

Mora del deudor

Felipe Osterling Parodi

Senador de la República y Catedrático de Derecho Civil en la facultad de Derecho de la PUC

1. CONCEPTO

La mora del deudor sobreviene cuando no cumple la obligación a su debido tiempo.

Sin embargo, no todo retardo en el cumplimiento de la obligación constituye en mora al deudor. El debe obedecer a dolo o a culpa, o sea a causas que le son imputables.

En Roma la expresión "mora debitoris" o "mora solvendi" se utilizaba con un doble significado. En lenguaje común se usaba para indicar el simple retardo. En sentido jurídico era el retraso de la obligación por causas imputables al deudor. La primera acepción, la no jurídica, no interesa en este estudio.

Jorge Eugenio Castañeda¹ criticaba, con razón, el artículo 1256 del Código Civil de 1936, que permitía al deudor exonerarse de responsabilidad probando que había incurrido en mora sin culpa alguna de su parte. Este, en realidad, no era un caso de mora. Era un retardó en el cumplimiento de la obligación, no imputable al deudor, que, por tanto, producía efectos jurídicos muy distintos a los de la mora. El Código Civil de 1984 corrige ese error conceptual en su artículo 1336, al disponer que el deudor se libera de responsabilidad cuando prueba que ha incurrido en retraso sin culpa. El nuevo Código Civil no alude a la mora sin culpa, sino al retraso sin culpa, porque esta situación jurídica no constituye en mora al deudor.

Rara que el deudor quede constituido en mora es preciso, como se ha señalado, que se trate de un retraso en el cumplimiento de la obligación que le es imputable. Pero también es necesario que la obligación, no obstante el retraso, sea de posible cumplimiento. Debe tratarse, en suma, de un retardo, no de una inexecución total. El deudor debe tener la posibilidad, aunque tardíamente, de cumplir la obligación.

Si el cumplimiento de la obligación ya no es posible, y entonces estaríamos ante un caso de inexecución y no ante un simple retardo. La certidumbre del incumplimiento hace innecesaria la constitución en mora. Por ello el artículo 1333 del Código Civil dispone que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exige judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. Y también por ello la mora puede ser purgada, no ocurriendo lo mismo con el incumplimiento total.

¿Para qué se interpelaría al deudor, exigiendo el cumplimiento de su obligación, si el acreedor tiene la certeza de que tal cumplimiento ya no es posible?

La constitución en mora significa que el acreedor tiene la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación en la especie pactada y, además, la compensación de los daños y perjuicios moratorios. Pero si tal ejecución en especie ya no es posible, entonces no podemos aludir a los daños y perjuicios moratorios, sino a los compensatorios, que abarcarían el concepto de inexecución total.

Por tanto la mora es extraña a las obligaciones de dar cuando al tiempo de vencimiento de la obligación es imposible su cumplimiento. Por ejemplo, en las obligaciones de dar cosas ciertas, cuando se destruye el bien no fungible que constituye la prestación. Aquí estaríamos frente a un incumplimiento total y definitivo que no constituye en mora al deudor, sino que, simplemente, lo hace responsable de los daños y perjuicios compensatorios. La interpelación, requisito para constituir en mora al deudor, caracteraría de objeto, pues es evidente que no podría exigírsele judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación.

En consecuencia, se demandaría el pago de daños y perjuicios en sustitución de la prestación, o sea de la ejecución directa o en especie de la obligación, y el deudor no quedaría constituido en mora con la noti-

1. Castañeda, Jorge Eugenio: "El Derecho de las Obligaciones", tomo II, Efecto de las obligaciones, 1963, No. 171, p. 192.

ficación de la demanda, pues ella no podría estar destinada a exigir el cumplimiento de la obligación. La mora sería extraña a esta situación jurídica.

Excepcionalmente, en algunas obligaciones de dar siempre procede la constitución en mora. Por ejemplo, en las obligaciones de dar sumas de dinero, por no existir el incumplimiento total y absoluto sino el simple retraso.

Tampoco procede la constitución en mora en ciertas obligaciones de hacer, cuando por el incumplimiento ya es demasiado tarde para ejecutar la prestación. Si el deudor, por ejemplo, se obliga a actuar en un teatro en un día determinado y no lo hace.

La mora es ajena a las obligaciones de no hacer. En estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar. Esta es la sana doctrina y la regla legislativa uniforme, salvo el caso del artículo 961 del Código Civil brasileño que se refiere a la mora en las obligaciones de no hacer.

Enneccerus, Kipp y Wolff² advierten que la mora, por su naturaleza, se excluye en cuanto a los deberes de comisión señalando que ella es propia sólo de las obligaciones de "entregar o hacer alguna cosa". Señalan, sin embargo, el precepto excepcional contenido en el Código del Brasil.

Se observa, empero, que los propios tratadistas brasileños critican el artículo 961 citado. Así, Antonio José de Souza Levenhagen³ expresa que la doctrina, de modo general, reprueba la norma, porque en las obligaciones de no hacer no se puede hablar de mora o de retraso. Trátase, señala, de inexecución. La obligación no es de hacer sino de omitir. Practicado el acto que la parte se ha obligado a no ejecutar, queda configurada la infracción. No cabe, por tanto, la sanción por mora, porque no ha habido demora ni retraso. Existe simplemente una infracción a lo pactado desde el momento en que se practica el acto positivo que no podía ser ejecutado. En consecuencia, el resarcimiento corresponde a la inexecución y no al simple retraso. Para que se configure la inexecución no será necesaria la notificación o interpelación previa. Practicado el acto positivo automáticamente se configurará la infracción de la obligación negativa.

Tal infracción, en las obligaciones de no hacer, configuraría necesariamente una inexecución parcial o total. Podría, según la naturaleza de la prestación, volverse las cosas como eran antes de la infracción o no. Pero en ningún caso sería lícito hablar de retraso,

elemento esencial en la mora del deudor.

Si el deudor se ha obligado a no construir una pared entre dos predios colindantes y empieza a edificarla, entonces, si el acreedor logra paralizar la obra, habría inexecución parcial que origina el pago de daños y perjuicios. Aquí no estaríamos ante retardo alguno. Si el deudor que se ha obligado a conservar un secreto lo revela, nos encontraríamos ante la inexecución total, irreversible, que también origina el pago de una indemnización. Aquí tampoco podríamos hablar de retraso. No se perciben, por tanto, los alcances del artículo 961 del Código brasileño o las hipótesis a las que él podría aplicarse.

Por otra parte, el artículo 1335 del Código Civil dispone que en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá.

La constitución en mora opera, como regla general, requiriendo judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación. Mal podría requerir y, por tanto, constituir en mora, quien no ha cumplido con la obligación a su cargo o no ha otorgado garantías de que la cumplirá. La conexión entre el cumplimiento de las prestaciones que recíprocamente se deben las partes y, sobre todo, elementales principios de equidad y de buena fe que deben presidir toda relación obligacional, se oponen a ello.

Por último, la mora termina cuando el acreedor recibe el pago o cuando ya no puede esperarse el cumplimiento de la obligación, sea porque es imposible, sea porque es inútil para el acreedor.

En el primer caso, cuando el acreedor recibe el pago, el deudor continúa obligado a indemnizarlo por los daños y perjuicios causados por el retraso en el cumplimiento de la obligación, o sea por los daños y perjuicios moratorios. Esta obligación cesa cuando el acreedor renuncia a cobrar la indemnización. La renuncia constituiría, jurídicamente, una condonación, o sea el perdón voluntario de la deuda de común acuerdo entre el acreedor y el deudor⁴.

En el segundo caso el deudor no continuará constituido en mora. La mora termina desde el momento en que la prestación es imposible o inútil para el acreedor. Aquí el acreedor tendrá el derecho de exigir el pago de daños y perjuicios compensatorios por la inexecución total de la obligación⁵.

2. Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martín: "Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones", Volumen II-1, 1947, No. 51.

3. Levenhagen, Antonio José de Souza: "Código Civil, Comentarios Didácticos". Derecho de Obligaciones, p. 120.

4. Artículo 1295 del Código Civil.

5. Artículo 1337 del Código Civil.

2. REQUISITOS PARA CONSTITUIR EN MORA AL DEUDOR

Producido el retraso en el cumplimiento de la obligación, es necesaria la concurrencia de dos condiciones para que el deudor quede constituido en mora:

a) Que la inexecución obedezca a dolo o a culpa del deudor, o sea a causas que le son imputables. El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes del retraso en el cumplimiento de la obligación cuando prueba que este retraso no le es imputable. Es más, si se trata de un retraso no imputable al deudor, éste, simplemente, no está en mora. Esta era la doctrina en Roma y es la doctrina en nuestros días. La regla enunciada admite pacto en contrario: si el deudor se ha obligado a asumir las consecuencias de la inexecución por causas que no le son imputables⁶.

b) Que el acreedor exija al deudor, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

Como estudiaremos más adelante, el tiempo, en el Código Civil peruano, no interpela por el hombre: *dies non interpellat pro homine*. Es necesario que la interpelación provenga del acreedor, o sea que éste exija al deudor, a su vencimiento, el cumplimiento de la obligación. En caso contrario se presume que el retraso no causa perjuicio alguno al acreedor y que éste, simplemente, está autorizando al deudor a postergar el cumplimiento.

Sin embargo, la interpelación, o sea el requerimiento del acreedor, no es necesaria cuando la ley o el pacto lo declaran expresamente; o cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla; o cuando el deudor manifiesta por escrito su negativa a cumplir la obligación; o cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

El poseedor de mala fe responde, por disposición del artículo 909 del Código Civil, de la pérdida o detrimento del bien aun por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular. Esta norma no requiere, por cierto, que el poseedor de mala fe haya sido interpelado previamente. Este es un caso de mora sin interpelación por mandato de la ley.

Si el constructor y el dueño de un edificio pactan que en caso de que no se entregue la obra en el plazo fijado, el primero quedará automáticamente constituido en mora, sin necesidad de requerimiento previo, estaríamos frente a una mora sin interpelación por convenio entre las partes.

Si se pacta la entrega de mercaderías para embarcarlas en un vapor que zarpa del puerto en un día determinado y el deudor no cumple con entregarlas en su oportunidad, quedaría automáticamente constituido en mora. Aquí el plazo, de acuerdo con la naturaleza y circunstancias de la obligación, resultaría determinante.

La hipótesis de que el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación, de origen italiano, o la imposibilidad de interpelar por causa imputable al deudor, no requieren de mayores explicaciones.

Los casos analizados constituyen excepciones a la regla general del requerimiento, o sea a la interpelación que debe efectuar el acreedor para constituir en mora al deudor.

Por la interpelación el acreedor exige al deudor al tiempo de vencerse la obligación, o después, el cumplimiento de la prestación.

El acreedor puede solicitar el cumplimiento de la obligación; el pago de los daños y perjuicios moratorios; o, conjuntamente, la ejecución directa, en especie, y los daños y perjuicios moratorios. En cualquiera de estos tres casos el deudor quedaría constituido en mora.

El acreedor exige el cumplimiento de la obligación requiriendo ser pagado de inmediato u otorgando un plazo adicional para su ejecución. Si el acreedor otorga un plazo adicional se suscitan dos hipótesis: que durante ese plazo adicional el deudor no esté en mora, en caso que el acreedor, simplemente, prorrogue el plazo de cumplimiento de la obligación; o que el acreedor lo constituya en mora desde el momento del requerimiento, haciéndolo responsable de los daños y perjuicios moratorios y de la imposibilidad sobreviniente, entendiéndose que el plazo adicional es para la ejecución de la obligación, ya que en caso contrario el acreedor solicitará su ejecución forzada, o la ejecución por un tercero por cuenta del deudor, o el pago de daños y perjuicios compensatorios.

El requerimiento debe ser hecho por el acreedor o por su representante facultado para recibir el pago; en la misma medida en que el requerimiento debe ser hecho al deudor, o a su representante autorizado para verificar el pago.

La interpelación debe formularse en tiempo oportuno, o sea al vencerse la obligación o después. No puede constituirse en mora para el pago de una obligación sujeta a plazo no vencido o a condición no cumplida. Tampoco procede constituir en mora para el pago de una deuda ilíquida, salvo que para la liqui-

6. Artículo 1317 del Código Civil.

dación se necesite el concurso del deudor. Al interpelar debe exigirse precisamente la prestación y no cosa diversa.

La interpelación, según se ha expresado, puede hacerse en dos formas: judicial o extrajudicialmente.

Se interpela judicialmente mediante la interposición de una demanda. No existe, en la ley peruana, un procedimiento especial para interpelar judicialmente fuera del proceso.

En Francia se admite la interpelación por requerimiento o por mandamiento, o sea por acto de ujier, o por una citación de conciliación⁷. El Código Civil argentino acepta la constitución en mora mediante la intimación de pago ordenada por el juez y verificada por el oficial de justicia⁸.

La notificación con la demanda, aunque adolezca de nulidad, produce el efecto de constituir en mora al deudor, salvo que conste que el demandado no se instruyó de la notificación⁹. Hay una razón importante para considerarlo así. La notificación judicial llevaría a conocimiento del deudor la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación, reuniendo, en todo caso, los caracteres de una interpelación extrajudicial capaz de constituir en mora.

La interpelación extrajudicial, de acuerdo con la legislación peruana, puede hacerse en cualquier forma, sea verbalmente o por escrito. Otras legislaciones son más severas. Así, la jurisprudencia francesa acepta que una carta certificada basta para poner en mora al deudor, siempre que las partes hubiesen convenido por adelantado que produciría tal efecto¹⁰.

Hemos visto que la legislación peruana, como regla general exige la interpelación al deudor al vencimiento del plazo de la obligación, o después, para que quede constituido en mora. Se trata de la mora ex personae.

Excepcionalmente se admite la mora ex re, en razón de la naturaleza de las cosas: cuando la ley, el convenio o la naturaleza y circunstancias de la obligación así lo determinan, o cuando el deudor se ha negado por escrito a cumplir su obligación, o cuando no fuese posible interpelarlo por causas a él imputables. En estos casos opera la mora sin interpelación. El deudor, al vencimiento del plazo, queda automáticamente constituido en mora.

La doctrina del Código Civil peruano, consagrada por otras legislaciones, no se acepta, sin embargo, unánimemente.

La regla en el Derecho Romano es dudosa. Algunos autores sostienen que en el Derecho Romano el deudor, al vencimiento del plazo, y cualquiera que fuere la naturaleza de la obligación, quedaba, en caso de incumplimiento, constituido en mora: el tiempo interpelaba por el hombre. Otra corriente doctrinaria expresa que el requerimiento era siempre necesario para constituir en mora al deudor: el tiempo no interpelaba por el hombre.

Las leyes de Partida no exigían la interpelación al vencimiento del plazo. Esta misma tesis prevaleció en Francia en los siglos XVI y XVII. Pothier¹¹, sin embargo, fue de distinto parecer.

La doctrina de Pothier fue acogida por el Código Civil francés (artículo 1139), por el Código Civil español (artículo 1100) y por el Código Civil italiano de 1942 (artículo 1219). Esta misma doctrina informó a los Códigos Civiles peruanos de 1852 (artículo 1264), de 1936 (artículo 1254) y de 1984 (artículo 1333).

En el campo legislativo parece prevalecer, sin embargo, la tesis contraria: dies interpellat pro homine. Así lo establecen el antiguo Código Civil italiano (artículo 1223), el Código Civil alemán (artículo 284), el Código federal suizo de las obligaciones (artículo 102), el Código Civil brasileño (artículo 955), el Código Civil argentino (artículo 509, modificado por ley 17.711), el Código Civil chileno (artículo 1551), el Código Civil venezolano (artículo 1269) y el Código Civil paraguayo promulgado el 23 de diciembre de 1985 (artículo 424).

Es preciso, sin embargo, señalar los alcances de las reglas del antiguo Código Civil italiano y del Código Civil alemán.

Decía Giorgi¹², comentando el artículo 1223 del antiguo Código Civil italiano, que se dudaba si el legislador había querido referirse sólo al día cierto o también al día incierto. Y que había seguridad de que la regla se aplicaba al término certus an, certus quando (el día 2 de julio de 1987), pero que la duda prevalecía respecto a los términos incertus an, incertus quando (cuando el barco que ha zarpado de Génova llegue

7. Josserand, Louis: "Derecho Civil", tomo II, volumen I, Teoría general de las obligaciones, 1950, No. 618, p. 497.

8. Salvat, Raymundo M.: "Tratado de Derecho Civil argentino", Obligaciones en General, I, 1952, No. 90, p. 105.

9. Giorgi, Jorge: "Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno", volumen II, 1909, No. 55, p. 101; Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel: "Curso de Derecho Civil", De las Obligaciones, 1941, No. 349, p. 212; Castañeda, No. 174, p. 195.

10. Josserand, No. 618, p. 497.

11. Pothier: "Tratado de las Obligaciones", tomo I, No. 144, p. 123: "Debe observarse que, según nuestras costumbres, un deudor no se reputa como obligado a dar la cosa debida por él, más que mediante una demanda judicial hecha en forma, y solamente a contar del día de esa demanda".

12. Giorgi, No. 63, p. 108.

a Lima), certus an, incertus quando (cuando tal persona fallezca) e incertus an, certus quando (cuando tal persona cumpla sesenta años). Cabe agregar, respecto a esta misma norma, que cuando el vencimiento de la obligación se producía después del fallecimiento del deudor, sus herederos no quedaban constituidos en mora del deudor, sus herederos no quedaban constituidos en mora sino por el requerimiento y sólo después de nueve días contados a partir de la fecha de la interpelación.

Enneccerus, Kipp y Wolff¹³, por su parte, señalan que en virtud del artículo 284 del Código Civil alemán el deudor queda constituido en mora sin interpelación, pero sólo cuando el plazo de la prestación se ha fijado con arreglo al calendario (certus an, certus quando). En este caso la prestación debe cumplirse en el día fijado; el incumplimiento constituiría una violación. No es un día fijado según el calendario "un año después de la muerte de tal persona". Aquí sí habría necesidad de constituir en mora.

Estas discrepancias legislativas son consecuencia de las discrepancias doctrinarias acerca de la mora sin interpelación.

Dice Alfredo Colmo¹⁴, rechazando el adagio dies interpellat pro homine, que el deudor comúnmente es la parte más débil de la relación jurídica y que la solución del código Civil argentino¹⁵, antes de la modificación introducida por ley 17.711, era la menos onerosa para él. Y agrega que cuando el acreedor no exige el cumplimiento de la obligación, está manifestando, tácitamente, que la dilación no lo perjudica.

Puede añadirse, a ello, que las consecuencias de la mora son muy severas para el deudor, no sólo porque es responsable de los daños y perjuicios ocasionados por el retardo, sino porque también es responsable aun de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el evento fortuito hubiera alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiera llevado a cabo a su debido tiempo.

En suma, con esa fórmula el legislador trata de ser generoso con los deudores, más aún si la inacción del acreedor induce a demostrar voluntad de espera.

La regla dies interpellat pro homine también se sustenta, por su parte, en sólidos argumentos.

Cuando los contratantes fijan un plazo lo hacen para que el deudor conozca con exactitud la fecha en que debe efectuar el pago. No es necesario, porque

eso ya consta en el contrato, que el acreedor recuerde al deudor, después de vencida la obligación, que la ha incumplido. El deudor conoce el día del vencimiento de la obligación y ese día debe cumplirla. La necesidad del requerimiento, desde este punto de vista, constituye, se aduce, un trámite innecesario y, además, en las legislaciones que sólo aceptan la interpelación judicial, costoso.

Además, esa necesidad de interpelar puede dar origen a dificultades cuando el deudor está ausente o se ignora su domicilio, pues si bien las normas de procedimiento proveen de medios adecuados para la citación judicial, ellas, por expeditivas que sean, ocasionarán retardo en la interpelación.

Cabe admitir, en esta tesis, la misma excepción del antiguo Código Civil italiano. El fallecimiento del deudor antes del plazo fijado para el cumplimiento de la obligación, justifica, sin duda, que sus herederos sean interpelados para que queden constituidos en mora: es cierto que la obligación se transmite a los herederos cuando no es intuitu personae, pero también es verdad que éstos podían desconocer su existencia.

Conviene aclarar que el Código Civil peruano exige la interpelación, salvo las excepciones previstas por la ley, también en el caso de que no se haya fijado el plazo de vencimiento de la obligación.

Cuando no se ha señalado plazo, pero de la naturaleza y circunstancias de la obligación se deduce que ha querido concederse al deudor, el juez fijará su duración, de acuerdo con el artículo 182 del Código Civil. Sólo al vencimiento de este plazo señalado por el juez el deudor podrá ser constituido en mora.

Si de la naturaleza y circunstancias se deduce que no ha querido concederse plazo al deudor, entonces el acreedor podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Así lo ordena el artículo 1240 del Código Civil. Si el acreedor no recibe el pago después de exigírselo al deudor, podrá constituirlo en mora.

El mismo principio se aplica cuando la ley, a falta de estipulación entre las partes, señala el plazo. Así, por ejemplo, en el caso del artículo 1656 del Código Civil, referente al mutuo, que prescribe que cuando no se fijó un término para el pago se entiende que es de treinta días. Vencido el plazo de treinta días el acreedor estará en aptitud de constituir en mora al deudor.

Las controversias acerca de la mora sin interpelación no se suscitan cuando la ley, el pacto, o la natu-

13. Enneccerus, Kipp y Wolff, p. 260.

14. Colmo, Alfredo: "De las obligaciones en general", tomo I, 1928, No. 91, p. 73.

15. Alfredo Colmo se refiere al antiguo texto del artículo 509 del Código Civil argentino que exigía la interpelación.

raleza y circunstancias de la obligación hacen innecesaria la intimación al deudor; cuando éste manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación; o cuando no pueda ser interpelado por causas a él imputables.

Ya nos hemos referido a estos casos. Sólo cabe agregar, con relación al convenio entre las partes, que éste debe ser expreso para que el simple vencimiento del plazo constituya en mora al deudor. Así lo establece el artículo 1333 del Código Civil. En consecuencia, no debe interpretarse la intención de las partes o las manifestaciones tácitas de voluntad. Todo lo que no sea expreso no implicará la mora convenida.

3. EFECTOS DE LA MORA

El Código Civil peruano dispone en el artículo 1336 que el deudor que estuviese en mora responde de los daños y perjuicios y aun de la imposibilidad sobreviniente por causas que no le son imputables, pudiendo sustrarse a esta última responsabilidad si prueba que el evento dañino habría alcanzado a la prestación, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo.

Estos son pues los efectos de la mora en la legislación peruana.

Debemos aclarar que el Código se refiere a los daños y perjuicios moratorios, a la reparación por el retraso en el cumplimiento de la obligación, y no a los daños y perjuicios compensatorios. Los daños y perjuicios compensatorios no reparan el simple retraso. Reparán la inexecución parcial o total de la obligación.

Por ello cuando el deudor está en mora el acreedor puede exigir la prestación debida y, además, la reparación de los daños y perjuicios que produce el retraso. Por ejemplo, la indemnización por no concluir

se un edificio en el plazo estipulado o por el menor precio de los valores que no se entregaron oportunamente.

Para la aplicación de esta regla se requiere, por cierto, que el cumplimiento de la obligación aún sea posible y de utilidad para el acreedor. En caso contrario, ¿qué objeto tendría que el acreedor exigiera el cumplimiento de una obligación imposible o inútil?

La posibilidad de cumplimiento es una cuestión probatoria que queda a la apreciación del juez. En la misma medida en que también queda a la apreciación judicial decidir si la obligación resulta o no de utilidad para el acreedor.

Si la prestación aún es útil el acreedor no podrá rehusarla y sólo tendrá el derecho de solicitar, adicionalmente, el pago de los daños y perjuicios moratorios.

Esto no significa que el acreedor deba esperar indefinidamente el cumplimiento de la obligación. Ella puede ser posible pero el deudor puede negarse a cumplirla, bien en forma expresa, bien veladamente, con evasivas, rehusando contestar a los requerimientos del acreedor. Es por eso que el acreedor, dejando transcurrir un plazo prudencial después de que el deudor haya sido constituido en mora, puede considerar válidamente que no se trata de un simple retraso sino de inexecución total, y exigir, por tanto, el pago de los daños y perjuicios compensatorios¹⁶.

Dice Jorge Eugenio Castañeda¹⁷ que es indiferente conocer si el retardo se produjo por culpa o por dolo del deudor. Y que basta saber si existió culpa.

Discrepamos de esta opinión. Creemos que es esencial determinar si el retardo se originó por culpa leve o por culpa inexcusable o dolo, porque la responsabilidad del deudor se verá más o menos comprometida, en uno u otro supuesto, a tenor de lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil.

16. Artículos 1316 y 1321 del Código Civil.

17. Castañeda, No. 170, p. 189.