (art. 1363). De Cores clasifica a los remedios contra el incumplimiento en ofensivos (ejecución forzada específica o por equivalente, daños por retardo y pena) y defensivos (resolución, reducción de la prestación, la exceptio y suspensión provisorias (ADCU t.XXX p.534)

⁴ Para Gamarra el cumplimiento inexacto constituye una subespecie del definitivo o temporal, Responsabilidad contractual, El incumplimiento, t. I, p. 80 nota No.3 y 96; Tratado t. XVII p. 74; Caffera, p.100/101.

⁵ No debemos confundir la imposibilidad de cumplimiento voluntario con la imposibilidad fortuita de la obligación regulada en los arts. 1549 y 1550. En este último caso, no existe incumplimiento definitivo sino extinción de la obligación sin responsabilidad del deudor (Gamarra, t.I p. 63-64).

⁶ Enseña Gamarra que el incumplimiento temporal -o mora- se circunscribe únicamente a un aspecto del incumplimiento, que atañe al tiempo en que debe ejecutarse la obligación; en tanto que el incumplimiento definitivo está causado por cualquier otro tipo de transgresión no referida a la modalidad temporal de la obligación, esto es, al momento en que debe verificarse el cumplimiento (p.67 y 69).

⁷ Cfr. De Cores, Responsabilidad contractual por cumplimiento defectuoso, ADCU t. XL p.889.

dando ingreso al incumplimiento temporal; y, **d)** cuarto, en el radio de la mora, el deudor tendrá el derecho potestativo de cumplir tardíamente sin necesidad de aceptación del acreedor, lo que no ocurre cuando el incumplimiento es definitivo.

2. PRIMER ANÁLISIS:

Exigibilidad e incumplimiento definitivo

Frente a la falta de cumplimiento del deudor al momento de exigibilidad de la prestación, debemos analizar en primer término, de manera concreta y objetiva, **si esa obligación es de imposible cumplimiento** por un hecho imputable al deudor⁸. Será la jurisprudencia quien decidirá, caso a caso, **si existe certeza objetiva** de que el cumplimiento ulterior no será posible. Así, por ejemplo, en algunos de los apuntes jurisprudenciales citados por el Prof. Gamarra: **(a)** si un sujeto se obligó a ceder un contrato de arrendamiento que fue rescindido antes de operar la cesión, el cumplimiento es imposible; **(b)** si se enajenó a un tercero el objeto prometido en venta, la entrega de la posesión y la transferencia del dominio serán imposibles; **(c)** si la cosa depositada ha sido hurtada, su restitución se torna imposible⁹. Aquí, es donde el debate jurisprudencial presenta mayores dificultades¹⁰, al resultar necesario determinar si existe certeza objetiva de que el cumplimiento no será posible con posterioridad al momento de la exigibilidad.

Una segunda situación de incumplimiento definitivo se observa en el denominado **incumplimiento anticipado**, que opera antes de la exigibilidad de la obligación, donde existe certeza objetiva de que la prestación no podrá ser cumplida al momento que el acreedor tenga derecho a reclamarla¹¹, admitiendo la resolu-

ción del contrato sin necesidad de esperar el vencimiento del plazo y sin constitución en mora¹². Compartimos con el Prof. Gamarra que se trata de un asunto concerniente al incumplimiento definitivo, por cuanto “la situación de incumplimiento se encuentra consumada”¹³. El caso jurisprudencial que utiliza la doctrina se vincula a la entrega de un apartamento que no era posible desde antes de la fecha fijada para el cumplimiento porque la empresa constructora, excesivamente retrasada en las obras, las había paralizado en forma definitiva, resultando imposible su entrega al vencimiento del plazo y aún después. El incumplimiento es definitivo por anticipado y el deudor nunca cumplirá con su prestación.

Se observa una tercera hipótesis, cuando el incumplimiento se torna definitivo **con posterioridad a la exigibilidad de la obligación**, en oportunidad que el cumplimiento comienza siendo posible al momento de la exigibilidad y resulta sustituido (o transformado) posteriormente en incumplimiento definitivo¹⁴, al tornarse imposible el cumplimiento, tanto de manera objetiva como subjetiva. En estos casos, aun cuando el acreedor hubiese omitido la constitución en mora, ésta resulta o es innecesaria o inútil al resultar imposible el cumplimiento, y si hubo mora, el incumplimiento temporal se transforma en definitivo.

Finalmente, corresponde calificar como incumplimiento definitivo aquellas situaciones generadas al momento de la exigibilidad o posteriormente, donde **el deudor acredita su intención de incumplir** la obligación (en forma total o parcial). Y esto es así, cuando a través de una manifestación directa o de actos

deudor, que la obligación no será cumplida”, p.76; Caffera, G. p.93 a 96. Cafaro-Carnelli aluden a la caducidad del plazo convencional, ej. 1438 CC, quiebra o notoria insolvencia, p.218.

¹² Cafaro-Carnelli, La resolución del contrato pendiente el plazo, ADCU t. XIII p.218/9; Gamarra, p. 154-6 lo fundamenta en una renuncia implícita al beneficio del plazo o por analogía a los arts. 1438, 1551, 1688 y 1730

¹³ Gamarra, p. 149; Wayar, Derecho Civil- Obligaciones t.I p.432, Buenos Aires 1990. Cafaro-Carnelli, p.219

¹⁴ Gamarra, p. 75,77. Al momento de la exigibilidad el bien existe y es posible su cumplimiento aunque posteriormente y sin que haya existido constitución en mora, el deudor destruye la cosa que debía entregar.

⁸ Por esta razón, este tipo de imposibilidad es voluntaria. (Fernández Fernández, Introducción al estudio de la mora del deudor, Mont. 2011 p. 47).

⁹ Es seguro que el deudor no ejecutará la prestación sostiene Gamarra, p. 63 y 64 nota al pie No. 6 y p. 67 y De Cores, ADCU t. XXX cit.p.542

¹⁰ Es el caso de incumplimiento parcial o defectuoso donde el cumplimiento podría ser igualmente posible después de la exigibilidad.

¹¹ Fernández Fernández, lo sintetiza a través de dos pasos: “(a) existe plazo pendiente para el cumplimiento; (b) se sabe, conforme al comportamiento del

inequívocos, o de una manera indirecta como ocurre con la oposición en juicio rehusando el cumplimiento, o afirmando haber cumplido a pesar de estar acreditado lo contrario, se demuestra con ello, una conducta incompatible con la voluntad de cumplir. Cualquiera de dichos comportamientos hace evidente que el deudor no cumplirá, no estamos en un supuesto que atañe a la modalidad temporal de la obligación sino de un caso definitivo de incumplimiento.¹⁵ En estas situaciones existe **certeza subjetiva** de que el deudor no cumplirá porque esa intención resulta equiparable a los casos de certeza objetiva, en virtud de que no existe situación más clara de definitividad que **cuando el deudor se niega a cumplir**. Las discordias de los Dres. Van Rompaey y Rubial Pino, ilustran cómo, en el decurso del juicio, el deudor puede manifestar por actos inequívocos su intención definitiva de incumplimiento. Los vendedores de una finca obligados a la entrega de los planos regularizados “en todo momento rehusaron cumplir (...) no admitieron la falta de cumplimiento y menos aún ofrecieron ejecutar la obligación incumplida (...) demostrando una conducta incompatible con la voluntad de cumplir”, calificando el incumplimiento como radical o absoluto.¹⁶

En los casos examinados, el acreedor podrá promover la resolución del contrato o la demanda de daños y perjuicios de manera inmediata, sin necesidad de constituir en mora al deudor.

I. Definitivo

- certeza objetiva que el deudor no cumplirá al momento de exigibilidad.
- certeza objetiva de que el deudor no cumplirá antes de la exigibilidad.
- certeza objetiva después de la exigibilidad o de la mora
- intención de incumplir por actos directos o conducta concluyente.
- por inexactitud (parcial o defectuosa) cuando existe certeza objetiva o subjetiva de la voluntad de incumplir.

¹⁵ Cfr. Gamarra, cit. p.64 nota 6 y los casos allí citados; concepto adelantado en el TDCU t. XVII p. 75.; Messineo, Manual t. IV p.337

¹⁶ Van Rompaey y Rubial Pino, discordia en sent. S.C.de J. No. 136 de 18/6/2010 y S.C.J. en sent. No. 38

3. SEGUNDO ANÁLISIS:

Exigibilidad e incumplimiento temporal sin necesidad de interpelar la constitución en mora

Descartado que el cumplimiento es imposible en el momento de la exigibilidad o aún posteriormente (incumplimiento definitivo), arribamos al paso siguiente donde el cumplimiento es posible (o provisorio) aún después de la exigibilidad de la prestación o de la constitución en mora (cumplimiento tardío). Examinaremos estas situaciones donde es necesario estar en mora, aunque ésta se produce de pleno derecho (mora ex re), no siendo necesaria la interpelación al deudor:

a) La mora automática y por la naturaleza de la convención. Existen casos donde el incumplimiento temporal (mora) coincide con el momento de exigibilidad de la obligación por parte del deudor, como la mora automática y la mora por la naturaleza de la convención (plazo esencial) (art. 1336 CC). En este último caso y atento a la naturaleza de la obligación, el deudor cae en mora por el sólo vencimiento del término o el cumplimiento de la condición, porque la entrega debe hacerse inexorablemente en un día fijo o determinado¹⁷. Acaecida la mora, el acreedor tendrá la potestad de promover la demanda de ejecución forzada específica o por daños y perjuicios¹⁸ o de resolución del contrato, sin necesidad de recurrir a la interpelación judicial o extrajudicial¹⁹. Hablando profanamente, podríamos decir que en

de 29/6/1990 cit. por De Cores, p.544 y TAC 3º. ADCU t XX p.122/3 c. 444. Cuando el incumplimiento intencional es parcial, también se trata de un incumplimiento definitivo sentenció el TAC 3º. en sent. 166/2011.

¹⁷ Cuando la mora coincide con la exigibilidad, el incumplimiento es temporal y no definitivo. En ese caso el cumplimiento tardío resulta posible por el deudor, aún en contra de la voluntad del acreedor (Gamarra, p.108-110)

¹⁸ A nuestro juicio, la demanda por daños y perjuicios no procede sólo en caso de incumplimiento definitivo sino también temporal, pues el acreedor tiene la potestad de elegir la acción que más convenga a su interés (arts. 1341 y 1342).

¹⁹ Otros efectos de la mora consisten en el reclamo de: intereses moratorios (art. 1348), asunción de los riesgos (art.1551 y 1343 nral.3), cláusula penal (arts. 1366 y 1368).

lo que atañe a la necesidad de la interpelación, se produce una situación similar a los casos de incumplimiento definitivo, en razón que en ninguna de esas hipótesis se requiere la interpelación para crear la situación de mora, y el acreedor puede instaurar de inmediato la acción resolutoria o de daños y perjuicios²⁰.

b) La mora del art. 1341 inc. 1 (plazo esencial subjetivo). El art. 1341 inc. 1 dispone que “los daños y perjuicios se deben cuando el deudor ha caído en mora de cumplir su obligación (art. 1336) o cuando la cosa que se había comprometido a dar o hacer no podía ser dada o hecha sino en el tiempo determinado que ha dejado transcurrir”. Según Peirano Facio, este inciso constituye una reiteración de la mora por la naturaleza de la convención regulada en el art. 1336²¹, contrariando a Marcadé que veía en el 1341 una situación diferente²². La esencialidad del plazo puede surgir de manera objetiva de la naturaleza de la prestación (art. 1336)²³ (ej. servicio de confitería contratado exclusivamente para Navidad; una medicina o una intervención quirúrgica siempre que sean imposterables) o también de manera subjetiva (art. 1341 inc.1), dependiendo de la necesidad que tiene el acreedor de recibir oportunamente la prestación, dado que una ejecución fuera de plazo no tiene la misma utilidad (ej. entrega del vestido de novia para la ceremonia; una medicina o una intervención quirúrgica, salvo que al acreedor le sea útil recibirlos tardíamente). Añade Messineo que la esencialidad del término surge de la naturaleza de la obligación (plazo esencial objetivo expreso) o del pacto entre las partes (plazo esencial subjetivo)²⁴. Corresponde agregar que el plazo esencial subjetivo puede ser tácito y exis-

tir actos concluyentes que determinen la decisión del acreedor, según se desprende del 1341 inc.1.

b.1) Continúa, el art. 1341 inc.1 y el plazo esencial. Consideramos necesario examinar en beneficio de quién se estableció el plazo de la obligación²⁵. Si fue a favor de ambos o así se presume (caso del art. 1436 del CC), no estamos frente a un plazo esencial para el acreedor; pero si dicho término surge por acuerdo (mora automática), o por la naturaleza de la obligación (plazo esencial objetivo), o se desprende de las circunstancias que es esencial para el acreedor (plazo esencial subjetivo), en todos estos casos **no se requiere la constitución formal en mora a través de la intimación**. En la situación prevista en el art. 1341 inc.1, nos encontramos frente a un plazo esencial subjetivo donde la mora se constituye cuando, por las circunstancias propias de la ejecución o los términos del cumplimiento, el acreedor no pretende aceptarla en otro tiempo que no sea el de la exigibilidad, porque en este caso –enseña Gamarra– la esencialidad del plazo se refiere a la especial relevancia e influencia que ejercita sobre los efectos del contrato²⁶. Se trata de un caso de incumplimiento temporal aunque no nace objetivamente de la naturaleza de la prestación, sino de las circunstancias que tuvo en cuenta el acreedor para ser ejecutado en la fecha convenida. Fuera del pacto expreso –enseña Gamarra– “las circunstancias del negocio (**conocidas por la otra parte**) pueden conferir al plazo naturaleza de esencialidad subjetiva”.

El Prof. De Cores –prestigioso jurista que ha investigado ampliamente el régimen del incumplimiento– sostiene que la norma regu-

²⁰ En sentencia No. 953 de 11/11/96 la SCJ sostuvo que los efectos de la mora automática eran iguales a los del incumplimiento definitivo, lo que con todo acierto critica De Cores (p.547).

²¹ Peirano Facio, Curso, p.55

²² Cit. por Gamarra, Responsabilidad, t. I p.138-139.

²³ Messineo, Manual de derecho civil y comercial, t. IV p.335, Buenos Aires 1971

²⁴ Roppo, destaca que el incumplimiento definitivo o temporal, parcial o defectuoso, instantáneo o continuado, puede presentarse de diversas formas en relación a las circunstancias, a la naturaleza de la prestación incumplida, a la situación de la contraparte y a otros factores (Il contratto, Milano 2001 p.953)

²⁵ Se trata, como bien señala Blengio de un plazo de la obligación y no del contrato (El plazo como elemento del contrato, ADCU t. X p.180)

²⁶ Gamarra, Responsabilidad, p.239. El Prof. De Cores cita el ejemplo del acreedor que trabajaba en el exterior y necesitaba su vivienda amueblada en una fecha determinada que el deudor no cumplió. Si bien la sentencia lo califica como definitivo a nuestro juicio se trata de un incumplimiento temporal con plazo esencial subjetivo donde el acreedor tenía la potestad de manifestarlo por aplicación del art. 1341 (ADCU t. XXX p.546). Lo mismo sucede con la restitución de una cosa en el estado en que la recibió el deudor, donde existe mora por aplicación del art. 1341 y no así incumplimiento definitivo (en contra SCJ sent. 953/96).

la una situación de incumplimiento definitivo afectado por una modalidad temporal de la obligación; afirmación que podría generar dudas entre las nociones de incumplimiento definitivo y temporal, en virtud que según la doctrina y jurisprudencia dominantes, sólo en el temporal es donde el factor tiempo es esencial para determinar esa categoría²⁷.

b.2) Conclusión. A nuestro juicio, a diferencia del caso previsto en el art. 1336 que disciplina entre otros a la "mora por la naturaleza de la convención" que contiene un plazo esencial objetivo, el art. 1341 inc. 1 regula un supuesto de mora con plazo esencial subjetivo, constituida por voluntad de las partes manifestada en forma expresa o implícita en virtud de que, para el acreedor, determinadas circunstancias de la ejecución deben ser cumplidas en determinado plazo²⁸. Pero esa decisión no es caprichosa sino que responde a las circunstancias especiales del cumplimiento que tuvo en cuenta el acreedor y que en forma excepcional la ley le confiere esa potestad de decidir por sí la situación de mora, lo que no ocurre en el caso del art. 1336 donde se toma en cuenta la naturaleza de la prestación, el plazo es objetivo y en su determinación carece de injerencia el acreedor. No se trata de un incumplimiento definitivo porque no se dan las notas de imposibilidad y objetividad del incumplimiento, sino todo lo contrario, porque el cumplimiento puede seguir siendo posible y **depende subjetiva y exclusivamente de la voluntad del acreedor** quien tiene la facultad de aceptar o no el cumplimiento tardío. La norma le confiere al acreedor la opción de aceptar tardíamente la prestación o promover de plano la demanda resolutoria o de daños y perjuicios, sin necesidad de interpelar al deudor.

²⁷ De Cores, ADCU y. XXX cit. p.544 y 550. El mero vencimiento del plazo esencial no transforma el incumplimiento temporal en definitivo; continúa siendo temporal porque está en juego la variable tiempo.

²⁸ Cfr. Gamarra p.240 quien recuerda el caso de jurisprudencia de un contrato que obligaba al vendedor a entregar ciertos locales a construirse y destinados a venta de automóviles de lujo en Punta del Este "antes del 31 de diciembre de 1980" El vestido de novia que no fue entregado el día de la ceremonia fue utilizado al día siguiente por decisión de la acreedora (novia) constituyendo un caso de plazo esencial subjetivo.

El art. 1341 inc.1 independiza la mora por la naturaleza de la convención (plazo esencial objetivo regulado en el art. 1336) de la mora manifestada por el acreedor al vencimiento del plazo (plazo esencial subjetivo), al separar los dos contenidos de la disposición: los daños y perjuicios se deben (1) cuando el deudor ha caído en mora de cumplir su obligación (art. 1336) o (2) cuando la cosa que se había comprometido a dar o hacer no podía ser dada o hecha sino en el tiempo determinado que ha dejado transcurrir. Ciertamente el art. 1341 no se conformó con el plazo objetivo que le otorga automáticamente la naturaleza de la prestación y lo flexibilizó o amplió a aquellas situaciones donde, para el acreedor, resulta imposterizable el cumplimiento en la fecha acordada.

c) La mora aceptada por el deudor. Cuando el deudor acepta su incumplimiento de manera expresa o por actos inequívocos, nos encontramos frente a un caso de asunción del estado de mora. No podemos confundir el incumplimiento definitivo-subjetivo generado cuando el deudor demuestra su intención concluyente de incumplir, de esta otra hipótesis, donde el deudor reconoce su calidad de moroso, siendo posible el cumplimiento tardío.

Peirano Facio afirma que el único que puede constituir en mora es el acreedor, pues sólo él puede determinar cuándo cesa su tolerancia²⁹. Examina la mora desde la perspectiva del art. 1336 CC, o sea, desde la posición del acreedor, no habiendo tenido en cuenta que también el deudor puede reconocer su situación de incumplimiento. Nada impide que el deudor reconozca expresamente o de manera inequívoca su situación de mora, porque ¿cómo puede negarse la mora si el deudor así lo manifiesta de manera expresa o en forma inequívoca al admitir su responsabilidad?³⁰. El Prof. Gamarra tampoco acepta que el reconocimiento del deudor tenga efecto constitutivo de la mora, aunque lo vincula con la interpelación

²⁹ Peirano Facio, Estructura de la mora, p. 474; aunque más adelante admite que el deudor tiene la facultad de renunciar al beneficio de la mora (p. 500).

³⁰ A lo que se agrega que el instituto de la mora no es de orden público sino del ámbito dispositivo de los particulares (autonomía privada) como lo acredita la mora convencional o automática y que su nacimiento tampoco exige términos sacramentales.

como forma taxativa y solemne³¹. A nuestro juicio, debe discernirse entre la interpelación como forma de constituir en mora y la situación de mora que comprende no sólo la del art. 1336 (que son las comunes y generadas por el acreedor), sino también aquella reconocida por el deudor. Si el punto de inflexión lo constituye la certeza del nacimiento de la mora, no basta el art. 1336 que examina la situación usual donde el titular del crédito reclama su cumplimiento. Debe incluirse además, la aceptación del deudor quien admite su incumplimiento, en forma expresa o por actos concluyentes, en cuyo caso la intimación del acreedor deviene superflua (ej. vencido el plazo el deudor comunica al acreedor su reconocimiento de estar en incumplimiento o se compromete a pagar los intereses moratorios, etc.)³².

d) Mora legal en las obligaciones de no hacer y en DL. 14.500. Es pacífica la posición que afirma que en las obligaciones de no hacer, el incumplimiento es definitivo. El punto de apoyo se sitúa en el art. 1340 CC, pues el deudor “debe los daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención”. Al ser definitivo, el cumplimiento no es posible, no se requiere la constitución en mora y tampoco se admite el cumplimiento tardío. No obstante, la citada disposición se debe conectar con el art. 1338 inc.2, que dispone la posibilidad de cumplimiento tardío por parte del deudor, exigiendo “que se destruya lo que se hubiese hecho en contravención de la obligación (...) sin perjuicio del resarcimiento de daños si hubiere lugar”, o sea de daños moratorios. Por tanto, se trata, a nuestro juicio, **de un caso de incumplimiento temporal, aunque de mora legal**, donde la intimación resulta innecesaria, teniendo la potestad del acreedor de reclamar la ejecución en natura o los daños y perjuicios³³. Así, si me obligo a no levantar un muro y lo hago, el cumplimiento es posible porque el muro se puede destruir. El argumento de que la inter-

pelación es inútil porque el deudor no puede cumplir, no parece admisible en virtud de que la norma establece la improcedencia de la interpelación pero no que el incumplimiento sea definitivo.

En el régimen de actualización de las obligaciones creado con el D.L. 14.500, el reajuste de la obligación dineraria y el interés legal rigen desde la exigibilidad y no desde la mora, no siendo necesario constituir el estado de mora. Precisa el Prof. Gamarra que sólo resultaría aplicable en el ámbito de la actualización de las obligaciones, sin que ello modifique el régimen general del incumplimiento, por lo cual se mantiene el sistema general del código civil para el incumplimiento temporal. El citado Maestro va más allá y sostiene que podría examinarse la situación del D.L. 14.500 como un sistema donde opera la moral legal; de esta manera no resultaría una excepción frente al régimen general del incumplimiento³⁴.

e) ¿Es necesaria la mora cuando se aplica el pacto comisorio y la cláusula resolutoria? Caumont ha reivindicado la vigencia de los arts. 1737-1741 que no exigen la constitución en mora para la aplicación del pacto comisorio, aun con posterioridad a la sanción del CGP cuyo art. 366 impone expresamente la mora. Siendo el pacto comisorio un negocio jurídico (y no un acto procesal), el Código Civil “rechaza la necesidad de previa constitución en mora del deudor (...) y el contrato puede resolverse si el deudor no paga el precio al tiempo convenido, expresión que significa en verdad la precipitación legal inexorable del estado de incumplimiento una vez transcurrido el preindicado tiempo.”³⁵ A lo cual adiciona la vigencia de las normas sustanciales y las procesales previstas en el cuerpo civil, por así haberse remitido el legislador procesal a los arts. 1737-1741. Alonso de Marco confirmó la vigen-

³¹ Gamarra, Responsabilidad, p.187.

³² El art. 130.2 CGP viene en auxilio a la admisión de la mora al imponer al deudor la carga de la contradicción.

³³ Fernández Fernández duda si se trata de un incumplimiento temporal, pero después lo descarta porque el legislador no previó la mora, contrariamente a lo dispuesto para las obligaciones de hacer y no hacer (p. 66/7).

³⁴ Gamarra, Responsabilidad, t. I p.98-102-103; en contra Fernández Fernández p.62-63. Caffera explica además la aplicación del DL 14.500 y de la ley 18.212 donde los intereses moratorios rigen desde la mora y no así desde la exigibilidad, generándose una situación que puede resultar paradójica con el sistema del reajuste que opera desde la exigibilidad (p. 156/7).

³⁵ Caumont, Reflexiones a partir de la incidencia del Código General del Proceso sobre el pacto comisorio en el contrato de compraventa, ADCU t. XVIII p. 333 y ss., y t. XXX p.521 y ss.

cia del régimen sustantivo al indicar, que con el advenimiento de la vigencia del nuevo C.Civil (ley 16.603) posterior a la vigencia del CGP y que mantiene el texto del art. 1740, el código procesal no modificó el régimen dispuesto en el código civil para el pacto comisorio³⁶. Esta posición, que sin duda resulta relevante al no requerir la mora, no es unánime, al punto que Gamarra considera que esta resolución extrajudicial no obsta a la resolución por vía judicial dispuesta por el art. 366 CGP y en tal caso es necesaria la constitución en mora,³⁷.

La doctrina también se encuentra dividida en lo que atañe a la aplicación de la mora en la cláusula resolutoria, cuando el incumplimiento total o parcial es de naturaleza temporal. Mientras un sector estima que la resolución opera sin necesidad de constituir previamente en mora³⁸; otra doctrina la estima procedente sólo para las obligaciones principales e interdependientes³⁹. El art. 1736 CC que admite la inclusión de las cláusulas resolutorias establece un límite en su aplicación por cuanto deben cumplir con “las reglas generales de los contratos” giro que utiliza Peirano Facio para reclamar la mora en este tipo de cláusulas. No obstante, Gamarra rechaza el instituto de la mora y aplica por analogía la resolución “ipso iure” del art. 1740 prevista para el pacto comisorio y considera que la resolución de pleno derecho entraña una expresión más concluyente que la mora automática; con más razón, cuando se trata de un caso de resolución extrajudicial donde la mora resulta inoperante⁴⁰. En reciente sentencia la Suprema Corte de Justicia sostuvo -en cambio-la necesidad de constatar el previo incumplimiento cuando la cláusula se aplica a obligaciones principales e interdependientes, lo que torna necesario la previa mora del deudor⁴¹. Nos remitimos a la jurisprudencia comentada por el Prof. Juan

Blengio y publicado en esta Revista, donde se analizan además: el marco de admisibilidad de la cláusula, la determinación de la obligación cuyo incumplimiento resuelve el contrato, la necesidad del incumplimiento y la aplicación en la ley de relaciones de consumo.

I. Temporal s/nec. de interpel

- mora automática (1336)
- mora por naturaleza prestación (plazo esencial objetivo- art. 1336)
- mora por circunstancias excepcionales (plazo esencial subjetivo) (1341 inc.1)
- mora legal (obligación de no hacer y DL 14.500).
- mora aceptada por deudor (actos concluyentes)
- no requiere mora el pacto comisorio y cláusula resolutoria (1740 CC) (en contra 366 CGP).
- por inexactitud (parcial o defectuoso) si se pactó la mora de pleno derecho, existió aceptación deudor o plazo esencial subjetivo.

4. TERCER ANÁLISIS

Exigibilidad e incumplimiento temporal constituido por interpelación

Fuera de las situaciones antes examinadas, el cumplimiento es posible en el momento y con posterioridad a la exigibilidad de la obligación y solo se aplica en los casos donde el plazo es común u ordinario (por oposición al plazo esencial). En esta situación se torna necesaria la constitución en mora por vía de la interpelación (mora ex persona), así como también cuando el acreedor promueve la demanda de cumplimiento, que es una forma idónea para crear la mora, como enseña Gamarra⁴².

Recapitulando: previo a la constitución en mora por interpelación resulta necesario descartar aquellas situaciones en las que no se requiere la mora por interpelación, o sea: **a)** cuando el incumplimiento es definitivo; **b)** en los casos en que la mora coincide con la exigibilidad (mora automática y por la naturaleza de

³⁶ Alonso de Marco, RUDP No. 2/96 p. 257.

³⁷ Gamarra, ADCU t. XXV p.553 y Carnelli, RUDP cit. p.253

³⁸ Cafaro-Carnelli, ADCU t. XV p.134/5, TAC 4º.en ADCU t.XXI p.80

³⁹ Peirano Facio, t. 2 p.28/9.

⁴⁰ Gamarra, TDCU, t. III vol. 2 p.194.

⁴¹ SCJ sent. No.846 del 12/10/2012. También el TAC 5º. (Dres. Florentino, Gradín y Simón) exige la previa constitución en mora en la aplicación de la cláusula resolutoria (sent. 99/2012).

⁴² Gamarra, p.192. Puig Brutau, p.132

la convención); **c)** cuando el deudor reconoce expresamente o de manera concluyente su situación de mora; y, **d)** en el resto de las otras situaciones examinadas de plazo esencial subjetivo, mora legal, cláusula resolutoria o pacto comisorio en las que tampoco resulta necesaria la formal constitución en mora. Contrariamente a cuanto sostuvo Peirano Facio, a nuestro juicio, la mora por interpelación ocupa un lugar claramente residual⁴³.

Entonces, examinado desde esta óptica: la interpelación para constituir en mora procede de conformidad a los arts. 1336, 1341 y 1342 en las siguientes situaciones: **a)** cuando el cumplimiento es posible en el momento y con posterioridad a la exigibilidad; **b)** cuando el plazo es común u ordinario (no esencial); **c)** siempre que ese cumplimiento posible no se transforme en imposible (o definitivo), por hechos objetivos o subjetivos del deudor. En principio la constitución del deudor es una carga del acreedor (sin perjuicio del reconocimiento de la mora por parte del deudor) y un presupuesto de admisibilidad de la demanda resolutoria y de daños y perjuicios (lo que no ocurre con la demanda de ejecución forzada o específica ya que, como se indicara, es un medio hábil para constituir en mora). El deudor cuenta con el derecho potestativo de cumplir con posterioridad a la exigibilidad de la obligación o tardíamente (después de la mora), aun contra la voluntad del acreedor y aunque el titular del crédito considere que no satisface su interés.

Así lo entendió el TAC 5° frente a una demanda por daños y perjuicios (ejecución forzada por equivalente) promovida por una odontóloga contra una sociedad médico-odontológica, por supuesto incumplimiento definitivo de la obligación de derivarle un mínimo de pacientes que le generarían un mínimo de ingresos; entendió que el incumplimiento era de naturaleza temporal y requería la previa constitución en mora. La Sala se pronunció de manera concluyente señalando que "no puede tan ligeramente pretenderse que una eventual mera demora en la prestación a cargo de la contraparte configura incumplimiento definitivo..."⁴⁴. Del mismo criterio par-

ticipó el TAC 6°⁴⁵, frente a una demanda por daños y perjuicios por incumplimiento de la parte promitente vendedora en la entrega de los planos de construcción de una finca aprobados y habilitados por la Intendencia de Montevideo, donde no existió constitución en mora, resultando inidónea la demanda para constatar el incumplimiento temporal.

Inc. Temporal c/interpelación

- régimen residual (sólo rige cuando el incump. no es definitivo o temporal sin interpelación)
- rige cuando la formula el acreedor (1336, 1341, 1342)
- rige en subsidio de la voluntad de partes (no es de orden público)
- es una carga del acreedor
- rige en caso de incumplimiento por inexactitud (parcial o defectuoso) cuando procede la interpelación.

5. POSICIÓN CRÍTICA

La falta de interés del acreedor no es un caso de incumplimiento definitivo

a) El acreedor no decide cuándo existe incumplimiento definitivo. Cafaro y Carnelli definen al incumplimiento como exigibilidad no seguida de cumplimiento⁴⁶, o sea que el incumplimiento nace con la misma exigibilidad⁴⁷, lo que implica que aun en los casos residuales donde es necesaria la constitución en mora por interpelación, esa constatación del incumplimiento temporal resulta innecesaria. Agregan, que existe incumplimiento definitivo cuando el acreedor pierde interés en la prestación y promueve la demanda resolutoria, esto es, aun cuando la prestación sea posible y el deudor tenga la potestad unilateral de cumplir en el plazo de tolerancia. En ese caso, el acreedor puede decidir arbitrariamente que perdió interés en una prestación que todavía es posible al promover la demanda de resolu-

⁴³ Caffera considera que ocupa un lugar secundario, p.97.

⁴⁴ TAC 5°, sent. No. 52 de 23/4/2008 Dres. Simón, Fiorentino y Presa.

⁴⁵ TAC 6°, sent. No. 184 de 22/7/2009, Dres. Martínez Rosso, Klett y Hounié.

⁴⁶ Cafaro-Carnelli, Eficacia contractual, Buenos Aires 1989 p.177; Carnelli, Función y ubicación de la mora del deudor ADCU t. XXIII p.490.

ción del contrato, sin necesidad de constituir en mora al deudor⁴⁸.

Vale decir, que el acreedor decide por sí mismo dos situaciones: (a) cuando omitió pactar la mora automática o el plazo no es esencial, igualmente decide por sí sólo cuándo hay incumplimiento, porque si el deudor no cumple en el momento de la exigibilidad, ya existe incumplimiento; (b) decide, además, que el incumplimiento es definitivo a pesar que el deudor esté dentro del plazo de tolerancia o plazo impropio y el cumplimiento sea posible por parte del deudor. En estos casos, el acreedor que omitió regular la situación de incumplimiento en el contrato (mora automática) resuelve en contravención a los arts 1336, 1341, 1342 y 1436 que su interés es prevalente o superior al deudor y le impone su decisión unilateral, sin apoyo normativo, de que dicho incumplimiento (que no es) es definitivo (que tampoco es).

No compartimos tales conceptos pues, como enseña Gamarra, el error está en el punto de partida, dado que previo a todo es menester determinar si existió incumplimiento, definitivo o temporal, al ser éste el presupuesto de la resolución (sin incumplimiento no es admisible la resolución) o de los daños y perjuicios (compensatorios) (art. 1431). En el primer caso, no será necesaria la constitución en mora porque la imposibilidad de cumplimen-

to la torna irrelevante, pero en el segundo se requiere constatar la mora⁴⁹ o su abdicación⁵⁰. Cafaro y Carnelli proponen una tesis diferente a la que marca el Código Civil, en cuanto el incumplimiento puede ser definitivo cuando la prestación es imposible objetivamente, pero también es definitivo cuando el acreedor decide unilateral y arbitrariamente que no le interesa más la prestación. **Pero el código dice otra cosa**, cuando el incumplimiento no es definitivo es necesariamente temporal y, por ende, requiere la constitución en mora. Por tanto, primero debemos indagar si el cumplimiento posterior a la exigibilidad es imposible y, si así ocurre, la mora es innecesaria y también lo será el interés del acreedor. Pasada esa instancia, si el cumplimiento es posible en el momento de la exigibilidad, necesariamente se requiere la constitución en mora, a pesar de que al acreedor no le interese más el cumplimiento de la prestación; esa decisión arbitraria del acreedor es jurídicamente irrelevante y queda supeditada al interés del deudor (arts. 1336, 1341, 1342 y 1436), quien si quiere puede cumplir en el plazo de tolerancia y aun después de la mora (cumplimiento tardío). Como enseña el Prof. Gamarra, el mero arbitrio del acreedor no puede transformar el incumplimiento temporal en definitivo⁵¹, salvo en aquellos casos de plazo esencial subjetivo, facultado expresamente por la ley como es el previsto en el art. 1341 inc.1

b) Otros argumentos: Agrega Gamarra otros argumentos concluyentes, que pasamos a examinar: 1) Si según Carnelli el incumplimiento definitivo se logra con la demanda resolutoria, debemos interrogarnos cuál es la

⁴⁷ Fernández Fernández, p.95; Carnelli sostiene que la no satisfacción del interés importa incumplimiento, se fundamenta en que el objeto de la obligación es la utilidad inmanente a la prestación (p.42), posición que no compartimos entendiendo que el objeto es la conducta del deudor, la prestación, dado que las nociones de cumplimiento-incumplimiento no se vinculan a la utilidad o al interés del acreedor sino con el comportamiento del deudor y así lo indica nuestro derecho positivo (1245, 1336, 1341, 1342).

⁴⁸ Para los citados autores (y lo comparte Caffera p.108-109) la demanda resolutoria materializa la falta de interés del acreedor y sólo procede la mora por el vendedor respecto a la obligación del comprador de pagar el precio (art. 1731), para reclamar la pena, los daños moratorios y otros casos indicados en leyes particulares (8.733, 14.333, 14.219, 14384, 354.5 y 372.3 CGP). Un estudio crítico de la misma puede verse en Gamarra, cit. p. 72 y ss; y un análisis particularizado en Fernández Fernández, p.95 y ss. Rechazamos la postura de Carnelli y compartimos con Gamarra que el incumplimiento siempre es presupuesto de la demanda resolutoria y en caso que sea temporal la mora es necesaria al gestar su nacimiento.

⁴⁹ Gamarra, p. 71 y 72. A juicio del Prof. Caffera la resolución sin previa mora se funda en que la norma que debía haber dispuesto la necesidad de mora, debía estar contenida en el art. 1431 (p. 107-108). Estimamos no obstante que, cuando esa norma alude a que procede la resolución cuando una de las partes "no cumpla su compromiso" introduce la noción de incumplimiento que puede ser definitivo o temporal, en cuyo caso requiere la mora. Además, los arts. 1336 y 1342 acreditan la necesidad de la mora en caso de resolución, salvo que el incumplimiento sea definitivo o existe algún caso de mora ex-re.

⁵⁰ Tampoco existe un segundo tipo de incumplimiento temporal antes de la mora como propugnan Cafaro-Carnelli.

⁵¹ Gamarra, Responsabilidad, p.92.

situación de incumplimiento en el tiempo que va entre la exigibilidad y la demanda resolutoria y contesta el maestro uruguayo que solo, puede ser temporal y, por eso, requiere la mora; de cuanto se sigue, que el incumplimiento no es definitivo sino temporal. **2)** Incluso o aun cuando el acreedor promueva la resolución, el juez puede conceder el plazo de gracia (art. 1431) y el acreedor ejercer el *ius variandi* tornando posible el cumplimiento, lo que demuestra que el incumplimiento no es definitivo. **3)** La tesis de Carnelli olvida que el art. 1342 admite los dos tipos de incumplimiento, definitivo (“falta de cumplimiento”) y temporal (“demora en la ejecución”) y para que el acreedor promueva la resolución prevista en el art. 1431, la noción de incumplimiento debe buscarse en el art. 1342 donde se prevén situaciones que exigen la mora. Por consiguiente, el acreedor no puede suprimir por su simple interés la necesidad de la mora requerida en dos disposiciones claves sobre incumplimiento y resolución del contrato. **4)** Según Carnelli, el art. 1731 en sede de compraventa exige la mora solo para el comprador y no así para el vendedor; pero no es una norma que se pueda aplicar por analogía a otros tipos contractuales sino sólo a los contratos con función de cambio⁵². A juicio de Carnelli su afirmación se confirma en el art. 1688 inc. 2 que no requiere mora para el vendedor en caso que no cumpla con su obligación de entregar la cosa; afirmación que no es aceptable porque el 1688 inc. 1 requiere la mora (“ha retardado la entrega”)⁵³. **5)** Tampoco el daño compensatorio se identifica con el incumplimiento definitivo y el moratorio con el temporal, no son daños incompatibles, ya que el daño compensatorio resarce el perjuicio como un subrogado de la prestación debida mientras que el moratorio repara por la demora, a lo que cabe agregar que ambos pueden acumularse lo que demuestra su compatibilidad.

⁵² Caffera participa de este criterio sosteniendo que la regla general de la necesidad de mora en los casos de resolución debe partir del art. 1431 y no del 1731 (p.107), no obstante, omite señalar este prestigioso autor, que según el art. 1431 la resolución se aplica para todos los casos de incumplimiento como indica el inc. 1 y para saber cuáles son éstos debemos remitirnos a los arts. 1336, 1341 y 1342 que aluden tanto al definitivo como al temporal.

⁵³ Cfr. Fernández Fernández, p. 108.

Si el incumplimiento no es definitivo o si la mora no fue pactada de pleno derecho (automática o por la naturaleza de la convención), o si no existe plazo esencial subjetivo (1341 inc.1), o si la mora no fue reconocida por el deudor, será necesario constituirla por alguna de las formas de interpelación (judicial o extrajudicial). De lo contrario no existirá incumplimiento (temporal) y no podrá prosperar la acción resolutoria o por daños y perjuicios.

c) El interés del acreedor no puede suplir la voluntad de las partes (dispositiva) ni la normativa sobre la mora y el plazo: Considerar, como lo hace Carnelli que prima el interés del acreedor para descartar la mora, implica prescindir de la aplicación de los arts. 1336, 1341 y 1342 (y 1436) que erigen al incumplimiento temporal (mora) como un tipo de incumplimiento distinto y excluyente del definitivo. Basta una simple decisión del acreedor para suprimir todo el régimen de la mora e incluso del incumplimiento definitivo objetivo y subjetivo (del deudor) regulados en el Código Civil, que pasaría a ser letra muerta. El plazo beneficiará exclusivamente al acreedor, siendo que el art. 1436 CC lo presume estipulado también en beneficio del deudor, pues al no existir constitución en mora, ese plazo continúa prorrogándose tácitamente en beneficio de ambas partes y no sólo del acreedor⁵⁴.

A juicio de Carnelli, el pacto de mora automática no sería necesario, tampoco resultaría útil el plazo esencial objetivo o subjetivo, dado que el único árbitro sería el acreedor quien haría primar su interés decidiéndose por un único tipo de incumplimiento. Y siendo inmodificable el incumplimiento definitivo, sólo quedaría al acreedor la posibilidad de reclamar la resolución del contrato o los daños y perjuicios compensatorios, estando impedido incluso de modificar su interés y aceptar el cumplimiento tardío por parte del deudor. De esta manera, el interés del acreedor pasaría a ser un “bumerang” que llegaría a perjudicar su propio interés, generándose una contradicción que ni él mismo pudo prever. Tampoco podría suspender el cumplimiento de la prestación o conferirle un nuevo plazo al deudor, eliminando cualquier posibilidad de ejecutar la misma cosa

⁵⁴ Peirano Facio, Estructura, p. 465; Amézaga, Culpa contractual, Mont. 1949 p. 216, Gamarra, Responsabilidad, p.97

debida. La explicación que clausura la tesis que criticamos resulta de las obligaciones legales, en las que no prima el interés del acreedor, de lo que resultaría que tendríamos obligaciones en las que prevalece el interés del acreedor y otras en las que no, creando una suerte de inseguridad para el deudor y desconcierto para el juez.

d) ¿Qué significa satisfacer el interés del acreedor? El fundamento sobre el que se asienta la tesis de Carnelli en cuanto a que la finalidad de la relación obligacional consiste en la satisfacción del interés del acreedor, no resulta aceptable para la moderna doctrina⁵⁵. **Primero** porque no se sabe exactamente qué se entiende por interés del acreedor, puede tratarse del interés típico (abstracto)⁵⁶ o del interés individual⁵⁷ o concreto. La decisión que se adopte en tal sentido repercute en cuanto a la ubicación de ese interés en la relación obligatoria, si es un presupuesto, un elemento autónomo o si forma del objeto o de la causa⁵⁸. **A su vez**, según la tesis que se asuma, tendrá un rol particular en la etapa de formación de la obligación y de cumplimiento o incumplimiento. Corresponde preguntarse como lo hace Fernández Fernández: “¿cuándo cumple el deudor: cuando ejecuta su prestación o cuando satisface el interés del acreedor? Se desconoce si el deudor satisface el interés del acreedor cuando cumple o si es el acreedor quien decide en cada caso, si a su juicio existió o no cumplimiento. De esta forma, el deudor se encuentra en la más absoluta incerteza. En tal hipótesis: ¿habrá cumplido el deudor, o estaremos frente a un caso de incumplimiento? La tesis que se impugna cambió la perspectiva, el incumplimiento ya no consistiría en la no realización absoluta, total, exacta y puntual de la prestación por el deudor, como sostiene Mariño⁵⁹, sino que su configuración se trasla-

daría al sitial del acreedor quien decidiría en base a su interés (subjetivo) si existió o no incumplimiento. Se deforma así la inteligencia sistemática creada por nuestro código que reguló con precisión el cumplimiento (1448 a 1467) y el incumplimiento (1336, 1341 a 1348), aunque no así al interés del acreedor al que sólo le prestó un refugio en sede de objeto de la obligación (1283 inc.3). Nuestro ordenamiento dispone que el cumplimiento e incumplimiento deben analizarse en base a la conducta del deudor (prestación) y no a la expectativa utilitarista del acreedor.

6. LA MORA EN EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL Y DEFECTUOSO (ART. 1848 CC)

Como enseña Gamarra, «según los principios cardinales del cumplimiento el deudor debe realizar exacta y completamente la prestación debida (arts.1448, 1459)...La regla que acaba de enunciarse comprende también la hipótesis de incumplimiento inexacto que se configura cuando el deudor cumple la prestación debida, pero de manera imperfecta o defectuosa”.⁶⁰ Esta especie de incumplimiento abarca la inexactitud tanto cualitativa como cuantitativa y el acreedor puede optar entre: **a)** rechazar la obra y resolver el contrato, **b)** rechazar la obra y reclamar su rectificación, o, **c)** recibir la obra y reclamar la reducción de la contraprestación (precio), de lo que se deriva que puede ser tanto temporal como definitivo.

En efecto, hay casos de incumplimiento por inexactitud en los que el cumplimiento exacto es posible, como lo confirma el art. 1848 del C.C. que confiere al comitente el derecho de rechazar la obra y pedir su rectificación, lo que no sería concebible si el cumplimiento no fuera posible.

Cabe también preguntarse si cuando el cumplimiento exacto es posible, es necesaria la interpelación para que el deudor caiga en mora. En este sentido se pronunció el T.A.C. de 1º Turno, con integración distinta a la actual, en sentencia N° 8/2002⁶¹.

A nuestro juicio, el régimen dispuesto por el art. 1848 inc. 2 es sin duda particular, apli-

⁵⁵ Fernández Fernández, en trabajo inédito sobre “Análisis crítico del art. 724 del proyecto de código civil y comercial de la República Argentina”, p. 54 y ss.

⁵⁶ Berdaguer, quien cita en su apoyo a Giorgianni, Fundamentos t.I p. 118

⁵⁷ Pizarro-Vallespinos, quienes citan a Bianca, cit. por Fernández Fernández

⁵⁸ Larrañaga, La obligación en Obligaciones y cuasicontratos, Mont. 2009 p. 30/1.

⁵⁹ Mariño López, Los fundamentos de la responsabilidad contractual, Mont.2005 p.158.

⁶⁰ Gamarra, TDCU t. XVII p. 74-75; Berdaguer, Fundamentos, t. II p. 207 y ss.

⁶¹ LJU t. 126, c. 14.456

cable exclusivamente al arrendamiento de obra, como también es especial este tipo contractual en otros tópicos, tales como en materia de receso unilateral, revocación, precio de costumbre, modificación del precio, “intuitu personae”, etc.. y también en sede de incumplimiento. Entendemos que, cuando el art. 1848 confiere la opción al acreedor de rechazar la obra y pedir su rectificación o de aceptarla y reclamar la reducción del precio, está consagrando un régimen de mora en ambas situaciones. En el primer caso, la pretensión de rectificación de la obra implica técnicamente una demanda de cumplimiento (parcial) donde el arrendatario (comitente) pretende que el deudor cumpla de manera exacta con la prestación prometida. Esa demanda de ejecución forzada parcial, constituye en mora al deudor, en virtud de presentar el mismo contenido que la interpelación dispuesta por el art. 1336. En cambio, la solicitud de reducción del precio se traduce en una demanda por daños y perjuicios (en forma parcial) que, según las reglas generales, requeriría la constitución en mora en sus diversas formas de acuerdo a la norma citada.

Pero, obsérvese, que si el acreedor debiera intimar el cumplimiento para reclamar la rebaja del precio, el legislador estaría privándole de la opción que le confirió en el art. 1848, en virtud de que si debe interpelar con el fin de lograr la reducción, estaría reclamando el cumplimiento de la prestación, facultad de la que ya disponía en la primer alternativa de la opción (realizar la ejecución parcial incumplida) y, por ende, no se le permitiría pretender la rebaja del precio, forzándolo a acudir a la vía de la ejecución forzada específica en todos los casos. Un claro sinsentido que no quiso el legislador ya que la opción es clara: el arrendatario tiene la potestad de reclamar el cumplimiento parcial pendiente o de pedir directamente la rebaja del precio, sin necesidad de interpelación previa. Se trata a nuestro juicio de un caso de **mora legal** que confirma el legislador cuando además de otorgarle al acreedor la potestad de solicitar la reducción del precio, le adiciona (en la misma disposición) que esa reducción debe ir acompañada de los daños moratorios, o sea que la mora se produjo con el no cumplimiento, “in re ipsa”. Esta apreciación coincide además con el criterio rector del plazo en materia de contrato de obra,

pues como dice nuestro Sánchez Fontans, “el plazo constituye un elemento esencial de acuerdo a la naturaleza de la obligación del constructor”⁶².

Por tanto, no resulta necesaria la interpelación del art. 1336 del C.C. en ninguna de las opciones Reiteramos: lo que el art. 1848 consagra es una opción entre la ejecución forzada específica (y parcial de la prestación al solicitar la rectificación) y la ejecución forzada por equivalente (también parcial, reducción del precio), opción que tiene el acreedor aun cuando el cumplimiento sea posible. Cuando pretende la rectificación lo que está pidiendo es el cumplimiento “exacto”, o sea, ejecución específica, mientras que cuando reclama la reducción de la contraprestación está ejerciendo la denominada «ejecución forzada por equivalente» (parcial), con una mora de origen legal. En suma, el incumplimiento por inexactitud puede ser temporal o definitivo y en el arrendamiento de obra está regulado por el art. 1848 que consagra un régimen legal específico.

7. CONCLUSIONES

La mayoría de la reciente jurisprudencia, se pliega a la necesidad de constitución en mora tanto para la pretensión por daños y perjuicios como de resolución del contrato, salvo que el incumplimiento sea objetivamente imposible (tesis de Gamarra)⁶³. No obstante, en virtud del casuismo que presentan las diversas controversias, existen otras decisiones que están generando una tendencia hacia el incumplimiento definitivo por no haber satisfecho el interés del acreedor. Esta corriente, podría estar fundada en las normas examinadas sobre este tipo de incumplimiento radical o absoluto y en la flexibilización que en su aplicación ha realizado la jurisprudencia y la doctrina.

⁶² Sánchez Fontans, El contrato de construcción, t. I p.289 nota No. 579, Mont. 1953. El autor considera que del art. 1848 surge la facultad del comitente a “compensar la parte que adeude del precio con el costo de las reparaciones necesarias para poner a la obra en condiciones de ser aceptada” (p.307). Si así fuere, para que opere la “compensación” tampoco se necesita la interpelación para constituir en mora porque la misma se aplica ipso iure (art. 1498), lo que determina una coincidencia con la mora legal.

⁶³ No incluimos a la ejecución forzada específica por ser hábil por sí sola para acreditar la mora.

Probablemente, cuente además con la situación de hecho generada en aquellos juicios donde se omite la interpelación y a pesar de la evidente falta de cumplimiento, el juez se ve impedido de pronunciarse sobre el conflicto sustancial al no existir la formal constitución en mora. En tales casos, y con la pérdida del tiempo que implicaría un nuevo proceso, algún tribunal puede considerar como remedio, que cuando el acreedor no ve satisfecho su interés se estaría frente a un incumplimiento definitivo y, por tanto, la mora se tornaría irrelevante; criterio que a nuestro juicio, carece de apoyo en nuestro derecho positivo.

Lo que hasta ahora ha tenido escasa trascendencia es el rol de la voluntad del deudor en el incumplimiento (situación de incumplimiento definitivo) y el de la mora aceptada por el deudor (situación de incumplimiento temporal), en los que dicha voluntad viene a jugar

un rol determinante, eliminando el requisito de la objetividad en el primero de ellos, y el de la interpelación para constituir en mora en el segundo.

Finalmente, entendemos que la interpelación para constituir en mora ocupa un lugar residual, debido a que previamente debemos considerar al momento de la exigibilidad: (a) si la prestación es de imposible cumplimiento en alguna de sus facetas que examinamos en el numeral 2 de este trabajo; (b) de resultar posible el cumplimiento debemos proceder, en segundo término, a testear las diferentes situaciones de mora de pleno derecho o la aceptada por el deudor, el plazo esencial objetivo y subjetivo, la moral legal, que revisamos en el numeral 3; y (c) finalmente y en forma residual apelaremos a la intimación para constituir la mora, sea en forma extrajudicial o judicial (num.4)

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DE DERECHO CIVIL



DIRECTORES

DOCTRINA

JORGE GAMARRA - JUAN BLENGIO - CARLOS DE CORES
JAIME BERDAGUER - GERARDO CAFFERA - LUIS LARRAÑAGA

JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA
GERARDO CAFFERA

TALLER DE JURISPRUDENCIA
JUAN BLENGIO

PANORAMA DE LA JURISPRUDENCIA
BEATRIZ VENTURINI



FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA