

LA “MORA DEL DEUDOR” Y EL PROYECTO DE REFORMAS AL LIBRO DE OBLIGACIONES

Eduardo Barboza Beraún*
Jaime Miranda Gómez**

La Comisión de Reforma del Código Civil propone un cambio esencial en el libro de Obligaciones. Este es el relacionado a la mora del deudor y cómo ésta es abarcada por nuestro ordenamiento.

Los autores nos sitúan en el campo del artículo 1333, en el que se propone cambiar el inciso segundo. Asimismo, comentan la posibilidad de una contradicción entre dicho artículo con el Código de Comercio aún vigente. Finalmente, concluyen que éste proyecto de reforma está incompleto, y que es necesario abarcar un tema al cual ellos denominan “pendiente”.

* Abogado. Profesor de Derecho de Contratos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Socio del Estudio Echeconpar Abogados.

** Abogado. Asociado del Estudio Echeconpar Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1333 del Código Civil Peruano de 1984 regula los mecanismos de constitución para la *mora solvendi*. No obstante, tal regulación variaría sustancialmente con la implementación del interesante Proyecto de Reforma al Libro de Obligaciones, elaborado por el Profesor Carlos Cárdenas Quirós.

El presente trabajo tiene entonces por finalidad, describir y explicar la situación actual de la *mora solvendi*, y muy en particular, analizar las implicancias de la modificación pretendida por el Proyecto de Reforma antes indicado.

Así, el análisis contenido en los párrafos siguientes, será, como dijo Echeopar: “elemental (...), pero (...) permitirá concentrarse en los asuntos cardinales y no distraer la atención sobre temas de secundaria importancia o en el debate doctrinario de posibilidades o construcciones jurídicas ajenas a nuestra legislación”¹.

II. DEL INCUMPLIMIENTO Y LA MORA

Indistintamente de las diversas definiciones que existen sobre “las obligaciones” (y sus variadas fuentes), lo cierto es que éstas deben ser cumplidas; aunque no siempre ocurra esto. Como bien dice Díez-Picazo “Cumplimiento e incumplimiento, son así las dos grandes alternativas en que puede desembocar el vehículo dinámico en que la obligación consiste”².

Así pues, y como antítesis del “cumplimien-

to”, el “incumplimiento” puede ser perfilado como la no realización del comportamiento prometido; o como señala Wayar con más precisión, “toda disconformidad entre la conducta obrada y la conducta debida implica, sin más, incumplimiento”³.

El “incumplimiento” reviste entonces particular importancia para el presente análisis, pues es en aquél donde sucede el fenómeno moratorio⁴.

Si bien existen no pocas definiciones de “mora”, encontramos bastante completa la propuesta por Espin, quien la caracteriza como el “retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, que no impide su ulterior cumplimiento por no hacer imposible la prestación”⁵. Ahora, atendiendo al sujeto que incumple la obligación, la mora se divide en mora del deudor (*mora solvendi*) y mora del acreedor (*mora accipiendi*); siendo que en los párrafos siguientes nos ocuparemos solamente de la primera de las nombradas.

En este sentido, la “mora del deudor” ha sido delineada por la más autorizada doctrina como el “retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél”⁶. Sin embargo y como se verá en los acápite siguientes, no basta el retraso culpable, sino que además, subsista el interés del acreedor con respecto a la obligación, por serle útil su cumplimiento⁷.

III. EFECTOS DE LA MORA SOLVENDI

A consecuencia de la *mora solvendi*, se generan los siguientes efectos:

¹ ECHEOPAR, Luis. “Derecho de Sucesiones”. Lima: Gaceta Jurídica. 1999. p. 5.

² DIEZ PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen 1. Madrid: Tecnos. 1979. p. 610.

³ WAYAR, Ernesto. “Derecho Civil. Obligaciones”. Segunda Edición. Buenos Aires: Depalma. 2004. p. 487. En el mismo sentido, De la Puente señala: “(...) la obligación se cumple mediante la ejecución de la prestación. (...). El incumplimiento de la obligación se produce cuando el deudor no ejecuta plena y oportunamente la correspondiente prestación”. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La Mora y el Incumplimiento”. En: *Advocatus* 13. 2005. p. 166.

⁴ Al respecto, Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan que: “Nunca habrá mora sin la preexistencia de una obligación, independientemente de la fuente que le haya dado nacimiento. De esta forma, puede afirmarse que el primer presupuesto material u objetivo de responsabilidad civil es precisamente el incumplimiento de una obligación ya existente. Por eso, dentro de la vida de la obligación no podría hablarse de mora antes de que exista incumplimiento”. OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Lima: Palestra Editores. 2008. p. 905.

⁵ ESPÍN, Diego. “Manual de Derecho Civil Español”. Quinta edición. Volumen III. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1974. p. 206.

⁶ ENNECERUS, Ludwig; Theodor KIPP y Martin WOLFF. “Tratado de Derecho Civil”. Tomo 2. Volumen 1. Barcelona: Bosch. 1954. p. 261.

⁷ Como bien apunta Cárdenas “Lo que resultará verdaderamente indispensable será que el interés del acreedor se conserve intacto”. CÁRDENAS, Carlos. “Reflexiones a propósito de la mora del deudor: algunos temas puntuales” En: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen I. Lima: Palestra Editores. 2008. p. 625.

- Relevancia jurídica del retraso: El retraso en sí mismo, es un hecho sin trascendencia jurídica; por lo tanto, para que aquél produzca efectos legales, se requiere además de la constitución en mora al deudor. Y es que como se explicita en el acápite VI, si vencida la obligación el acreedor no la exige, demuestra con ello que tal retraso no lo afecta (operando una “prórroga tácita” del plazo).

La mora actúa entonces, como vehículo para configurar el denominado “retraso jurídicamente relevante” o como se ha dicho, “el retraso traducido a términos jurídicos”⁸.

- Factor desencadenante de responsabilidad: La constitución en mora habilita además al acreedor, a ejercitar las respectivas acciones de tutela al crédito que le corresponden (resolución del contrato, pago de penalidades y otras), al igual que activa la obligación indemnizatoria a cargo del deudor, quedando éste sujeto a la reparación de los daños que su retraso (imputable) haya causado al acreedor; este efecto indemnizatorio está recogido por el artículo 1336 del Código Civil⁹.

IV. ELEMENTOS DE LA MORA SOLVENDI.

Quedando definida la institución bajo análisis así, como sus efectos, listamos y explicamos brevemente sus elementos constitutivos.

- Un elemento objetivo, constituido por el retraso, que no es sino la tardanza,

el retardo o la falta de cumplimiento puntual de la obligación. Siguiendo en este punto a LaFaille¹⁰, el factor objetivo de la mora es la falta de ejecución oportuna, que presupone por tanto la exigibilidad de la prestación: plazo vencido, condición realizada u observancia de los requisitos previos.

- Un elemento subjetivo, esto es la imputabilidad en el retraso; toda vez que éste debe ser causado por el dolo o culpa del deudor. Como bien apunta el autor antes citado (LaFaille), para que esta responsabilidad por el retardo tenga existencia legal, es menester que el deudor haya caído en incuria o desidia.

La Exposición de Motivos del Código Civil recoge expresamente los dos elementos antes mencionados, indicando: “Para que el deudor quede constituido en mora se precisa un retardo en el cumplimiento de la obligación. Además, que tal retardo le sea imputable (...)”¹¹.

- Posibilidad y utilidad de la prestación. Es presupuesto de la mora, el hecho de que la prestación sea susceptible de cumplimiento, y a pesar de este cumplimiento tardío, sea aún útil para el acreedor. Al respecto, Díez-Picazo opina que: “Si la prestación se ha hecho imposible, o no es ya idónea para satisfacer el interés del acreedor, no hay, hablando rigurosamente, mora (...)”¹². Justamente a raíz de este presupuesto, resulta discutible la procedencia de la mora en las

⁸ Al comentar la posición expuesta, Díez-Picazo señala que: “El retraso por sí solo es un hecho jurídicamente intrascendente. Sólo cuando al retraso se añaden los presupuestos necesarios para entender al deudor constituido en mora, aparecen unas consecuencias jurídicas y el retraso es elevado a la categoría de lesión del derecho de crédito y de violación de la relación obligatoria”. DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit. p. 664.

Reconocemos sin embargo, que esta posición no es la única existente al respecto. Cabe precisar además, que el comentario antes transcrito, lo hace Díez-Picazo a título informativo, sin participar de la referida posición.

⁹ Artículo 1336.- Responsabilidad del deudor en caso de mora.

El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente.

¹⁰ LAFAILLE, Héctor. “Derecho Civil”. Tomo 6. Volumen 1. Buenos Aires: Ediar Editores. 1947. pp. 158 y siguientes.

¹¹ REVOREDO, Delia. “Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil”. Tomo V. Lima. 1985. p. 459.

¹² DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit. p. 664

“obligaciones de no hacer”¹³.

Finalmente, para que opere el instituto bajo análisis, se requiere de la denominada “constitución en mora”; tema que es tratado en el apartado siguiente.

V. SISTEMAS DE CONSTITUCIÓN EN MORA

Estos sistemas no son sino, los mecanismos o modos previstos para la “configuración de la mora”:

- Mora *ex personae* o mora con interpelación: Aquí, la “interpelación” o “requerimiento” tiene efectos constitutivos de mora. En este sentido, los Mazeaud¹⁴ precisan que: “Por sí sola, la simple llegada del vencimiento no es suficiente, por lo tanto, para que el deudor se encuentre en mora. Así era ya en Roma: *dies non interpellat pro homine* (el día no interpela por el hombre)”.

Ahora, el requerimiento exigido por la mora *ex personae* debe ser entendido en palabras de Puig Peña¹⁵ como “(...) aquélla manifestación de la voluntad del acreedor por cuya virtud éste hace saber al deudor que debe cumplir inmediatamente la prestación, no estando dispuesto a esperar por más tiempo este cumplimiento. Con frase vulgar diríamos que al acreedor se le ha agotado la paciencia, y ni un momento más tolera que siga produciéndose

la situación de espera injustificada y perjudicial para él”.

Nótese que tal requerimiento debe ser claro, expreso e inequívoco con respecto a la exigencia de pago, no surtiendo mayores efectos aquéllas comunicaciones que se hacen a título “informativo” o a manera de recordar la existencia de una obligación impaga. Citado a Borda no constituye interpelación “el simple envío de una cuenta vencida, ni el telegrama en el que se anuncia el propósito de demandar la rescisión del contrato o declarándolo rescindido, ni la demanda por resolución, porque en ninguno de estos hay reclamo de pago”¹⁶. De igual parecer es Castán Tobeñas: “En cambio, no sería intimación un simple recuerdo particular o un acto que no pueda calificarse de exigencia de pago, puesto que lo que desea el Código es que se demuestre haber acabado la tolerancia o benevolencia del acreedor”¹⁷.

- Mora *ex re* o mora sin interpelación: A diferencia del anterior, en este sistema la mora opera automáticamente por el sólo transcurso del tiempo sin que sea necesaria interpelación alguna.

Siguiendo a Osterling y Castillo “este tipo de mora –también conocida como mora automática– no requiere que el acreedor, una vez vencido el término fijado para el cumplimiento de la obligación, intime al deudor, ya que el

¹³ Si bien es un tema harto controversial a nivel doctrinal, basta decir para estos efectos que, en nuestro sistema legal vigente, la institución de la “mora” no aplica para la “obligación negativa” (o con prestación de no hacer). Entre los argumentos que sustentan lo expuesto, tenemos:

El Código Civil descarta la mora en las obligaciones con prestaciones de no hacer. Esto queda claro a partir de la regulación dada en los artículos 1160 y 1333 del Código Civil, cuyos preceptos omiten toda referencia a las prestaciones de no hacer, ocupándose únicamente de las prestaciones de dar y de hacer, esto es, de prestaciones de carácter positivo. Véase al respecto: CÁRDENAS, Carlos. “La Mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer”. En: THEMIS-Revista de Derecho 12. Lima. p. 77.

Un sector mayoritario de la doctrina nacional participa de la posición aquí asumida: “El primer requisito de la mora del deudor es el retardo en el cumplimiento de la obligación. Es este un elemento de hecho que tiene carácter ineludible. Se advierte, por tanto, que la mora es una institución propia de las obligaciones de dar y hacer, cuando el incumplimiento consista en un retraso, pero que ella queda descartada en las obligaciones de no hacer”. REVOREDO, Delia. Op. cit. p. 332.

¹⁴ MAZEAUD, Henri y Jean LEÓN. “Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda”. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1960. p. 393.

¹⁵ PUIG PEÑA, Federico. “Compendio de Derecho Civil Español”. Tercera edición. Tomo 3. Madrid: Ediciones Pirámide S.A. 1976. p. 154.

¹⁶ BORDA, Guillermo. “Manual de Obligaciones”. Cuarta Edición. Buenos Aires: Editorial Perrot. 1970. p. 66.

¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo 3. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1954. p. 142.

simple paso del tiempo interpelará por el hombre”¹⁸.

VI. POSTURA ACTUAL DEL CÓDIGO CIVIL

Resulta pertinente para facilitar este análisis, transcribir el artículo 1333 del Código Civil:

“Artículo 1333.- Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
2. 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.
3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.”

Contrastando los “sistemas constitutivos” antes descritos dentro del texto del vigente artículo 1333, podemos concluir que nuestro Código Civil, acoge como regla general, el sistema de la mora *ex personae* (según se desprende del tenor de su primer párrafo); y de manera excepcional admite la mora *ex re*, en caso se verifiquen alguno de los supuestos enumerados en el segundo párrafo del citado artículo 1333.

Esto no constituye novedad alguna en nuestro sistema legal, toda vez que los antecedentes legislativos de nuestro Código Civil, adoptaron idéntica posición¹⁹.

Entre los fundamentos –aparte de los históricos– que sustentan tal postura, tenemos:

- La denominada “Teoría de la Prórroga Tácita del Plazo”, la cual establece que la falta de requerimiento por parte del acreedor, apenas vencido el plazo de la obligación, acarrea una extensión tácita del plazo primigenio (operando una suerte de “plazo de gracia”) y evidencia además, que el retraso no causa perjuicio alguno al citado acreedor. Así, De Gasperi indica “(...) mientras [el acreedor] permanece inactivo, la ley interpreta que su silencio supone que la omisión no le perjudica y que, entretanto, está autorizando al deudor para que siga demorándose”²⁰.

Este mismo argumento es el invocado por la propia Exposición de Motivos del Código Civil: “Vencida la obligación, si el acreedor no la exige, demuestra con ello que el retardo no lo afecta. Se estima, por tanto, que tácitamente está prorrogando el plazo”²¹.

- La que para estos efectos llamaremos “Teoría de la Buena Fe”, sustentada por Llabrás, en el sentido que el fundamento de la mora *ex personae* “reside en la conveniencia de esclarecer la conciencia de las partes para que entre ellas reine la buena fe y ninguna pueda abusar de situaciones equívocas (...) ese sistema de constitución en mora se adapta apropiadamente a nuestros hábitos de vida y valoraciones sociales (...)”

¹⁸ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Código Civil Comentado”. Segunda edición. Tomo 6. Lima: Gaceta Jurídica. 2007. p. 773.

¹⁹ Decimos esto porque la mora *ex personae* fue ya recogida en nuestros anteriores cuerpos normativos civiles: Artículo 1254 del Código Civil de 1936.- Incurrir en mora el obligado, desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

Empero, no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente;

Cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que debía entregarse la cosa, o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

Artículo 1264 del Código Civil de 1852.- Incurrir en mora, el que no cumple con entregar la cosa ya debida, después que no se le exige; y también, el que no la entrega el día señalado en el pacto, si se expresó que lo hiciera sin necesidad a pedírsela.

²⁰ DE GASPERI, Luis. “Tratado de Derecho Civil”. Volumen II. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. 1964. p. 221.

²¹ REVOREDO, Delia. Op. cit. p. 459.

[porque] es frecuente que el acreedor tolere ciertos retardos mínimos, porque confía en el deudor y atiende a sus dificultades momentáneas, sin descargar sobre él todo el peso de sus derechos”²².

VII. LA MORA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO: ¿DOBLE RÉGIMEN?

Sin perjuicio de lo antes expuesto, debemos precisar que el Código de Comercio (promulgado el 15.02.1902) contendría una regulación particular de la mora para las denominadas “obligaciones mercantiles”.

En efecto, el artículo 63 del código acotado establece:

“Artículo 63.- Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:

1. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.
2. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios contra aquél ante un juez o notario público.”

Se aprecia entonces que el Código de Comercio estaría regulando la mora de manera disímil a la del Código Civil: (i) para aquéllas obligaciones que tienen plazo de cumplimiento determinado, operaría la mora *ex re* o automática, según el inciso 1 del artículo 63 bajo comentario; en tanto que (ii) las obligaciones que no tengan plazo establecido (por convenio o por ley), están sujetas a la mora *ex personae*, siendo necesaria por tanto la interpelación, según el

inciso 2 del ya citado artículo 63.

No obstante, resulta pertinente analizar si efectivamente se trata de regulaciones paralelas (y dispares), o si tal dualidad no es tal.

Para acometer este análisis, cabe precisar que los contratos, atendiendo al área que cubren, pueden ser clasificados en civiles, comerciales y especiales. Así, (i) son civiles los regulados por el Código Civil, o los que no estándolo, se rigen por la aplicación supletoria de éste; (ii) son comerciales los que están sujetos a las normas del Código de Comercio u otras leyes, y en general, los que tienen por contenido los llamados “actos de comercio”²³; y (iii) son especiales aquellos que presentan características propias y limitadas a situaciones concretas²⁴.

Se evidencia entonces la siguiente situación:

- La Sección Cuarta del Libro I del Código de Comercio, denominada “Disposiciones Generales sobre los Contratos de Comercio” resultaría de exclusiva aplicación para los denominados “contratos comerciales”.
- No obstante, la primera parte del artículo 1353 del Código Civil²⁵ establece textualmente que “Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección”. Es decir, en virtud del citado artículo, las “Disposiciones Generales” sobre contratos, contenida en el Título I de la Sección Primera del Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) del Código Civil, se aplican a todo el ámbito de la contratación privada.

²² Jorge Joaquín Llambías. Citado por MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “La Mora en el Código Civil del Perú de 1984”. En: Universidad de Lima. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional. Tomo II. p. 134.

²³ Esto, según el texto del artículo 2 del Código de Comercio: Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común. Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

²⁴ ARIAS-SCHREIBER, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”. Segunda edición. Tomo 1. Lima: Gaceta Jurídica. 2000. p. 51.

²⁵ Artículo 1353.- Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Así las cosas, y estando claro que los “contratos comerciales” están comprendidos dentro del derecho privado (y por ende forman parte de la contratación privada), resulta válido afirmar que la Sección Cuarta del Libro I del Código de Comercio ha quedado sustituida por la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.

En tal sentido y dado que la materia de la norma anterior (Disposiciones Generales sobre los Contratos de Comercio), es íntegramente regulada por la norma nueva (Disposiciones Generales sobre Contratos del Código Civil), se ha producido en estricto un supuesto de derogación tácita de la norma antigua; todo esto en aplicación del segundo párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil²⁶.

En el mismo sentido se pronuncia un sector de la doctrina nacional. Así, desde la perspectiva del Derecho Comercial, se ha señalado “Los arts. 50 al 63 de C. de C. contenidos en la parte dedicada a las disposiciones generales sobre los contratos de comercio (...) **ha sido sustituida por el Título I de la Sección Primera (Libro VII) del C.C. de 1984 (...)**”²⁷ [El énfasis es nuestro]. Por otro lado, y desde el lado civil, De la Puente indica que: “(...) la ineficacia abarca a toda la materia de las disposiciones generales de la Sección Cuarta del Libro I del Código de Comercio, que ha quedado derogada tácitamente por el artículo 1353 del Código Civil (...)”²⁸.

En atención a lo señalado en precedencia, se puede concluir que la regulación sobre mora contenida en el artículo 63 del Código de Comercio, no estaría ya vigente, al haber sido derogada –de manera tácita– por el artículo 1353 del Código Civil. En consecuencia, para la mora de los “contratos comerciales”, tendría que aplicarse entonces las normas

que al respecto establece el Código Civil, dado la vocación supletoria que tiene este último²⁹.

Se desprende además, que no existen dos regímenes de mora en nuestro sistema legal, sino sólo uno: el regulado por el Código Civil³⁰.

VIII. PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 1333: ANÁLISIS Y COMENTARIOS

En el Proyecto de Reformas al Libro de Obligaciones elaborado por el Dr. Carlos Cárdenas Quirós, se ha propuesto la modificación del artículo 1333 en los términos siguientes:

“Artículo 1333.- Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente
2. **Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que opera por su sólo vencimiento**
3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor” [El énfasis es nuestro].

La reforma propone básicamente sustituir el texto del actual inciso 2, con el siguiente tenor: “Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que [la mora] opera por su solo vencimiento”.

Por las razones que a continuación se exponen, encontramos plausible y coincidimos por tanto con la modificación propuesta:

²⁶ Artículo I del Título Preliminar del Código Civil.- La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.

²⁷ MONTROYA, Hernando y Ulises MONTROYA. “Derecho Comercial”. Tomo III. Lima: Editora Jurídica Grijley. 2006. p. 4.

²⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. Segunda edición. Tomo 1. Lima: Palestra Editores. 2003. p. 175.

²⁹ El carácter supletorio que tiene el Código Civil encuentra sustento en su propio Artículo IX del Título Preliminar, cuyo texto glosa: Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

³⁰ Debemos señalar sin embargo que esta posición no es pacífica, en tanto existe un sector de la doctrina que postula la dualidad de regímenes.

- La experiencia demuestra que en el tráfico patrimonial actual, las obligaciones sujetas a plazo determinado son las más; y las que no tienen plazo determinado de vencimiento las menos. Para tales efectos, entendemos por (i) “plazo determinado”, a aquél fijado en la obligación con indicación de su término inicial y término final, y en contraposición, por (ii) “plazo no determinado o indeterminado” al que adolece ya sea de término inicial o final, o de ambos, por no haber sido establecidos, ni fijados³¹.

Consiguientemente, con esta modificación se estaría invirtiendo el régimen actual de la “mora”: la mora *ex re* o automática se constituiría en la regla general, dado que la mayoría de obligaciones tienen plazo determinado (así como para los supuestos enumerados en la segunda parte del artículo 1333). Como contrapartida, la mora *ex personae* operaría en vía de excepción y quedaría limitada básicamente a aquéllas obligaciones que no tienen plazo alguno.

- Ahora, y asumiendo que el régimen de mora del Código de Comercio estuviera vigente (posición de la cual no participamos según lo señalado en el acápite VII anterior), la modificación propuesta conllevaría a que el régimen de mora contenido en aquél, guarde correspondencia con la –nueva– normativa civil, eliminándose el supuesto tratamiento dispar que aparentemente existe al respecto.
- Otro argumento a favor, es que los acreedores quedarían, en el caso de obligaciones para con ellos asumidos con vencimiento determinado, liberados de la “carga o diligencia adicional” que implica efectuar la

interpelación. Y es que podría decirse que el régimen actual de mora, por la razón antes expuesta, estaría favoreciendo a los deudores pero no a los acreedores, toda vez que el factor tiempo (i.e oportunidad) no adquiere mayor relevancia; esto último trasciende el ámbito jurídico y se extiende incluso hasta el socio/económico, pues “denota una economía poco escrupulosa, donde la puntualidad o el tiempo o ritmo de satisfacción de los derechos no juega un papel relevante o no suscita un interés vitalmente apreciable”³².

- Además de lo señalado en el párrafo anterior pero en la misma línea, el actual artículo 1333 genera no pocos inconvenientes prácticos. Bajo el régimen vigente, muchos de los actos o derechos que ejerza el acreedor, obviando la constitución en mora (en los casos en que ésta opera *ex personae*), quedarían desestimados.

Así por ejemplo y retomando las ideas vertidas en el acápite III (en el sentido que la mora asigna relevancia jurídica al retraso y actúa como factor desencadenante de responsabilidad), el cobro de una penalidad, una acción indemnizatoria o una resolutoria, a causa de un retardo, sin que medie previamente la existencia de la mora, carecerían de sustento. Y esto porque el acreedor, al no interpelar, no habría sino convalidado dicho retraso, prorrogando además el plazo de cumplimiento.

- Por otro lado, nos declaramos “creyentes” del Principio de la Buena Fe, que se proyecta, en materia de ejecución obligacional, como un criterio de conducta conforme al cual deben desenvolverse las partes (deudor/acreedor)³³.

³¹ PADILLA, René. “La Mora en las Obligaciones”. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1983. p. 81.

³² DIEZ PICAZO, Luis. Op. cit. p. 665.

³³ Hay consenso en la doctrina en que la Buena Fe se ha plasmado legislativamente en dos sentidos: (i) subjetivo, refiriéndose a la intención con la que obran las personas o la creencia con que lo hace, por lo que se le llama “buena fe-creencia”, y (ii) objetivo, en la que actúa como regla de conducta que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determine que se le denomine “buena fe-lealtad”. DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel “La Fuerza de la Buena Fe” En: De los Mozos, José Luis (Director), Instituciones de Derecho Privado – Contratación Contemporánea. Tomo 1. Lima: Palestra Editores. 2001. p. 276.

No obstante esto, y si bien somos conscientes de que el principio citado sustenta la mora *ex personae* (según se ha señalado en el acápite VI precedente), consideramos que justamente por la aplicación del mismo, el acreedor que convino un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación a su favor, tiene la sana expectativa de que su corresponsivo deudor, desplegando un comportamiento serio, honesto y leal (i.e. de Buena Fe), la cumpla de manera espontánea en el plazo pactado sin necesidad de ninguna interpelación.

En atención a lo expuesto, el Principio de Buena Fe, abonaría también a favor de la modificación propuesta.

- Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, la enmienda bajo comentario reduciría los denominados “costos de transacción”³⁴. En palabras de Alfredo Bullard, “celebrar un contrato cuesta”³⁵. Pero cuesta no sólo celebrarlo, sino también ejecutarlo.

Es obvio que dentro de la etapa de ejecución, se encuentra —en caso de no verificarse un supuesto de mora automática— la interpelación exigida por el actual artículo 1333. Para concretar la misma, es probable que el acreedor tenga que incurrir en una serie de costos, como podrían ser: (i) costos de asesoría legal: a efecto de que un abogado le redacte adecuadamente el texto de la interpelación (pues como se ha advertido en los párrafos anteriores, debe tratarse de un requerimiento expreso, claro e inequívoco); (ii) costos notariales: si bien el Código Civil no exige formalidad alguna para la interpelación, no cabe duda que por temas de certeza y demostrabilidad,

es conveniente efectuarla por la vía notarial (toda vez que el Notario certifica tanto la expedición como la recepción de la comunicación interpelatoria); y (iii) costo tiempo, reflejado en el lapso transcurrido entre el vencimiento y la interpelación, sin considerar los tiempos invertidos en los costos señalados anteriormente.

La modificación propuesta, para el caso de obligaciones sujetas a plazo (que constituyen como se ha dicho la mayor parte del universo obligacional), no haría sino reducir y hasta eliminar los costos antes listados, pues ninguno de ellos sería ya necesario para la “constitución en mora” del deudor (por operar ésta automáticamente); en términos económicos “tales costos serían iguales a cero”.

- Finalmente, debemos pronunciarnos sobre el texto eliminado y sustituido, que recoge como supuesto de mora automática el siguiente: “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”.

Este supuesto parte de “asumir” que las partes consideraron la fecha de cumplimiento de la obligación como un elemento esencialísimo; por lo tanto, si el obligado no cumple dentro del plazo convenido, resultaría innecesaria la interpelación (pues el deudor sabía desde un inicio, que la ejecución inoportuna afectaba los intereses del acreedor). Constituye entonces un presupuesto para la aplicación de esta forma de mora automática, el “conocimiento de la importancia del plazo” por parte del deudor.

De lo expuesto aparece el principal

³⁴ Los “costos de transacción” incluyen entre otros, “los costes de identificación de las partes con las que uno ha de tratar, los costos que implica reunirse con dichas partes, los costes del proceso de negociación en sí y los costes de la puesta en práctica de cualquier acuerdo al que se llegue”. POLINSKY, Mitchell. “Introducción al Análisis Económico del Derecho”. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1985. p. 22.

³⁵ BULLARD, Alfredo. “Ronald Coase y el Sistema Jurídico”. En: Derecho y Economía: El Análisis económico de las instituciones legales. Segunda Edición. Lima: Palestra Editores. 2006. p. 104.

inconveniente de esta norma, y es que implica una previa labor de indagación de la voluntad y/o conocimiento de las partes con respecto al “motivo determinante”.

Es por demás obvio que el inconveniente advertido se salva con el nuevo texto propuesto, en donde el sólo vencimiento del plazo determinado despliega el fenómeno moratorio; no siendo necesaria entonces la –difícil– indagación en el fuero interno de las partes, y sobre todo del deudor.

IX. UN TEMA PENDIENTE...

No obstante que estamos convencidos de la bondad de la modificación, no podemos dejar de advertir que aún con la misma, el actual articulado sobre mora seguiría generando algunos inconvenientes.

Nos referimos en concreto al texto del artículo 1335 del Código Civil, según el cual “En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple con su obligación u otorga garantías de que la cumplirá”.

Este artículo establecería entonces que en caso de un vínculo obligacional con prestaciones recíprocas, la mora para uno de

los obligados “inicia” sólo desde que el otro cumple con su prestación³⁶.

Dicha norma pues, estaría afectando algunos mecanismos de tutela del crédito establecidos por otras disposiciones del Código Civil; muy en particular, y tal como se ha expuesto en un trabajo anterior, el artículo 1335 no haría sino “inutilizar” la denominada Excepción de Incumplimiento regulada en el artículo 1426 del Código Civil³⁷. Nos explicamos brevemente.

Por un lado, el artículo 1426 faculta a una parte a suspender el cumplimiento de su prestación hasta que su contraparte cumpla con la suya; no obstante, constituye requisito para su invocación que la parte contra la cual se excepciona haya sido constituida en mora³⁸. Ahora, según el artículo 1335, la parte excepcionada sólo incurriría en mora desde el momento en que la excepcionante cumpla con su prestación. En síntesis y según la aplicación conjunta de estas normas, “la parte excepcionante para quedar habilitada a incumplir (al amparo de la Excepción de Incumplimiento), tiene previamente que cumplir”.

Esta suerte de “colisión normativa”, ameritaría una reformulación ya sea del artículo 1426 o del 1335, a efecto de que ambas normas sean correspondientes entre sí, antes que opuestas; lo que bien podría darse dentro del Proyecto de Reformas que motivó el presente ensayo.

³⁶ Entendemos que la intención de esta norma es mantener el paralelismo que es inherente a las obligaciones recíprocas, evitando que una de las partes requiera el cumplimiento (constituyendo en mora a la otra), cuando esta misma parte –la reclamante– no ha cumplido con la prestación a su cargo. Si bien esto respondería a un tema de equidad, la solución dada por la misma norma estaría quebrando el paralelismo que busca mantener. Y es que dicha reciprocidad se trastocaría, toda vez que la norma estaría exigiendo a una parte cumplir con su obligación para que la otra quede constituida en mora, a pesar de que ésta última no ejecute la recíproca suya. En todo caso, reconocemos lo discutible del tema, tanto en la doctrina nacional como extranjera. Con respecto a ésta última, puede consultarse la obra de Gema Díez-Picazo: *La Mora y la Responsabilidad Contractual*.

³⁷ Artículo 1426.- En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.

³⁸ Sobre el particular y para mayor abundamiento, permítasenos remitirnos a BARBOZA BERAÚN, Eduardo. “¿Excepción de Incumplimiento o excepcional dolor de cabeza?” En: *Advocatus* 9. 2003. p. 387.