

SOBRE LLA "DEMORA", LA "MORA" Y EL PACTO COMISORIO

Por el Dr. José Miguel BARTHE.

En última instancia todo trabajo teórico tiene por finalidad resolver problemas prácticos en el aquí y ahora. Y pienso que en la medida que comprendamos o nos acerquemos al núcleo de los supuestos subyacentes de cada instituto jurídico, seremos capaces, como abogados, de operacionalizar los conflictos concretos que se nos presentan a diario en el Estudio.

Por eso antes de entrar de lleno al tema de la mora y el pacto comisorio haré algunas consideraciones sobre dichos supuestos a partir de los cuales surgirá la teoría que los sustenta y los resultados que la avalan.

Generalmente se me ocurre escribir un opúsculo sobre determinado tema con motivo de algún caso puntual que patrocino en el ejercicio cotidiano de la profesión y con el cual, vaya a saber por qué sutil motivo, me he entusiasmado y buceado en jurisprudencia, historia y bibliografía de ese instituto jurídico.

Y en esas circunstancias me vienen a la mente dos o tres reflexiones que quiero expresar antes de entrar en la materia de esta colaboración sobre la demora, la mora y el pacto comisorio.

1) Que, en realidad, no hay nada nuevo bajo el sol en materia de institutos jurídicos. Incluso en aquellos que en pueden parecernos novedosos en el momento de su aparición histórica. Escarvando en el pasado, tengo la sensación que ha existido un sabiduría antigua o primigenia que muchas veces los hombres olvidan y que luego creemos hacer un "descubrimiento novedoso" al adaptarlas a las circunstancias contemporáneas.

E intuyo, que ello se debe a que el Derecho, y por ende LA JUSTICIA, hunde sus raíces en la MORAL HUMANA que es prehistórica. Conclusión de lo dicho es que considero que será muy poco lo que pueda aportar de original en este artículo. Pero igualmente puede ser útil refrescar ciertos conocimientos y hacer una lectura desde otro plano que el meramente exegético.

Por eso muchas veces nos emocionamos antes esos fallos, de algunos jueces, que quizá en lo concreto resuelven de manera similar a otros, pero con unos fundamentos y razones que hacen que los justiciables los acaten con buena voluntad (sean vencedores o vencidos en la litis). Y de esa manera se mantenga la paz social, finalidad última del Derecho.

2) Desde mi punto de vista los contratos son un sistema dinámico tendiente a posibilitar la movilidad e intercambio de la riqueza, el desarrollo de las fuerzas productivas de sus miembros, y coadyuban a promover el bienestar general a que se refiere el Preamble de la C.Nacional.

Elos están engarzados e interrelacionados con sistemas mayores como lo son la ciudad, la nación y el mundo (urbis et orbes), y en ese sentido son un subsistema dentro de sistemas mayores.

Pues bien los miembros o unidades de ese

sistema son "las partes del contrato" que interactúan a partir de ciertas reglas pactadas unas y normadas otras.

Durante el tiempo de duración del mismo se producen alternancias de cumplimientos parciales, incumplimientos menores, pequeños conflictos, acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, etc.

Teniendo en cuenta el carácter funcional que tienen los contratos la sociedad tiene interés en su mantenimiento y validez (y no en su rescisión o anulación). Para ello ha creado diversos mecanismos homeostáticos.

Es decir que estos sistemas pueden mantenerse y desarrollarse a lo largo de prologadas secuencias, cambios, modificaciones y alternancias sin que por ello dejen de alcanzarse los objetivos iniciales que las partes tuvieron en vista al celebrarlos. En otros términos son sistemas estables. (Por Ej. existen previsiones en las mismas cláusulas del contrato, mecanismos de conciliación o arbitraje, pactados por los contratantes y otro tanto ocurre con las leyes civiles, comerciales y procesales que los reglan).

Pero como en todo sistema estable y homeostático, también se presentan casos patológicos. Es decir que el sistema se vuelve antifuncional tanto para sus miembros como para la sociedad.

En estos supuestos excepcionales es donde comienza a jugar el instituto del pacto comisorio y de su predecesora la mora.

Pasando de lleno al tema en ciernes observo que si bien "la mora", "la demora" y "el pacto comisorio" están íntimamente ligados en realidad son unidades (o si se quiere entes) con vida propia y pertenencia a diversos planos del ser.

Podríamos decir que la mora en el cumplimiento de las prestaciones de una obligación consiste en la demora en dicho cumplimiento imputable al deudor. O sea en un cumplimiento no puntual en el tiempo.

En cambio el incumplimiento que habilita el pacto comisorio es más abarcativo pues se puede referir tanto al tiempo del cumplimiento como a la forma o modo del mismo.

Es decir que se puede cumplir en el término acordado pero no en la forma o de la manera que las partes pactaron o entendieron acordar.

El art. 1204 del C. Civil habla de las obligaciones contractuales bilaterales (sean o no a plazo) y se refiere en general "al caso de que uno de los contratantes no cumpliere sus compromisos".

En realidad deberíamos decir "para el caso de que uno de los contratantes entendiera que ha cumplido sus compromisos y considerara que el otro no ha cumplido los suyos".

En el diario litigar tribunalicio observamos que

ambas partes sostienen o entienden que han cumplido, y que el incumplidor es el contrario.

En definitiva, luego de los alegatos y prueba, será el órgano jurisdiccional quien dictará sentencia declarativa de dicho incumplimiento o bien constitutiva del mismo según sea el caso (declarativa si el cumplidor hubiere constituido en mora a la otra parte o si la mora fuere automática por existir el pacto comisorio expreso. Y constitutiva si directamente se demanda sin previa constitución en mora).

Pero como veremos más adelante la posición inicial, el estado de ánimo "ab initio" del Juez debe ser el de un interprete restrictivo en cuanto a la aplicación excepcional del pacto comisorio. Y ello por lo que dijimos al principio sobre la función positiva que cumple el contrato en el desarrollo de las fuerzas sociales y económicas.

Antes de continuar haremos un pequeña clasificación de las distintas obligaciones que pueden surgir de un contrato bilateral, o al menos las que nos interesan a fin de analizar la dinámica del pacto comisorio (sea expreso o tácito).

- 1.- Obligaciones con plazo expresamente pactado.
- 2.- Obligaciones sin plazo expresamente convenido.

Como sabemos una obligación sujeta a plazo significa que la misma ha nacido de manera plena "ab initio" pero se difiere su exigibilidad hasta un tiempo o momento futuro.

Para la constitución en mora nuestro código civil, en el art. 509, distingue claramente 3 casos posibles: 1) que el plazo de cumplimiento estuviere expresamente convenido; 2) Que no estuviere expresamente convenido pero resultare tácitamente; y 3) Que lisa y llanamente no se hubiere estipulado plazo de cumplimiento.

En el primer caso la mora y sus efectos se producirían automáticamente, sin necesidad de interpelación previa.

En el segundo caso el acreedor deberá intimar al deudor el cumplimiento en un plazo razonable (si fuera un contrato bilateral no menos de 15 días según art. 1204 C.Civil) para constituirlo en mora

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria interpretan que el art. 509 C.Civil establece la mora automática para los casos de plazo expreso y cierto.

Entiendo que ese es el espíritu de la ley y coincide con los fundamentos que hemos dado "ut supra" respecto a los juicios de valor y a las conductas reprochables por un lado y al principio "pro-vigencia de los contratos" "pro debitoris" y "ejercicio abusivo de los derechos" (arts. 1071, 1198 Cod. Civil y art. 1218 inc.3º del Cod. Comercio). Algunos autores entienden que no es necesario que el plazo sea cierto, bastando que sea expreso.

Es decir que la mora se produciría automáticamente en las obligaciones de plazo incierto, ue no requerirían la interpelación previa (por Ej. "el deudor deberá pagar el día que muera el Papa"). Así opinan Guillermo, A Borda en *Trat. D. Civil TºI*, Pag.59, 8va. Ed.; Alterini "La responsabilidad en la Reforma civil" nº43;

Moisset de Espanés, nota en J.A., 1968-IV, p.799, nº V.

Por mi parte entiendo que, de una interpretación sistemática y teleológica del instituto, en caso de duda, se debe estar por una interpretación restrictiva que permita que el deudor pueda cumplir en un plazo cierto. Es decir siempre a favor de la validez de la obligación, del contrato y del principio de buena fe.

La intención de las partes al constituir una obligación o celebrar un contrato es para que el mismo se cumpla y así lo quiere la ley. Deben hacer ambos un esfuerzo, y también los jueces, para mantener la vigencia del acto jurídico.

"Cumplir" o "pagar" son términos sinónimos y significan extinguir la obligación.

Por eso de lo que se trata es de determinar si el deudor extinguió la obligación conforme a derecho, es decir en tiempo, forma, lugar y cantidad oportunos (arts. 740 y sgtes. Cod. Civil a los que me remito). Y esto deberá ser tenido muy en cuenta al momento de analizar la conducta de nuestro cliente (sea actor o demandado por pacto comisorio), porque además de las normas generales sobre el cumplimiento de las obligaciones, habrá que tipificar el contrato de que se trate (o si es un contrato atípico) pues en muchos casos hay modalidades específicas en cuanto a la forma de constituir en mora y respecto al modo del incumplimiento que habilita ejercer el pacto comisorio.

En otros términos: hay distintas modalidades o casos especiales de mora y de pactos comisorios. Primero hay que tipificar el contrato y luego buscar el plexo normativo aplicable al caso.

Ello permitirá discernir si la conducta del contratante es reprochable o legítima, frente al orden jurídico. Porque no cualquier "demora" en el cumplimiento de una prestación constituye en "mora" al deudor, ni cualquier falta de "pago" es "incumplimiento" de la obligación jurídica que habilite el ejercicio legítimo del pacto comisorio.

Y ello es así porque "demora" y "pago" son hechos o acontecimientos que pertenecen al mundo fenoménico (al mundo externo de los fenómenos físicos donde el hombre desarrolla su existencia). Pero "mora" y "cumplimiento legítimo" pertenecen al mundo psicológico de los significados y de los valores.

Y el mundo, la realidad jurídica, no son los hechos sino la significación y valoración que el individuo y la sociedad le da a esos hechos. La misma conducta fáctica (que es percibida por los sentidos) puede tener distintos significados. Y los significados no pertenecen al universo de los sentidos. Pensemos la carga de valoración moral que tienen jurídicamente los términos "mora" e "incumplimiento".

Decir que "fulano de tal es un moroso" o que "el Dr. Mengano es un incumplidor" no es precisamente una virtud, sino que es un "reproche" o valoración moral. Como vemos el significado no es lo mismo que el objeto o el acontecimiento significante. El objeto o el acontecimiento no cambia pero su significado puede cambiar (según los hombres que lo juzguen o valoren en cada época o momento histórico).

El default de la Argentina es un hecho, la

valoración que haga el mundo del comportamiento del país frente al mismo puede cambiar. Como dice Maurice Nicoll: "No veo como como podría decirse que es posible tocar el significado de los órganos de los sentidos o verlo u oírlo o saborearlo..." ("Comentarios psico lógicos...TªII, pag. 99, Ed. Kier, 4ta. Edición). Por eso decíamos antes que no cualquier demora es mora, ni cualquier incumplimiento habilita el ejercicio del pacto comisorio. Porque en ciertas circunstancias el ejercicio de un derecho puede ser reprochable (art. 1071 C.Civil).

Y ahora el reproche actúa como un boomerang, y será para alguien que ejerce el derecho a rescindir el contrato "en forma irregular" y ello puede liberar al deudor de la sanción por una "demora" que no será mora por culpa o dolo del acreedor, (por ejemplo, por "una demora desleal", de parte del ascipiens, en ejercer el pacto comisorio).

En materia contractual la mora y el incumplimiento en el pago no generan responsabilidad objetiva. Se requiere que al autor se le pueda reprochar moralmente culpa o dolo en la demora o en la forma de incumplir, es decir responsabilidad subjetiva. Esa también es la razón por la cual no puede constituir en mora quien a su vez está en mora o intimar el cumplimiento quien por su parte no ha cumplido o ha dado lugar al incumplimiento del otro contratante.

Eso implicaría el ejercicio irregular o abusivo de un derecho (art. 1071 C.Civil), violatorio de la buena fe y, por ende, reprochable por el derecho positivo argentino.

En otras palabras el deudor se exime de responsabilidad si su conducta no es reprochable al momento de cumplir con el pago y el cumplidor podrá articular el pacto comisorio si, la suya, tampoco es una conducta reprochable. Eso dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. Como antes dije, antes de rescindir un contrato por incumplimiento de la otra parte se debe tener especial cautela en definir o tipificar el contrato que nos ocupa, es decir determinar su verdadera naturaleza jurídica.

Bien puede ocurrir que se trate de un contrato que tengan sistemas de mora y modos de rescindir particulares y distintos al genérico descrito en el art.1204 Cod. Civil.

Y la cuestión se agrava cuando nos encontramos frente a contratos atípicos o contratos aparentes o simulados. Es decir que, en términos generales, se aplicará el art.1204 C.Civil siempre y cuando no haya modalidades distintas en el contrato en ciernes. A título de ejemplo analizaré muy brevemente el contrato de trabajo y el contrato de locación, donde el legislador por distinta razones ha establecido un régimen especial que se aparta del normado por el art. 1204 citado.

Contrato de trabajo: El contrato de trabajo puede ser rescindido por cualquiera de las partes (denuncia) en razón de incumplimiento grave en las prestaciones a cargo de la otra parte (injuria o justa causa de rescisión), directamente y sin cumplir las formalidades del art. 1204 Civil. (art. 242 LCT). Es decir que no es necesaria la interpelación previa para constituir en mora a la contraria (salvo el supuesto de abandono de trabajo por el dependiente donde el empleador deberá constituirlo previamente en mora en forma fehaciente s/ art. 244 LCT). Si el que rescinde por justa causa es el empleador su

conducta no es reprochable y no genera indemnización por daños y perjuicios.

En cambio si la denuncia del contrato es hecha por el trabajador (despido indirecto) la conducta del empleador es reprochable por el orden jurídico y debe indemnizar al dependiente (art.246 LCT).

Siendo obligación legal del empleador mantener la relación laboral, en general por tiempo indeterminado y en otros supuestos durante un determinado tiempo o durante ciertas temporadas del año, no debe despedir sin justa causa. Si lo hiciere, su conducta genera responsabilidad jurídica y deberá indemnizar a las cantidades regladas por el art. 245 LCT.

Además de las indemnizaciones nacidas como consecuencia del hecho de la extinción del contrato de trabajo, existen otras obligaciones que nacen con posterioridad a dicho hecho extintivo y donde la mora en el cumplimiento de esas obligaciones post-extinción corren por complejos y variados andariveles (sobre el tema ver colaboración del Dr. Eduardo LOUSTANAU en Rev. Quorum, Año XIX N°88, pag. 10, "MORA, LUGAR DE PAGO Y CARGA DE LA PRUEBA").

Contrato de locación: En este caso deberán aplicarse los arts. 1579 del C.Civil y el art. 5º de la Ley de locaciones de inmuebles urbanos N°23.091 referidos puntualmente a la resolución del contrato y la forma de constituir en mora al inquilino "que se demoró" en el pago, del canon locatativo.

El art. 1579 Cod. Civil establece de manera expresa que para poder el locador demandar la resolución del contrato - por falta de pago - deberá el inquilino incurrir en la falta de pago de dos períodos consecutivos de los alquileres pactados. Se requiere de dicha magnitud de "demora" (2 períodos incumplidos y que, además, sean consecutivos).

Y el art. 5º de la Ley 23.091 establece que "...Previo a la demanda de desalojo por falta de pago de alquileres, el locador deberá intimar fehacientemente el pago de la cantidad debida, otorgando para ello un plazo que nunca será inferior a 10 días corridos, contados a partir de la recepción de la intimación, consignando el lugar de pago". (como vemos el legislador impone un plazo expreso y cierto). De lo dicho se concluye que el art. 1579 C.Civil consagra un caso especial de pacto comisorio para las locaciones, distinto del que consagra ael art.1204 mismo Cod. para los restantes contratos bilaterales.

Y la Ley N° 23.091, por su parte ha dejado sin efecto la mora automática que para las obligaciones a plazo consagra el art. 509 del C.Civil y, siendo una ley de Orden Público (art.29 misma Ley) no puede ser dejada sin efecto por las partes. De ello se colige que la mora de pleno derecho pactada en un contrato de locación es nula y sin valor alguno.

En este sentido la jurisprudencia tiene dicho que: "...El art. 1579 del Código Civil consagra un caso especial de pacto comisorio implícito, tácito o legal, autorizando la resolución judicial del contrato de locación mediante la correspondiente demanda, si el locatario no paga dos períodos consecutivos de alquileres o rentas.

Esencialmente recoge el desahucio una pretensión de resolución del contrato de arrendamiento,

unida a la devolución de la cosa que fue entregada, de modo que la sentencia que admite la demanda de desalojo resuelve el contrato bien declarando, bien constituyendo tal resolución y se impone al demandado la obligación de abandonar el objeto del arrendamiento..." (CC)202 LP B 88875 RSD-372-98 S 17-12-1998, Autos: Tocci de Cormino c/ Martínez") Para finalizar transcribiremos la parte pertinentes de algunos fallos que ratifican lo dicho al principio, en el sentido que no cualquier incumplimiento habilita el ejercicio legítimo del derecho a rescindir un contrato, ni que cualquier retardo o "demora" en el cumplimiento de la prestación configura o constituye en mora al deudor.

* "La facultad de invocar el incumplimiento del contratante para obtener la resolución del contrato, puede ser materia de un ejercicio irregular. La aplicación del art. 1071 del Código Civil no exige un análisis lógico formal sino una valoración de conductas y resultados acaecidos en la vida real..." (CC0101 LP, 213073 RSD-246-92 S 3-11-1992 Autos: "Bentos c/Cuello").

* "La tesis del "retraso desleal" o "renuncia tácita", como particularización de la doctrina de los propios actos encuentra apoyo legal en nuestro Derecho tanto en el referido art. 1198 1ra. parte como en el art. 1071.

Es un caso especial de la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención a la buena fe, o, si se prefiere, un caso especial de abuso de derecho, que se puede definir como el abuso de derecho consistente en un ejercicio del derecho realizado con un retraso desleal.

La omisión del ejercicio del derecho durante un cierto tiempo, es un requisito del retraso desleal o renuncia tácita, pero no es suficiente, es necesario que el ejercicio actual aparezca desleal e intolerable para el adversario.

Basta que el demandado pudiera contar, en vista de las circunstancias y de una manera objetiva, con que el derecho no sería ejercitado, para lo cual las circunstancias del caso asumen un papel decisivo..."(CC0102 LP 232157 RSD-189-98 D 15-12-1998, Autos: "Rodríguez c/Berneda").

* "Es sabido que el estado de mora del deudor cesa, entre otros supuestos, por la renuncia expresa o tácita del acreedor a hacer valer los derechos que ha conferido la mora. Aún cuando la renuncia no se presume, ello no impide que pueda sea inducida con entera certidumbre de la conducta del acreedor..." (CC0201 LP, B 79760 RSD-84-95 S 20-4-1995, Autos: "Garasso c/Gutzos").

* "Que si bien la renuncia no se presume, la ley la tiene por operada con relación al derecho de resolución de la venta, si el enajenante -sin formular reserva- recibe una parte del precio luego de vencido el plazo de pago..." (SCBA, Ac. 36434 S 14-10-1986, Autos: Rodríguez Araunon c/ Saenz").

* "...El pacto comisorio expreso, para ser tal, aunque no requiera de términos sacramentales, debe surgir explícito y claramente constituido por la voluntad concurrente de las partes, ya que por tratarse de un elemento accidental del contrato, es decir, de aquellos que las partes pueden incorporar, en ejercicio de la libertad de las contrataciones (art. 1197 C.Civil), para modificar los efectos normales del contrato, constituye una excepción, de forma que la interpretación de las cláusulas que se invoquen ha de ser estricta y restrictiva..." (CC0002 SM

47127 RSD-46-00 S 2-3-2000, CARATULA: "Barbosa c/ Bel")

* "...pero no cualquier incumplimiento puede servir de base para poner en funcionamiento el pacto comisorio. Para optar por la resolución del contrato debe mediar un incumplimiento de cierta gravedad..." (Conf. SCBA Ac.: 37949 S 31-5-1988; Ac.: 73965 S 21-3-2001; Ac.: 82200 S 23-4-2003).

* "Si los acreedores aceptaron en su momento que el deudor alterara la modalidad del pago de lo adeudado, sin hacer jugar todas las previsiones pactadas para el caso de incumplimiento, ello importa renunciar a los efectos de la mora..." (CC0201 LP, B 79760 RSD-84-96 S 20-4-1995, Autos: Grasso c/ Gutzos").

* "Subsistiendo indeterminada la propia prestación no puede prosperar la mora, pues previo al denunciado incumplimiento es imprescindible saber qué hay que cumplir. No cabe, entonces, posibilidad de enrostrar una conducta reprochable al deudor, pues en todo caso tal imprecisión en el modo de hacer reclamar la dilucidación pertinente por los contratantes o eventualmente por la intervención judicial..." (CC0100 SN 910483 RSD-279-91 S 17-12-1991, Autos: Rodríguez c/Serafino")

* "No se configura mora en el obligado, si la tardanza en el pago se produjo porque el acreedor no se presentó en el lugar de cumplimiento..." (SCBA, Ac. 53421 S 31-3-1998, Autos: Zarjsek c/Pollaroli").
BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada puede consultarse:

* Cazeaux, "La reforma en el derecho de las obligaciones" (Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, t. X, nº21, p. 161 y en "Obligaciones, tº I, p. 153)

* Racciatti, "Algunas observaciones sobre la reforma del Cod. Civil en materia de mora", (J.A., Doctrina. 1969-236).

* Llambias, Obligaciones, t.I, vol., p. 4272

* Piantoni, La mora del deudor, p. 110.

ACTO CONMEMORATIVO ABOGADOS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO DE ESTADO

El día 6 de julio a las 13.30 hs., en el salón de actos del Colegio, se realizó el acto conmemorativo de los "Abogados Víctimas del Terrorismo de Estado", con motivo de los trágicos sucesos acaecidos entre los días 6, 7 y 8 de julio de 1977, con la presencia del Sr. Intendente Municipal Arq. Daniel Katz y diversos funcionarios nacionales, provinciales y municipales.

Hicieron uso de la palabra el Dr. Carlos Bozzi, sobreviviente de la infausta "Noche de las Corbatas" y el hijo del Dr. Tomás Fresneda -una de las víctimas de la misma- quienes dieron testimonio de los funestos acontecimientos de esos días.

Cerró el acto la actuación del Coro del Colegio de Abogados, quienes interpretaron dos emotivas canciones "Inconsciente Colectivo" y "Serenata para la tierra de uno".