



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La vigencia del sistema de mora mercantil del Código de Comercio y su aplicación al pago retrasado en un contrato de obra. Análisis crítico de la Casación N° 2533-2013-Lima**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Martín Eduardo Saavedra Pisfil**

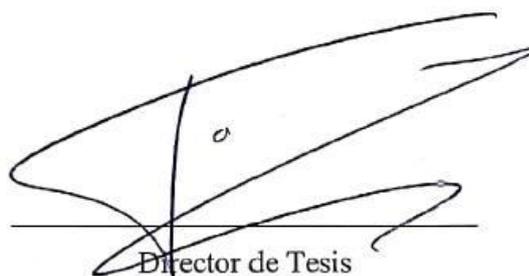
Asesor(es):  
Mgtr. Víctor Gonzalo Herrada Bazán

Piura, julio de 2020



## Aprobación

Tesis titulada “La vigencia del sistema de mora mercantil del Código de Comercio y su aplicación al pago retrasado en un contrato de obra. Análisis crítico de la Casación N° 2533-2013-Lima” presentada por el bachiller Martín Eduardo Saavedra Pisfil en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Mgtr. Víctor Gonzalo Herrada Bazán.



Director de Tesis



## Dedicatoria

Dedico el presente trabajo a Dios, porque guía mi camino y ha puesto en mi vida grandes ejemplos de perseverancia.

A mis padres Freddy y Miriam, a los que respeto y amo infinitamente.

A mis abuelos José, Alejandro, Lucila y Dora.

A Sarita, por su amor, paciencia y apoyo incondicional.

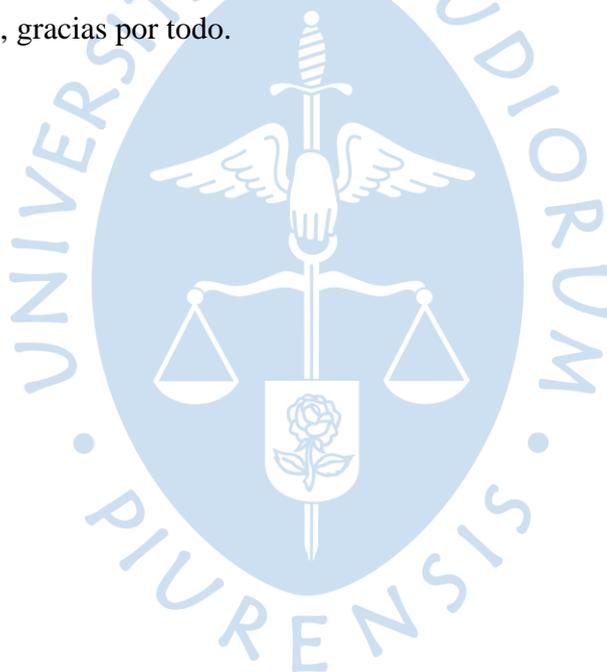
A mis tías, las personas más luchadoras y trabajadoras que conozco.

A mis tíos, especialmente a Octavio, quién estuvo pendiente de mi trabajo, animándome y siempre dándome una palabra de aliento para culminarlo.

A mi tío Víctor, quien está luchando por nosotros.

A mis amigos, quienes siempre han estado conmigo en las buenas y en las malas.

Esto es por ustedes, gracias por todo.





## Agradecimiento

Un especial agradecimiento al Mgtr. Víctor Gonzalo Herrada Bazán, mi asesor de tesis, por la confianza que me brindó desde el primer momento, por su tiempo, dedicación y entrega inestimable en la realización de esta investigación.

Agradezco también, a Grelia Matta Trelles y a José Luis Agreda de la Rosa, por sus acertados consejos personales y profesionales a lo largo de mi formación como profesional.





## Resumen Analítico-Informativo

**La vigencia del sistema de mora mercantil del Código de Comercio y su aplicación al pago retrasado en un contrato de obra. Análisis crítico de la Casación N° 2533-2013-Lima**

**Martín Eduardo Saavedra Pisfil**

**Asesor(es): Mgtr. Víctor Gonzalo Herrada Bazán**

**Tesis.**

**Abogado.**

**Universidad de Piura. Facultad de Derecho.**

**Piura, julio 2020.**

**Palabras claves:** Código de comercio / Código civil / Mora del deudor / Intereses moratorios / Derogación normativa / Contratos mercantiles / Contrato de obra.

**Introducción:** Tesis de grado en Derecho perteneciente a la línea de investigación sobre Derecho civil y Derecho mercantil de obligaciones y contratos. El autor presenta el resultado de la investigación acerca del sistema de mora mercantil previsto en el Código de Comercio de 1902, defendiendo su vigencia y su aplicación a los contratos mercantiles celebrados en el marco del ordenamiento peruano.

**Metodología:** El presente trabajo consiste en un análisis de manera cualitativa de conceptos de instituciones del Derecho mercantil y civil de obligaciones y contratos, para lo cual se ha recurrido a doctrina nacional y comparada, a fin de sustentar las conclusiones de la presente tesis.

**Resultados:** Pese a las varias voces contrarias, el art. 1353 CC no ha derogado el sistema de contratación mercantil previsto en los arts. 50 a 63 CdC. Por lo tanto, en el ordenamiento peruano existen dos regímenes vigentes de constitución en mora del deudor: Uno general civil (en el art. 1333 CC) y otro especial mercantil (en el art. 63 CdC). Este último deberá aplicarse a aquellas obligaciones cuya naturaleza sea mercantil, en tanto se trata de obligaciones que se insertan en una actividad empresarial.

**Conclusiones:** Existen razones normativas y teleológicas para sustentar la vigencia del régimen de mora del deudor previsto en el Código de Comercio, pese a las varias voces en contra.

**Fecha de elaboración del resumen:** 01 de julio de 2020

## Analytical-Informative Summary

**La vigencia del sistema de mora mercantil del Código de Comercio y su aplicación al pago retrasado en un contrato de obra. Análisis crítico de la Casación N° 2533-2013-Lima**

**Martín Eduardo Saavedra Pisfil**

**Asesor(es): Mgtr. Víctor Gonzalo Herrada Bazán**

**Tesis.**

**Abogado.**

**Universidad de Piura. Facultad de Derecho.**

**Piura, julio 2020.**

**Keywords:** Commercial Code/ Civil Code / Debtor default / Default interests / Normative repeal / Commercial contracts / Construction contract.

**Introduction:** Degree thesis in law belonging to the line of research on civil law and commercial law of obligations and contracts. The author presents the result of the investigation about the commercial default system provided in the 1902 Commercial Code, defending its validity and its application to commercial contracts concluded within the framework of the Peruvian legislation.

**Methodology:** The present work consists of a qualitative analysis of concepts of commercial and civil law institutions of obligations and contracts, for which national and comparative doctrine has been used, in order to support the conclusions of this thesis.

**Results:** Despite the various opposing voices, the art. 1353 of the Civil Code has not repealed the commercial contracting system established from arts. 50 to 63 CdC. Therefore, in the Peruvian system there are two current regimes of constitution in default of the debtor: One civil general (in art. 1333 CC) and another commercial special (in art. 63 CdC). The last must be applied to those obligations whose nature is commercial, as long as they are obligations that are inserted in a business activity.

**Conclusions:** There are normative and teleological reasons to support the validity of the debtor's default system provided for in the Commercial Code, despite the various voices against it.

**Summary date:** July, 1<sup>st</sup> 2020.

## Tabla de contenido

<b>Introducción</b> .....	1
1. Presentación del caso.....	1
1.1. Breve descripción de los hechos.....	1
1.2. Argumentos de las partes.....	2
1.3. Argumentos del recurso de casación.....	3
1.4. Argumentos de la Corte Suprema.....	4
2. Justificación y estructura de la investigación.....	5
<b>Capítulo 1. La mora del deudor y los intereses moratorios</b> .....	7
1. La mora: concepto y efectos.....	7
2. Los intereses moratorios: naturaleza y regulación.....	9
3. Valoración de la sentencia.....	9
3.1. Sobre el pago de intereses moratorios.....	9
3.2. Sobre los arts. 1321 y 1329 CC.....	10
<b>Capítulo 2. La constitución en mora del deudor: régimen civil y mercantil</b> .....	13
1. La constitución en mora en el Código civil: presupuestos.....	14
1.1. Retraso en el cumplimiento.....	14
1.2. Imputación del retraso al deudor.....	15
1.3. La interpelación del acreedor como regla general.....	16
1.3.1. La interpelación.....	16
1.3.2. Casos de mora sin interpelación.....	17
2. La constitución en mora en el Código de comercio.....	19
2.1. Mora automática como regla general.....	19
2.2. La interpelación en la mora mercantil.....	20
3. La constitución en mora en obligaciones recíprocas.....	22
4. Cuestión por definir: ¿es aplicable el régimen civil de mora del deudor al caso concreto?.....	23

<b>Capítulo 3. Vigencia del régimen mercantil de obligaciones del Código de Comercio...</b>	<b>25</b>
1. Autonomía del Derecho mercantil con respecto al Derecho civil .....	25
1.1. La historicidad del Derecho mercantil .....	25
1.2. Crisis de la noción de Derecho mercantil: el acto de comercio y el empresario. ....	27
1.3. La idea de “empresa” como eje de la noción de Derecho mercantil .....	29
2. La vigencia del Código de comercio y su aplicación a las obligaciones mercantiles ....	30
2.1. El art. 1353 CC y la pretendida derogación del CdC en materia general de contratos y obligaciones .....	31
2.1.1. Exposición de las posturas derogatorias .....	31
2.1.2. Crítica a las posturas derogatorias .....	34
2.2. El sistema de fuentes aplicable a los contratos y obligaciones mercantiles .....	39
<b>Capítulo 4. La aplicación del régimen de mora mercantil del Código de Comercio al pago retrasado en un contrato de obra: análisis del caso concreto .....</b>	<b>41</b>
1. Calificación de la relación contractual.....	41
1.1. La prestación de servicios: alcances generales y clasificación tradicional .....	42
1.2. Contrato de locación de servicios y contrato de obra: similitudes y diferencias. ....	43
1.3. Calificación de la relación contractual: contrato de obra .....	45
2. Mercantilidad del contrato .....	46
2.1. El criterio de mercantilidad de un contrato .....	47
2.2. La mercantilidad del contrato de obra .....	49
3. Aplicación del sistema de mora mercantil al contrato de obra .....	51
<b>Conclusiones .....</b>	<b>55</b>
<b>Abreviaturas .....</b>	<b>57</b>
<b>Referencias bibliográficas.....</b>	<b>59</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>65</b>

## Introducción

A partir de la promulgación del CC de 1984, se generó en la doctrina una idea –luego generalizada– de que tal cuerpo normativo produjo la unificación de los sistemas civil y mercantil de obligaciones y contratos. Esta consecuencia, según los autores que la defienden, se habría originado en dos normas: los arts. 2112 y 1353 CC. El primero deroga expresamente cinco tipos contractuales regulados con anterioridad en nuestro CdC de 1902: la compraventa, la permuta, el mutuo, el depósito y la fianza. El segundo, por su parte, establece expresamente: “Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenida en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.

Con base en esta última norma, un considerable sector de la doctrina planteó que el legislador de 1984 habría derogado todo el régimen de obligaciones y contratos mercantiles previsto en el CdC y, por tanto, se habría producido la referida unificación del Derecho privado.

A causa o no de esta idea, es constatable que la mayor parte de los operadores jurídicos desconocen la existencia –y vigencia– de las reglas de contratación mercantil previstas en los arts. 50 a 63 CdC. Sin embargo, en nuestra opinión y pese a las varias voces en contra, dichas reglas conservan aún su vigencia<sup>1</sup> y, por tanto, resulta exigible su conocimiento; sobre todo, por parte de aquellos encargados de impartir justicia: nuestros jueces.

Lamentablemente, sea porque se asume –erróneamente, a nuestro entender– la idea de “derogación” descrita anteriormente o porque sencillamente se desconoce la existencia de un régimen especial aplicable a los contratos mercantiles, pueden producirse, en sede judicial, decisiones adoptadas en contra del ordenamiento vigente. Un buen ejemplo de ello es el caso que ahora se analiza, la sentencia de Casación N° 2533-2013-Lima de 8 de abril de 2014, cuyo contenido se describe a continuación.

### 1. Presentación del caso

**1.1. Breve descripción de los hechos.** En el caso objeto de análisis, MDH S.A.C (en adelante, MDH) interpuso demanda de obligación de dar suma de dinero contra San

---

<sup>1</sup> De hecho, es ilustrativo que en el propio Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), a cargo del Ministerio de Justicia y, por tanto, fuente oficial, conserve entre sus normas vigentes al sistema de contratación mercantil del CdC.

Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, SIMSA), con el fin de que esta última le pague el importe de US\$ 28,373.67 (veintiocho mil trescientos setenta y tres y 67/100 dólares americanos) por concepto de intereses moratorios.

La demanda tuvo como fundamento la relación comercial entre ambas sociedades anónimas, en la que MDH prestó sus servicios a favor de SIMSA. Dichos servicios consistían en la realización de cuatro perforaciones diamantinas en las minas correspondientes a dos proyectos de SIMSA. Los montos dinerarios a pagar por cada perforación fueron expresados en cuatro facturas, en las que se consignaron los siguientes importes:

- (i) US\$ 19,764.88 (diecinueve mil setecientos sesenta y cuatro y 88/100 dólares americanos).
- (ii) US\$ 26,379.37 (veintiséis mil trescientos setenta y nueve y 37/100 dólares americanos).
- (iii) US\$ 45,405.34 (cuarenta y cinco mil cuatrocientos cinco y 34/100 dólares americanos).
- (iv) US\$ 29,570.67 (veintinueve mil quinientos setenta y 67/100 dólares americanos).

Si bien MDH cumplió con realizar las perforaciones acordadas, SIMSA pagó por partes y en diferentes intervalos de tiempo los montos de las facturas. Ello, a juicio de MDH, supuso varios retrasos en el pago, a pesar de que las partes nunca acordaron fechas o plazos en los que SIMSA debía cumplir con dicha obligación. En todo caso, pese a los pagos parciales realizados, SIMSA llegó a cancelar la totalidad del capital de la deuda.

Entonces, cancelado el capital de la deuda, MDH requirió a SIMSA el pago de intereses moratorios a través de carta notarial. Sin embargo, SIMSA respondió que, si bien ya ha pagado el total de los importes de las facturas, rechaza el pago de intereses moratorios porque estos no fueron pactados por las partes. Por estos motivos, MDH interpuso la demanda que da mérito al caso.

**1.2. Argumentos de las partes.** MDH sustenta su demanda de pago de intereses moratorios alegando que SIMSA incurrió en mora en el pago de la contraprestación dineraria por los servicios de perforación realizados a su favor. La demandante alegó que los pagos se efectuaron de la siguiente manera:

- La primera factura, de fecha 30 de abril de 2002, acredita el servicio prestado durante el mes de abril de 2002. SIMSA canceló el monto total (US\$ 19,764.88) a través de

- tres pagos: el primero después de 9 meses (diciembre de 2002), el segundo después de 10 meses y 21 días (febrero de 2003) y el tercero después de 36 meses (abril de 2005).
- La segunda factura, de fecha 31 de mayo de 2002, acredita el servicio prestado durante el mes de mayo de 2002. SIMSA canceló el monto total (US\$ 26,379.37) a través de un único pago realizado después de 34 meses (abril de 2005).
  - La tercera factura, de fecha 29 de abril de 2005, acredita el servicio prestado durante el mes de abril de 2005. SIMSA canceló el monto total (US\$ 45,405.34) a través de cuatro pagos: el primero un mes después (mayo de 2005), el segundo después de 8 meses (noviembre de 2005), el tercero luego de nueve meses (diciembre de 2005) y el cuarto luego de trece meses (julio de 2006).
  - Finalmente, la cuarta factura, de fecha 30 de junio de 2005, acredita el servicio prestado en el mes de junio de 2005. SIMSA canceló el monto total (US\$ 29,570.67) a través de dos pagos: el primero después de un mes (agosto de 2005) y el segundo, luego de nueve meses (abril de 2006).

MDH demanda el pago de la suma de US\$ 28,373.67 (veintiocho mil trescientos setenta y tres y 67/100 dólares americanos) por concepto de todos los intereses moratorios generados por los retrasos en los pagos por parte de SIMSA.

Por su parte, si bien SIMSA acepta los pagos realizados, rechazó la pretensión de MDH y, por ende, consideró que no debe pagarle intereses moratorios. Tal declaración la sustentó con base en dos cuestiones:

- (i) que nunca se pactaron intereses moratorios; y,
- (ii) que nunca se le intimó en mora.

Tanto en primera (sentencia de 8 de agosto de 2012) como en segunda instancia (sentencia de 25 de marzo de 2013) la demanda fue declarada improcedente; razón por la cual MDH interpuso recurso de casación, que dio mérito a la sentencia objeto de estudio de este trabajo.

**1.3. Argumentos del recurso de casación.** Entre otros argumentos<sup>2</sup>, MDH sustenta su recurso de casación en los siguientes fundamentos:

---

<sup>2</sup> MDH alegó, además, infracción normativa al art. 15 de la Ley de Conciliación (Ley N° 26872) y al art. 279 CPC, referida a la presunción legal relativa de verdad sobre los hechos alegados por el demandante cuando la parte demanda no se apersona a la audiencia de conciliación. La Corte Suprema refirió que, aunque exista dicha

En primer lugar, alega infracción normativa a los arts. 1220 y 1333 CC. El primero establece que “[s]e entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación”, mientras que el segundo regula la constitución en mora del deudor, estableciendo como regla general la mora por interpelación (“[i]ncurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”); regla a la que se añaden cuatro excepciones de mora automática (art. 1333, incs. 1, 2, 3 y 4 CC)<sup>3</sup>. Según el argumento de MDH, dado que SIMSA realizó el pago de la deuda en armadas o en pagos parciales, incumplió desde un inicio con su obligación y, por ende, “no necesitaba constituir en mora al deudor” porque el propio CC “conlleva la automática intimación en mora a partir de la no ejecución de la prestación” [sic].

En segundo lugar, MDH arguye la infracción normativa de los arts. 1321 y 1329 CC. El primero señala que “[q]ueda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve” y que, tal responsabilidad surge de “inejecución” de la obligación o de su “cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Por su parte, el segundo indica que “[s]e presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”. Sin embargo, en el contenido de la sentencia de Casación no se aprecian razones por las cuales MDH alega la infracción a las normas mencionadas. En todo caso, es razonable entender que la demandante buscó sustentar, en estas normas, la responsabilidad por daños derivados de cumplimiento parcial o tardío.

**1.4. Argumentos de la Corte Suprema.** La Corte Suprema de Justicia expresa los siguientes argumentos en su sentencia de Casación:

En primer lugar, señala que, “aunque no se hayan pactado expresamente los intereses moratorios, este debe ser pagado [sic] conforme a la regla del art. 1246 CC” (fundamento cuarto). Con esta alegación, desestima lo expresado por SIMSA, para quien este no está obligado a pagar intereses moratorios a MDH porque nunca fueron pactados.

En segundo lugar, la Corte indica que, pese a lo anterior, para establecer si se deben o no intereses moratorios conforme a ley, es necesario determinar primero si el deudor ha incurrido o no en mora. En ese contexto, señala que “la mora en nuestro ordenamiento jurídico no es automática, salvo en ciertas excepciones legales, pues el art. 1333 CC prescribe

---

presunción, ello no enerva “la función jurisdiccional de actuación y valoración de medios de prueba, análisis fáctico y jurídico de la controversia y de la emisión de un juicio jurisdiccional”. Por ese motivo, desestimó la infracción normativa alegada por MDH.

<sup>3</sup> Véase Cap. II, apartado 1.3.2, *infra*.

que para que exista mora, el acreedor debe exigir el cumplimiento de la obligación ya sea de manera judicial o extrajudicial, esto constituye la denominada intimación en mora” (fundamento cuarto).

En tercer lugar, con relación a lo anterior, la Corte expresa, por un lado, que “no se ha acreditado de modo alguno que se haya pactado un plazo para el cumplimiento de la obligación por lo que no puede alegarse válidamente que se haya incurrido en mora”; y, por otro lado, “no se ha acreditado la intimación en mora requerida por el ordenamiento jurídico”. Finalmente, sentencia que “[e]sta falta de intimación y la posterior aceptación de los pagos efectuados por la demandada, así como la celebración de nuevas relaciones comerciales permiten concluir válidamente que la parte demandante aceptó el pago en armadas de la obligación pactada, pues de lo contrario, habría procedido a requerir el cumplimiento de la obligación conforme a los mecanismos previstos en el ordenamiento civil” (fundamento quinto).

En cuarto lugar, la Corte indica que “la actora pretende se deduzca la inexigibilidad de la intimación en mora a partir de una interpretación errónea del art. 1220 del CC, que únicamente se refiere al pago como medio natural de extinción de obligaciones” (fundamento sexto).

Finalmente, en quinto lugar, el Alto Tribunal señala, con respecto a los arts. 1321 y 1329 CC (alegados por MDH en su recurso), que estos “regulan la responsabilidad extracontractual, y en tal caso, son aplicables a aquellos casos en los que la parte demandante requiere ser resarcido por el daño causado por una conducta antijurídica de su contendor, lo que no ocurre en este caso, pues la parte actora no solicita resarcimiento alguno sino únicamente el pago de intereses legales por un supuesto cumplimiento tardío de la obligación” (fundamento sétimo).

Por todo lo anterior, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación.

## **2. Justificación y estructura de la investigación**

Defender la vigencia del régimen de contratación mercantil previsto en el CdC (arts. 50 a 63) tiene particular relevancia en el caso que se analiza, por cuanto en él se asume (no solo por parte de la Corte Suprema, sino también por parte del demandante) que el único régimen de constitución en mora del deudor existente en nuestro ordenamiento es el previsto en el art. 1333 CC. Sin embargo, como se explicará en este trabajo, ese dato es incorrecto, ya que el art. 63 CdC prevé un régimen especial de mora del deudor, que será aplicable a las obligaciones mercantiles.

Por lo tanto, en este trabajo se busca explicar principalmente dos cuestiones:

- (i) la vigencia del régimen general de obligaciones y contratos mercantiles previsto en los arts. 50 a 63 CdC (principalmente, en lo referido a constitución en mora del deudor); y,
- (ii) el criterio bajo el cual se determina cuándo una obligación tiene naturaleza mercantil y, por tanto, le resulta aplicable el régimen especial señalado.

Con base en estas dos cuestiones, este trabajo se dividirá en cuatro capítulos:

En el primer capítulo, se analizará la mora del deudor como institución jurídica, con especial énfasis en sus efectos. Dentro de estos efectos, se examinará el de los intereses moratorios, de naturaleza indemnizatoria en nuestro ordenamiento, con particular referencia a su origen y presupuestos. De lo anterior, se realizará una breve valoración de lo alegado por la Corte Suprema en los fundamentos cuarto y sétimo de la sentencia.

En el segundo capítulo, se desarrollará la constitución en mora del deudor, distinguiendo sus presupuestos. En este aspecto, se expondrá los regímenes civil (art. 1333 CC) y mercantil (art. 63 CdC) de constitución en mora vigentes en nuestro ordenamiento, dejando en claro sus similitudes y, principalmente, sus diferencias.

En el tercer capítulo, se explicará las razones que sustentan la autonomía del Derecho mercantil como rama jurídica y su importancia en la regulación de un fenómeno distinto al civil: la contratación ordenada en torno a una organización empresarial. Con base en lo anterior, se expondrán los fundamentos que sustentan la vigencia del régimen general de obligaciones y contratos mercantiles del CdC, dentro del cual se encuentra comprendido el sistema de constitución en mora del art. 63 CdC.

Por último, en el cuarto capítulo, se desarrollará la aplicación del régimen de constitución en mora mercantil al caso objeto de este trabajo. Para ello, se explicará, en primer lugar, las razones por las cuales el contrato celebrado por las partes en el caso ha de ser considerado un contrato de obra. Y, en segundo lugar, se expondrán los argumentos por los cuales dicho contrato de obra tiene naturaleza mercantil y, por ende, le resulta aplicable el régimen de mora mercantil previsto en el art. 63 CdC. Tal aplicación, como se explicará, tiene relevantes consecuencias jurídicas que difieren de lo resuelto en la sentencia de Casación y que, además, habrían podido proteger más adecuadamente al demandante.

## Capítulo 1

### La mora del deudor y los intereses moratorios

Frente al argumento de SIMSA, según el cual esta no tendría obligación de pagar intereses moratorios porque estos nunca habían sido pactados, la Corte Suprema manifiesta que, conforme a lo establecido en el art. 1246 CC, aunque las partes no hayan pactado expresamente los intereses moratorios, estos deben ser pagados por mandato de la ley.

Con el fin de determinar si la resolución del Alto Tribunal es correcta o no, resulta necesario atender al origen de los llamados intereses moratorios: la mora del deudor. Y es que tales intereses constituyen un efecto propio de dicha institución jurídica, por cuanto se trata de un pago dirigido a indemnizar los daños ocasionados por un retraso moratorio, atendiendo a la especial naturaleza del objeto de las obligaciones pecuniarias: el dinero.

#### 1. La mora: concepto y efectos

La mora del deudor o *mora debitoris* es una de las instituciones jurídicas de mayor antigüedad. Surgida en el Derecho romano (Kaser, 1965 y Zimmermann, 1990), la mora implica un retraso en el cumplimiento por parte del deudor al que se asignan una serie de consecuencias jurídicas negativas para aquel. Principalmente son dos sus efectos:

- (i) la perpetuación de la obligación (*perpetuatio obligationis*); y,
- (ii) la responsabilidad por los daños ocasionados en virtud del retraso.

El primer efecto (la *perpetuatio obligationis*) es el originario de la mora en el Derecho romano, pues surgió en el contexto de las obligaciones de dar una cosa cierta (*una certa res*). En este tipo de obligaciones, durante mucho tiempo, la destrucción de la cosa debida liberaba al deudor, más allá de las circunstancias que originaron la pérdida. Esta solución, como es evidente, no era satisfactoria para los juristas romanos, principalmente en dos casos: cuando la cosa se perdía por responsabilidad del deudor y cuando la cosa se perdía después de que el deudor se había retrasado en la entrega. Ante esta situación, los romanos crearon una ficción jurídica: la *perpetuatio obligationis*. Con esta ficción, si la pérdida de la cosa se producía después del tiempo en que el deudor debía entregar la cosa debida, el deudor no se liberaba, sino que, a partir de la pérdida, la deuda consistía en el pago del valor monetario de la cosa perdida. De esta manera, el deudor que se retrasaba en el pago (es decir, que incurría en mora) asumía el riesgo por la pérdida de la cosa debida, de tal modo que, si ésta se perdía, el deudor continuaba obligado para con el acreedor: esta vez, a través de un pago monetario por el valor de la cosa perdida (Zimmermann, 1990, pp. 784-785 y Kaser, 1965, p. 159).

El segundo efecto (la responsabilidad por daños) surgió durante el Derecho romano postclásico. Los propios juristas romanos se percataron de que el retraso en el pago no solo era relevante para los fines de la *perpetuatio obligationis*, sino también como una infracción obligacional que podía ocasionar un daño al acreedor. Como se aprecia en D.50.16.12.1: “*Minus solvit, qui tardius solvit, nam et tempore minus solvitur*” (“paga menos el que paga más tarde, porque también se paga menos con relación al tiempo”). Por lo tanto, el retraso en el cumplimiento no solo era relevante para atribuir al deudor el riesgo por la pérdida de lo debido, sino también como un incumplimiento que puede generar daño (Kaser, 1965, p. 159).

Ambos efectos de la mora se conservaron a lo largo de los años<sup>4</sup> y, actualmente, se encuentran recogidos en nuestro ordenamiento jurídico vigente. Así, el art. 1336 CC establece:

“El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de su obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable [...]”.

Nótese del resaltado que, de acuerdo a nuestro sistema jurídico, el deudor moroso, por un lado, tiene responsabilidad por los daños ocasionados por el retraso y, por otro lado, responde ante el acreedor aun cuando la obligación se haga imposible –es decir, se pierda la cosa debida–, sea o no por causa imputable a él. En este último caso, la responsabilidad consistirá en pagar el valor de la prestación devenida en imposible (*perpetuatio obligationis*) (Moisset de Espanés, 2017, p. 17).

De todo lo anterior, se puede definir a la mora como “aquella situación jurídica en la que el deudor retrasado en el cumplimiento de su obligación asume la responsabilidad por los daños generados por el retraso y por el valor de la prestación devenida en imposible, incluso si dicha imposibilidad se hubiera debido a causa no imputable a él” (Moisset de Espanés, 2017, pp. 17-18).

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, en la obra de Pothier (1821, n. 143) se aprecian ambos efectos de la mora: la perpetuación de la obligación y la indemnización por daños. Con respecto al primero, el autor francés señalaba que “si la cosa debida se ha deteriorado o incluso perdido por completo, a causa de la mora del deudor, por algún evento fortuito o fuerza mayor, el deudor es responsable de esta pérdida”. Por su parte, con relación al segundo efecto, el jurista francés indicaba que el deudor “será responsable de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor que resulten de esa demora [en la entrega de lo debido]”.

## **2. Los intereses moratorios: naturaleza y regulación**

Explicado está que la mora del deudor tiene como uno de sus efectos característicos la responsabilidad por los daños ocasionados al acreedor por el retraso (art. 1336 CC). Sin embargo, al tratarse de obligaciones pecuniarias, la ley inserta una especialidad al efecto indemnizatorio: tal responsabilidad se traduce en el pago de una suma de dinero, usualmente calculada con referencia a un porcentaje de la deuda y por cada día de demora transcurrido (salvo cuando se pacte una suma fija por toda la mora). Esta suma es denominada interés moratorio (Ruiz Rico-Ruiz, 1989, pp. 755 y ss.).

Como lo señala el art. 1242 CC, el interés “[e]s moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago”. Como se ve, es la propia norma la que atribuye a los intereses moratorios la naturaleza jurídica de indemnización de daños y perjuicios por causa de la mora. Como lo indica, además, nuestro TC, la legislación civil establece como consecuencia del incumplimiento de obligaciones, el derecho a reclamar una indemnización, y precisa que, en el caso de deudas pecuniarias no pagadas en el plazo establecido, se generen intereses moratorios, cuya finalidad es resarcir el daño producido al acreedor (Auto del TC recaído en el Exp. 06057-2015-PA/TC, 5 de junio de 2018).

Bajo este sistema, no será necesario ni cuantificar ni acreditar el daño –lo que constituye una excepción a la regla general– ya que la ley presume su existencia (Ruiz-Rico Ruiz, 1989, p. 755 y Díez-Picazo, 2008, p. 677). Así lo regula el art. 1324, 1º párr. CC, cuando establece el devengo del interés legal “sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno”. Se trata de una forma de liquidación justificada en las dificultades probatorias que en cada caso concreto supondría demostrar el uso específico que se habría dado al dinero si se hubiera recibido oportunamente. Ante esa situación, lo razonable fue fijar un nivel medio de reparación (tasa de interés), aplicable a todos los casos, salvo que las partes hubieran previsto alguna otra forma de liquidar el daño (Pothier, 1821, n. 170).

No obstante, la razón más determinante para regular de forma tan favorecida a este tipo de obligaciones es la productividad natural del dinero (Ruiz-Rico Ruiz, 1989, p. 756). Y es que se asume que el dinero, por su propia naturaleza, siempre produce “frutos” o intereses y, por lo tanto, el mero retardo en su entrega priva al acreedor de disponer de aquellos, causándole daño (Díez-Picazo, 2008, pp. 676-677).

## **3. Valoración de la sentencia**

**3.1. Sobre el pago de intereses moratorios.** Frente al argumento de SIMSA, según el cual esta no tendría obligación de pagar intereses moratorios porque estos nunca habían

sido pactados, la Corte Suprema manifiesta que, conforme a lo establecido en el art. 1246 CC, aunque las partes no hayan pactado expresamente los intereses moratorios, estos deben ser pagados por mandato de la ley.

Se trata de un razonamiento que consideramos correcto. La obligación de pagar intereses moratorios al acreedor afectado por un retraso moroso constituye un deber surgido ex lege, es decir, sin necesidad de que las partes deban pactarlo para que se origine. Así se deduce de los arts. 1246 y 1324, 1º párr. CC. El primero indica que, “[s]i no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal”. Por su parte, el segundo especifica que “[l]as obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno [...]”.

En ese sentido, nuestra Corte Suprema, en otro caso (Casación N° 1964-T-96-Lima), ha manifestado que, “[e]n caso que el arrendatario incurriera en mora, ya que no pagara puntual y oportunamente la renta convenida, es de aplicación el artículo 1246, en cuanto dispone que el deudor está obligado al pago del interés legal desde el día en el que ha incurrido en mora”.

Por lo tanto, es incorrecto el argumento de SIMSA según el cual, para que exista la obligación de pagar intereses moratorios, es necesario un pacto que así lo prevea. Más allá de que las partes puedan acordar su cuantía (o la tasa de referencia sobre la cual habrán de calcularse), lo cierto es que la obligación de pagar intereses moratorios tiene una fuente legal, por tratarse de un efecto propio de la situación de mora del deudor: la responsabilidad por daños ocasionados por el retraso<sup>5</sup>.

**3.2. Sobre los arts. 1321 y 1329 CC.** Pese a la valoración anterior, hace falta analizar, además, lo expresado por la Corte Suprema en el fundamento sétimo de la sentencia. Y es que uno de los argumentos de MDH para sustentar su recurso es la infracción normativa de los arts. 1321 y 1329 CC. El primero señala que “[q]ueda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve” y que, tal responsabilidad surge de “inejecución” de la obligación o de su “cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Por su parte, el segundo indica que “[s]e presume que la

---

<sup>5</sup> Lo que, sin embargo, no quiere decir que las partes, en virtud de su autonomía privada, no puedan pactar anticipadamente que no se deberán intereses moratorios (Ruiz-Rico Ruiz, 1989, pp. 813-814), salvo cuando se trate de incumplimientos debidos a dolo o culpa inexcusable del deudor. En este último caso, como lo ordena el art. 1328 CC, es nula toda estipulación que excluya o limite tal responsabilidad.

inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.

Aunque en la sentencia que se examina no se aprecian las razones por las cuales MDH alega la infracción a las normas mencionadas, se puede entender que la demandante buscó sustentar, en estas normas, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados de cumplimiento parcial o tardío. En ese sentido, en la medida en que los intereses moratorios tienen plena naturaleza indemnizatoria en nuestro ordenamiento<sup>6</sup>, se puede considerar que la referencia a los arts. 1321 y 1329 CC era, al menos, pertinente.

Sin embargo, la Corte Suprema señala, en el fundamento sétimo de la sentencia, que ambos artículos “regulan la responsabilidad extracontractual, y en tal caso, son aplicables a aquellos casos en los que la parte demandante requiere ser resarcido por el daño causado por una conducta antijurídica de su contendor, lo que no ocurre en este caso, pues la parte actora no solicita resarcimiento alguno sino únicamente el pago de intereses legales por un supuesto cumplimiento tardío de la obligación”.

Es muy criticable que nuestro Alto Tribunal indique que los arts. 1321 y 1329 CC regulan la responsabilidad extracontractual, principalmente por dos razones.

En primer lugar, porque ambas normas hacen clara referencia al incumplimiento de obligaciones. De hecho, ambas se encuentran contenidas en el Capítulo Primero del Título IX (titulado “Inejecución de obligaciones”) de la Sección Segunda (titulada “Efectos de las obligaciones”) del Libro VI (titulada “Las obligaciones”) del CC; régimen considerado, sin mayor discusión por la doctrina, aplicable a la responsabilidad contractual (Fernández Cruz, 2001). Entonces, salvo que la Corte Suprema, en este caso, entienda que las varias referencias a “las obligaciones” solo se circunscriben al principio *alterum non laedere* (obligación de no causar daño a nadie), no se comprende por qué considera que los arts. 1321 y 1329 CC solo regulan la responsabilidad extracontractual y, por tanto, no son aplicables al caso que se resuelve.

Y, en segundo lugar, porque el CC tiene un propio régimen de responsabilidad extracontractual (Sección sexta del Libro VII) donde, evidentemente, no están insertados los arts. 1321 y 1329 CC. Además, dicho régimen regula criterios de imputación del daño relativamente distintos a los previstos para la responsabilidad contractual (arts. 1314 y ss. CC)<sup>7</sup>, lo que hace que la afirmación de la Corte Suprema sea aplicable al régimen contenido

---

<sup>6</sup> Véase Cap. I, apartado 2, *supra*.

<sup>7</sup> Por ejemplo, la responsabilidad objetiva por riesgo prevista en el art. 1970 CC, que difiere de la regla de dolo o culpa del art. 1321 CC.

en los arts. 1969 CC y ss. (responsabilidad extracontractual), pero no a los arts. 1321 y 1329 CC, que forman parte del sistema de responsabilidad contractual y que, por tanto, son plenamente aplicables al caso que se resuelve.



## Capítulo 2

### La constitución en mora del deudor: régimen civil y mercantil

Aunque los efectos de la mora del deudor sean prácticamente universales en los diferentes ordenamientos jurídicos, en lo que sí existe disparidad es en cuándo ha de considerarse que un deudor ha incurrido en mora o, en otras palabras, cómo se configura la mora. En efecto, la constitución en mora del deudor tendrá una estructura distinta dependiendo fundamentalmente de la necesidad o no del requisito de interpelación. Así, en algunos ordenamientos, como el argentino en el art. 886 del Código Civil y Comercial<sup>8</sup> y el chileno en el art. 1551 CC<sup>9</sup>, se entiende que el solo retraso, sin necesidad de interpelación, es suficiente para que se produzca la mora. Por el contrario, en otros ordenamientos como el español (art. 1100 CC)<sup>10</sup> y el peruano (art. 1333 CC), es necesaria la interpelación para que se genere tal efecto.

De hecho, vale decir que, en el ordenamiento peruano, existe una disparidad de reglas de constitución en mora. En doctrina se ha reconocido que, en el Perú, existen dos regímenes de mora diferentes: el régimen civil (recogido en el CC) y el régimen mercantil (previsto en el CdC) (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, pp. 47-48 y Zegarra Mulánovich, 2019, pp. 49-51)<sup>11</sup>. La principal diferencia entre ambos regímenes es, precisamente, la determinación de cuándo se ha de considerar constituido en mora al deudor: si a partir de la interpelación (como lo ordena como regla general el art. 1333 CC) o si con la sola llegada del tiempo de debido cumplimiento (como lo prevé el art. 63 CdC, también como regla general).

La estructura de la mora del deudor en ambos sistemas (civil y mercantil) será desarrollada a continuación.

---

<sup>8</sup> Art. 886 del Código Civil y Comercial argentino: “La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación [...]”. En realidad, la regla de mora automática se encuentra vigente en el ordenamiento argentino desde 1968, con la Ley 17.711 que reformó sustancialmente el régimen de constitución en mora del deudor en el anterior CC argentino. De esta forma, se relegó a la mora *ex persona* a una categoría puramente residual (Brodsky, 2012 y Pizarro, 2016).

<sup>9</sup> Art. 1551 CC chileno: “El deudor está en mora: 1) cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora [...]”. Parte de la doctrina chilena afirma que el CC se ordena con base en un sistema de constitución en mora automática o *ex re*: es decir, la sola llegada del plazo contractualmente pactado, expreso o tácito, constituiría al deudor en mora (Contardo González, 2014).

<sup>10</sup> Art. 1100 CC español: “Incurrir en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación [...]”. Desde la perspectiva de Gramunt Fombuena (1993), el único requisito que impone el CC español es la exigencia de cumplimiento mediante interpelación, con la excepción de las obligaciones recíprocas en las que, además, se requiere el previo cumplimiento del demandante.

<sup>11</sup> Aunque en opinión de Barboza Beraún y Miranda Gómez (2011, pp. 278-279), en realidad existe un solo régimen de mora: el del CC. Ambos autores sostienen la postura de que el art. 1353 CC habría derogado al art. 63 CdC. Dicha postura, sin embargo, será criticada en este trabajo. Véase Cap. III, apartado 2.1, *infra*.

## 1. La constitución en mora en el Código civil: presupuestos

El art. 1333, 1º párr. CC establece lo siguiente: “Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”.

Como se aprecia, la regla general acogida en el CC es que no basta la llegada del tiempo de debido cumplimiento para que surja la mora: hace falta, además, una intimación o interpelación por parte del acreedor. Por este motivo es necesario distinguir los conceptos de mora y retraso, pues, si bien es cierto que toda situación de mora implica un retraso, no todo retraso supone una situación de mora del deudor (Palacio Pimentel, 2006 y Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010).

Al respecto, Barboza Beraún y Miranda Gómez (2011, p. 277) sostienen que “el retraso en sí mismo, es un hecho sin trascendencia jurídica, por lo tanto, para que aquél produzca efectos jurídicos se requiere de la constitución en mora al deudor”. De lo contrario, el acreedor, al no exigir el cumplimiento de la prestación, estaría demostrando que tal retraso no le afecta, lo que genera una “prórroga tácita” del plazo.

Con base en lo anterior, la doctrina ha planteado presupuestos para que se configure la mora de acuerdo al régimen del CC. Estos presupuestos son los siguientes:

- (i) retraso en el cumplimiento;
- (ii) imputación del retraso al deudor; e,
- (iii) interpelación del acreedor, como regla general.

**1.1. Retraso en el cumplimiento.** El primer presupuesto de la *mora debitoris* es la existencia de un retraso<sup>12</sup> en el cumplimiento de la obligación. Ello implica la “existencia de una obligación válida cuyo tiempo de cumplimiento se ha dejado pasar sin hacerlo” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, pp. 48-49 y Moisset de Espanés, 1996, p. 646). Sin embargo, dicho incumplimiento debe tener como característica la transitoriedad para que pueda ser objeto de mora (Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 215).

En efecto, la doctrina ha planteado que, para la configuración de la mora, es necesario estar ante un incumplimiento temporal, es decir, ante una infracción obligacional en la que aún pervive la posibilidad y la incertidumbre de un cumplimiento posterior<sup>13</sup>. Ello porque si, ocurrido el incumplimiento, ya no es posible una ejecución futura de la prestación o si es

<sup>12</sup> Barboza Beraún y Miranda Gómez (2011, p. 275) indican que el incumplimiento moratorio debe ser un retraso jurídicamente relevante o también conocido como “el retraso traducido a términos jurídicos”.

<sup>13</sup> Enseña Díez-Picazo Giménez (1996, p. 215) que “la nota característica de los incumplimientos tardíos o temporales es la incertidumbre que existe en si se cumplirá posteriormente la obligación o quedará definitivamente incumplida”.

seguro que dicha ejecución no ocurrirá, entonces ya no estaríamos hablando de un retraso en el cumplimiento, sino de un incumplimiento definitivo, lo que da pie a sus propias consecuencias jurídicas, distintas a la mora (Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 215 y Herrada Bazán, 2017, pp. 45-46)<sup>14</sup>.

**1.2. Imputación del retraso al deudor.** Al tratarse la mora de una situación que agrava la responsabilidad del deudor retrasado en el cumplimiento de la obligación, es evidente que, para que se generen las consecuencias jurídicas negativas de la mora (*perpetuatio obligationis* y responsabilidad por daños), es necesario que el retraso sea imputable al deudor (Moisset de Espanés, 1996, p. 646).

Sin duda alguna, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto un sistema subjetivo de imputación, lo cual implica que, para que al deudor puedan imputársele determinados resultados o consecuencias negativas, es necesario que el incumplimiento haya sido ocasionado por su dolo o, como mínimo, por su culpa (Moisset de Espanés, 1996, p. 646-647). Como enseñan Osterling Parodi y Castillo Freyre (2010, p. 49), “el retraso –para ser moratorio– debe ser necesariamente culposo o doloso, lo que significa que tiene que haber culpa o dolo en el sujeto que queda constituido en mora [...], salvo casos excepciones de la mora objetiva”.

En ese sentido, es claro el art. 1336 CC, cuando prevé que el deudor puede sustraerse a la responsabilidad por mora “probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente”.

Así también, el art. 1314 CC establece como regla general que “quien actúa con la diligencia ordinaria no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Como ha indicado Vásquez Sotomayor (2018, p. 22), lo que *contrario sensu* quiere decir esta norma es que “aquel que actúe negligentemente (esto es, con culpa) siempre será responsable por los daños derivados de su incumplimiento”.

Por lo tanto, el retraso en el cumplimiento de la obligación no acarreará mora si no se ha debido a culpa del deudor o, en otras palabras, el deudor no asumirá la responsabilidad agravada de la mora si ha actuado diligentemente o si por causas ajenas a su ámbito de control, se ha generado el retraso en el cumplimiento (Moisset de Espanés, 1996, pp. 646-647).

---

<sup>14</sup> Para Herrada Bazán (2017, pp. 46), “el retraso como incumplimiento obligacional se caracteriza por los siguientes elementos: (i) llegada del tiempo de debido cumplimiento; (ii) ausencia de cumplimiento; (iii) posibilidad de cumplimiento posterior; y, (iv) incertidumbre con respecto al futuro cumplimiento”.

**1.3. La interpelación del acreedor como regla general.** Como se ha explicado, el art. 1333 CC establece como regla general que el deudor incurrirá en mora “desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”, es decir, se requiere de un acto de requerimiento del acreedor llamado interpelación o intimación. Por tal motivo, mientras la intimación del acreedor no tenga lugar, aun cuando la deuda haya vencido y el deudor no cumpla, habrá retraso en el cumplimiento, pero no mora. Se trata pues, de un requisito indispensable para que el acreedor pueda constituir en mora al deudor (Gramunt Fombuena, 1993, pp. 27-28).

**1.3.1. La interpelación.** “La interpelación es una declaración de voluntad unilateral recepticia que el acreedor dirige al deudor” (Hernández-Gil, 1962, pp. 335-336). Para que dicha declaración sea una verdadera interpelación y, por ende, constituya en mora al deudor, es necesario que contenga una exigencia categórica e inequívoca de pago (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, p. 52). Por ese motivo, debe considerarse que la mera presentación de una factura o de documento análogo no basta para configurar una verdadera interpelación<sup>15</sup>.

Por otro lado, se ha asentado la idea de que, bajo el sistema de mora civil, si el acreedor no interpela al deudor, aunque haya vencido la deuda es porque está tolerando el retraso (Gramunt Fombuena, 1993, p. 28). Por ello, la interpelación supone una ausencia de tolerancia en cuanto a la espera de cumplimiento (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, p. 52). Debe reconocerse que esta idea fue concebida desde antiguo. Ya en la doctrina francesa del siglo XIX, se planteó el razonamiento de que, mientras no haya interpelación, debe considerarse que no hay perjuicio al acreedor ni tampoco responsabilidad por daños (Rogron, 1829, p. 240)<sup>16</sup>. De este modo, no bastaría que la declaración del acreedor sea un mero recordatorio de la deuda pendiente de cumplimiento, sino deberá compeler taxativamente al deudor para que satisfaga la deuda (Castán Tobeñas, 1992, p. 213).

En palabras de Puig Peña (1976, p. 154), la interpelación es “aquella 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 espera injustificada y perjudicial para él”.

<sup>15</sup> En opinión de Barboza Beraún y Miranda Gómez (2011, p. 276), “este requerimiento debe ser claro, expreso e inequívoco con respecto a la exigencia de pago, no surtiendo efectos aquellas comunicaciones que se hagan a título informativo”.

<sup>16</sup> Rogron proponía el siguiente ejemplo: “Yo me he obligado a entregarte un caballo el 1º de marzo, tú no me lo requieres; aparentemente, no lo necesitas, y, en consecuencia, mi retraso en el cumplimiento no te causa ningún perjuicio; por lo tanto, no tiene sentido la indemnización de daños y perjuicios”.

Por estos motivos, puede entenderse que en los sistemas de mora automática (es decir, aquellos en donde la mora surge con el solo retraso y sin necesidad de interpelación), es el propio legislador el que entiende que el mero retraso ya es intolerable para el acreedor y, por esa razón, basta para configurar la situación de mora y el agravamiento de la responsabilidad del deudor.

Por último, cabe señalar que la interpelación, conforme a nuestro CC, puede ser judicial o extrajudicial. Será judicial cuando el acreedor requiera el pago al deudor a través de una demanda judicial. Será extrajudicial cuando, por cualquier otro medio, sea inequívoca la exigencia de pago por parte del acreedor. Si bien en este último caso, el legislador peruano no exige formalidad alguna, es probablemente la vía notarial la modalidad más empleada para dejar plena constancia de que se ha realizado la interpelación y de cuándo se realizó (Torres Vásquez, 2014). Sin embargo, el desarrollo tecnológico que presenciamos en la última década, nos permite contar con otros medios idóneos y de insoslayable importancia para acreditar cualquier interpelación realizada por el acreedor al deudor (por ejemplo, un audio enviado por el acreedor al deudor, intimándole el pago de su prestación mediante aplicaciones como WhatsApp, Instagram, Facebook, entre otros).

**1.3.2. Casos de mora sin interpelación.** Además de la regla general de mora con interpelación, el art. 1333 CC también establece algunos supuestos en los que la mora se genera con el solo retraso, es decir, con la sola llegada del vencimiento y la exigibilidad de la obligación. Así, esta norma establece que son cuatro los supuestos de mora automática:

- “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”<sup>17</sup>.

En el primer supuesto, sea por ley o por convenio entre las partes, la mora se origina automáticamente, con la sola llegada del tiempo de debido cumplimiento de la obligación. En el caso de mora ex lege, es la ley la que constituye en mora al deudor sin necesidad de

---

<sup>17</sup> Osterling Parodi y Castillo Freyre (2010, p. 55) mencionan que “las dos primeras excepciones estuvieron consignadas en los dos incisos del art. 1254 CC de 1936. La tercera se extrajo del art. 1219, inc. 2 del CC italiano. Y, por último, la cuarta fue una creación del legislador peruano de 1984”.

interpelación (Díez-Picazo, 2008, p. 674 y Palau Ramírez et al, 2012, p. 98). Como se ha dicho, es el propio legislador el que entiende que el mero retraso ya es intolerable para el acreedor y, por esa razón, basta para configurar la situación de mora y el agravamiento de la responsabilidad del deudor. Son ejemplos de mora *ex lege* el art. 430 CC y el art. 63 CdC. Por su parte, en el caso de mora *ex voluntate*, son las partes las que, en ejercicio de su autonomía privada, establecen que el deudor incurrirá en mora de modo automático. En este supuesto, la doctrina resalta la importancia de que el acuerdo sea claro en ese sentido, de modo que no quede duda sobre la intención de adoptar dicho sistema de mora (Palau Ramírez et al., 2012, p. 98).

En el segundo supuesto de mora automática, las partes no han pactado expresamente este sistema de mora; sin embargo, tal hecho puede interpretarse de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias que la rodean. No es un caso de tiempo esencial, ya que, entonces, la ausencia de cumplimiento oportuno no supondría un retraso, sino un incumplimiento definitivo. Es un caso en el que el tiempo fijado para el cumplimiento era un motivo determinante para el acreedor para relacionarse con el deudor; sin embargo, pese al incumplimiento de este último, al acreedor aún le resulta útil un cumplimiento tardío (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, p. 57; Gramunt Fombuena, 1993, pp. 32 y ss.). A modo de ejemplo: con miras a la inauguración de un evento deportivo, un comitente y un comisionista celebran un contrato de obra, mediante el cual, el primero se obliga a sembrar césped natural en una cancha de fútbol, que será sede de todos los partidos de fútbol de dicho evento, mientras que el segundo se obliga a pagarle una determinada cantidad de dinero. Para ello, ambas partes tienen pleno conocimiento que el primer partido será el 3 de agosto de 2019. Llegada dicha fecha, el comisionista manifiesta la imposibilidad de entregar la cancha debido a que esta recién estará apta el 5 de agosto. En ese supuesto, es claro que el incumplimiento de la entrega de la cancha de césped en la fecha pactada le genera un perjuicio al comitente; sin embargo, la prestación le sigue siendo posible y útil, ya que, si bien es cierto, no podrá jugarse el primer partido, si podrán jugarse los sucesivos. De tal forma, el deudor queda constituido en mora automáticamente a partir del 3 de agosto de 2019, por falta de entrega en el término establecido, debiendo asumir todos los efectos moratorios establecidos en el art. 1336 CC.

El tercer supuesto de mora automática fue importado del Derecho italiano<sup>18</sup>. En este caso, el deudor declara que no cumplirá debidamente con la obligación, lo que origina la

---

<sup>18</sup> Art. 1219, inc. 2 CC italiano: “*Non è necessaria la costituzione in mora: [...] 2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l’obbligazione*”.

situación de mora sin necesidad de interpelación, pues se entiende que esta última sería inútil, dada la previa negativa del deudor (Benatti, 1968, p. 157).

Finalmente, el cuarto supuesto fue una creación del legislador peruano (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, p. 55). En este caso, se requiere que el deudor haga imposible una eventual interpelación del acreedor, lo cual supone un grado de culpabilidad del primero. Por otro lado, aunque la ley prevea este supuesto como una excepción a la regla de mora por interpelación, en realidad no se trata de un caso de mora automática ya que, para que opere, es necesario que el acreedor deba interpelar primero al deudor, y solo cuando no tenga éxito por ser imposible a causa del deudor, se generarán los efectos de la mora (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, p. 59).

## 2. La constitución en mora en el Código de comercio

En materia de mora mercantil, debe señalarse que el CdC apenas trata algunos aspectos específicos. Sin embargo, en virtud del principio de especialidad (art. 50 CdC y IX TP CC), dicha regulación deberá ser aplicada preferentemente a los casos de mora mercantil, debiendo recurrirse a la regulación del CC en aquellos aspectos que el CdC no regule (Langle, 1959, p. 8).

En todo caso, vale decir que la mora regulada en el CdC no se distingue del régimen del CC por sus efectos: estos serán los mismos (la *perpetuatio obligationis* y la responsabilidad por daños del deudor). Lo que realmente distingue a ambos regímenes es la estructura del fenómeno moratorio, principalmente en lo referente a cuándo se entiende configurada la mora.

### 2.1. Mora automática como regla general. El art. 63 CdC establece:

“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 hecha contra él ante un juez o notario público”.

Como se aprecia, aunque siguen siendo presupuestos de la mora en el CdC el retraso y la imputación del deudor a título de culpa o dolo<sup>19</sup>, deja de requerirse como regla general la interpelación del acreedor: la mora se originará automáticamente con el solo retraso en el cumplimiento (Langle, 1959, pp. 13 -14).

En opinión de Broseta Pont y Martínez Sanz (2017, p. 40), esta especialidad del régimen mercantil tiene como razón el hecho de que “si todo impide al acreedor recibir la prestación en el momento convenido, lo cual le perjudica (porque le priva de ella o puede impedirle cumplir el contrato estipulado con otro sujeto), en el tráfico económico ello produce, además, un especial enriquecimiento en el patrimonio del deudor, porque se presume que este obtiene un beneficio o una rentabilidad de la prestación retenida (invertida o invertible en actividades económicas) que debe por tanto entregar al acreedor”<sup>20</sup>.

Por lo tanto, en obligaciones mercantiles, se aplica el principio *dies interpellat pro homine* en materia de mora, siempre que, como lo señala el art. 63, inc. 1 CdC, aquellas tengan “un día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley” (Langle, 1959, p. 14 y Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, p. 48).

**2.2. La interpelación en la mora mercantil.** El art. 63, inc. 2 CdC prevé una especialidad a la regla general de mora automática. Según esta norma, cuando ni por ley ni por acuerdo entre las partes se haya establecido un tiempo para el cumplimiento de la obligación, el deudor incurrirá en mora a partir de la interpelación del acreedor (Langle, 1959, p. 14 y Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2010, p. 48).

Nótese que, a diferencia del art. 1333 CC, la interpelación contemplada en el art. 63, inc. 2 CdC sí tiene unas formalidades específicas cuando sea extrajudicial. En efecto, mientras el CC no requiere que la interpelación extrajudicial reúna cierta forma, el CdC exige que dicho tipo de interpelación se realice a través de notario público (Zegarra Mulánovich, 2019, p. 52).

Por otro lado, para un sector de la doctrina (Alonso Ureba, 1994, p. 1650), el art. 63 inc. 2 CdC no tiene, en realidad, un campo de aplicación. Ello porque el art. 62 CdC prevé que “[l]as obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las

<sup>19</sup> En ello está de acuerdo Langle (1959, p. 14), aunque algunos autores como Garrigues (1974, pp. 7-8) sostienen que, al menos en materia de obligaciones pecuniarias, el criterio de imputación del retraso moratorio mercantil es objetivo. Debe señalarse que el art. 63 CdC peruano es prácticamente una copia literal del art. 63 CdC español.

<sup>20</sup> O como sostiene Zegarra Mulánovich (2019, p. 51), citando la Exposición de Motivos del CdC, el legislador mercantil impone la regla general de mora automática “partiendo de la presunción fundada en la realidad de la vida mercantil, según la cual, los comerciantes no tienen nunca improductivo su capital, de tal forma, constantemente tiene la voluntad de cobrar lo que se les debe”.

disposiciones de este Código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato, si llevaran ejecución”. Por lo tanto, al no existir obligaciones mercantiles sin término de cumplimiento (porque el art. 62 CdC ya les otorga uno), no habría lugar para la mora por interpelación del art. 63, inc. 2 CdC.

Para otro sector, el art. 63 inc. 2 CdC sí tiene un ámbito de aplicación. Se defiende que, para las obligaciones puras, son aplicables tanto el art. 62 como el art. 63 inc. 2 CdC. El primero les asigna un plazo suspensivo de uno o diez días durante el cual la obligación no es exigible. El segundo establece que los efectos de la mora se producen a partir de la interpelación del acreedor. Por lo tanto, la mora se configuraría a partir de la interpelación del acreedor, siempre que dicho acto se realice después de transcurridos los días contemplados en el art. 62 CdC (Sánchez Calero, 1997, p. 123).

Pese a lo razonable de la postura anterior, es claro que el art. 62 CdC sí señala un tiempo para el cumplimiento de obligaciones puras (Zegarra Mulánovich, 2019, pp. 51 y 52). Por lo tanto, al tener las obligaciones puras un tiempo para el cumplimiento fijado por el art. 62 CdC, en ellas la mora se produce automáticamente conforme al art. 63 inc. 1 CdC.

Entonces, si el art. 63 inc. 2 CdC no se aplica a las obligaciones puras porque en ellas opera la mora automática del art. 63 inc. 1 CdC, ¿qué ámbito de aplicación tiene aquella norma? El ámbito de aplicación del art. 63 inc. 2 CdC viene conformado por aquellas obligaciones que, aunque no tienen un plazo fijado, lo cierto es que sí tienen plazo (aunque no esté fijado o determinado) y, por lo tanto, no son obligaciones puras (Zegarra Mulánovich, 2019, p. 52 y García-Pita y Lastres, 2010a, p. 102).

Nos explicamos. El art. 62 CdC se aplica a las obligaciones puras. Sin embargo, ello no quiere decir que se aplique a todas las obligaciones sin plazo determinado. Y es que las obligaciones puras no son las únicas que no tienen un plazo determinado. Existen obligaciones en las que, pese a que no se les ha fijado o determinado un plazo para el cumplimiento, de su naturaleza y circunstancias se deduce que ha querido concederse un plazo para que el deudor cumpla. En este caso, el art. 182 CC establece que sea el juez quien fije la duración de dicho plazo. Se trata, por lo tanto, de verdaderas obligaciones aplazadas (y, por ende, no son obligaciones puras) en las que, sin embargo, el plazo es indeterminado, lo que motiva a que se atribuya al juez la potestad de fijar su duración. En estos casos, el juez no “crea” un plazo: determina o fija la duración de uno preexistente, aunque indeterminado. Por lo tanto, al ser obligaciones aplazadas, no son puras y por ello, no les resulta aplicable el art. 62 CdC (García-Pita y Lastres, 2010a, p. 102).

Son estas obligaciones las que constituyen el ámbito de aplicación del art. 63, inc. 2 CdC. Como enseña Zegarra Mulánovich (2019, p. 52), “se trata de obligaciones que no tienen señalado día para su cumplimiento, ni por las partes ni por la ley. En este caso, una vez fijado el plazo por el juez y una vez vencida la deuda, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora mercantil”. Por el contrario, no será aplicable el art. 63, inc. 2 CdC a las obligaciones puras, ya que sobre ellas funciona la mora automática del art. 63, inc. 1 CdC, una vez transcurridos los días señalados en el art. 62 CdC.

### **3. La constitución en mora en obligaciones recíprocas**

Dado que es evidente que en la relación jurídica acaecida en el caso objeto de análisis se encuentran dos obligaciones sinalagmáticas o recíprocas (SIMSA debe pagar una suma dineraria a cambio de los servicios de perforación prestados por MDH), es relevante tratar sobre la constitución en mora en dicho tipo de obligaciones.

Así pues, el art. 1335 CC establece lo siguiente: “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”.

Según esta norma, un obligado no puede ser considerado en mora en el cumplimiento de su obligación si su contraparte no ha cumplido, a su vez, con lo que debía. Esto tiene fundamento en el sinalagma que caracteriza a las obligaciones recíprocas, esto es, una “interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación, de manera que cada uno de ellos, en relación con el otro, funciona como contravalor o contraprestación” (Casación N° 3993-2006 Lima Norte, de 14 de diciembre de 2006). Por ese motivo, el art. 1335 CC también ha servido como fundamento jurídico para la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de incumplimiento (regulado expresamente en el art. 1426 CC), según la cual, un obligado no puede ser requerido de pago si su contraparte no ha cumplido con lo que le correspondía (Díez-Picazo, 2008, p. 684; Albaladejo, 2002, pp. 193-195).

En palabras de Osterling Parodi (1987, p. 56), “[m]al 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”.

Asimismo, como refiere Moisset de Espanés (2017, p. 19), “se trata de un principio básico de justicia conmutativa, ya que mal estaría que una de las partes exija el

cumplimiento de una obligación, si a su vez no se ha prestado a cumplir con la obligación a su cargo”.

#### **4. Cuestión por definir: ¿es aplicable el régimen civil de mora del deudor al caso concreto?**

En el caso objeto de examen, la Corte Suprema señala, por un lado, que “la mora en nuestro ordenamiento jurídico no es automática, pues el art. 1333 CC prescribe que, para que exista mora, el acreedor debe exigir el cumplimiento de la obligación, ya sea de manera judicial o extrajudicial [...]” (fundamento cuarto); y, por otro lado, que, en el caso concreto, “no se ha acreditado la intimación en mora requerida por el ordenamiento jurídico. Esta falta de intimación y la posterior aceptación de los pagos efectuados por la demandada [...] permiten concluir válidamente que la parte demandante aceptó el pago en armadas de la obligación pactada, pues, de lo contrario, habría procedido a requerir el cumplimiento de la obligación conforme a los mecanismos previstos en el ordenamiento civil” (fundamento quinto). Con base en estos argumentos, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación presentado por MDH y, por tanto, denegó la pretensión de intereses moratorios, al entenderse que nunca se verificó una constitución en mora, por falta de interpelación del acreedor.

En nuestra opinión, estas afirmaciones contienen varias inexactitudes de considerable relevancia jurídica.

En primer lugar, que MDH haya, en efecto, “aceptado el pago en armadas” que realizó SIMSA no es motivo alguno para concluir que no hay mora ni intereses moratorios. En efecto, la aceptación del pago conforme al art. 1220 CC (“[s]e entiende efectuado el pago solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación”) genera, por un lado, la satisfacción del derecho de crédito del acreedor y, por otro, la liberación del deudor (Díez-Picazo, 2008, p. 542). Sin embargo, tanto la satisfacción como la liberación se produce únicamente con relación a la obligación originaria, sin que en nada afecte la eventual pretensión del acreedor para hacer responsable al deudor por las consecuencias de su incumplimiento<sup>21</sup>. En otras palabras, es perfectamente posible que un deudor en mora cumpla finalmente con la obligación primigenia y, sin embargo, quede aún obligado a resarcir al acreedor por los daños generados por su retraso. Así pues, si lo que pretende MDH es el pago de intereses moratorios

---

<sup>21</sup> En ese sentido, Moisset de Espanés (2017, p. 18) señala que “si el deudor paga la obligación, aunque lo haga tardíamente, los efectos de la mora cesarán a partir del momento en que ejecute la prestación, pero el deudor deberá cargar con las consecuencias dañosas que produjo su mora hasta el momento en que pagó”.

(esto es, una indemnización por daños aplicable a la mora en obligaciones pecuniarias), sobra la argumentación de la Corte Suprema en la parte en que indica que “la demandante aceptó el pago en armadas” para sustentar que, por tanto, no hay mora ni derecho a intereses. Por el contrario, el Alto Tribunal debió analizar si, dada la ausencia de pacto entre las partes, había en la ley un tiempo supletorio de cumplimiento que permitiera determinar si SIMSA había o no incumplido con su obligación<sup>22</sup>.

Y, en segundo lugar, como se ha desarrollado en este trabajo, es al menos precipitado señalar que “la mora en nuestro ordenamiento jurídico no es automática”. Tal sentencia solo podrá predicarse del sistema de mora recogido en el CC, mas no del sistema de mora mercantil. De hecho, precisamente por la existencia de una dualidad vigente de regímenes moratorios en nuestro ordenamiento, era obligatorio para el Alto Tribunal analizar ambos sistemas y, en consecuencia, determinar cuál de los dos era el aplicable al caso concreto. En ese sentido, es lamentable la total ausencia, en la sentencia que analizamos, de referencias al régimen de mora mercantil previsto en el CdC; sea porque se desconoce su vigencia, sea porque se comparte la idea de aquellos autores que postulan su derogación por parte del art. 1353 CC<sup>23</sup>.

Este estado de la cuestión hace necesario, en primer lugar, defender la vigencia del régimen de mora mercantil (así como del régimen general de obligaciones y contratos mercantiles) contemplado en el CdC para, posteriormente, determinar si, en el caso que ahora estudiamos, fue correcta la aplicación del art. 1333 CC por parte de la Corte Suprema.

---

<sup>22</sup> Como se verá en Cap. IV, apartado 3, *infra*, tal tiempo legal de cumplimiento sí existe: se encuentra previsto en el art. 1759 CC.

<sup>23</sup> Como se verá en Cap. III, apartado 2.1, *infra*.

## Capítulo 3

### Vigencia del régimen mercantil de obligaciones del Código de Comercio

#### 1. Autonomía del Derecho mercantil con respecto al Derecho civil

**1.1. La historicidad del Derecho mercantil.** Es opinión común que el Derecho mercantil surge como un fenómeno histórico. Y es que no siempre existió como una rama especial del Derecho (Ascarelli, 1964, p. 31 y Olivencia, 2004a, p. 5). En efecto, pese a que una de las principales fuentes económicas en Roma era el comercio, nunca fue necesaria la creación de un nuevo Derecho aplicable a esta actividad, pues para solucionar cualquier controversia bastaba el *ius civile* romano<sup>24</sup> (Rocco, 1966, p. 6-7 y Valle, 1987, pp. 23-24). Este Derecho era tan universal y flexible que no existía ni lugar ni necesidad de un Derecho especial para el comercio (Olivencia, 2004a, pp. 5-6).

Solo a partir de los siglos XI y XII, el Derecho privado común empieza a perder transcendencia al no adaptarse a las nuevas circunstancias del contexto, debido a la aparición de nuevas figuras como las del mercader, las corporaciones y los gremios. Es en ese contexto en el que surge el Derecho mercantil, como una disciplina jurídica que va adaptándose a las necesidades de la época. Así pues, en la segunda mitad del Medioevo, nace el primer “sistema” de Derecho mercantil en Italia, donde artesanos y comerciantes se asocian en corporaciones de artes y oficios para constituir un sistema de consumo, intercambio y producción industrial (Olivencia, 2004a, p. 5).

Se trata de un sistema esencialmente consuetudinario, cuyo contenido estaba formado por las costumbres de los mercaderes (Olivencia, 2004a, p. 7). Pronto, estas costumbres fueron recogidas en los estatutos de las corporaciones, también llamados *constituta usus*, razón por la cual esta etapa es denominada Derecho mercantil estatutario (Zegarra Mulánovich, 2010, p. 11). Este régimen especial tenía cierta particularidad, ya que se aplicaba propiamente a los mercaderes o comerciantes matriculados, en tanto su actividad se englobase dentro del sistema (Olivencia, 2004a, p. 7).

---

<sup>24</sup> El Derecho civil nace en Grecia, pero comienza a ejercerse o sistematizarse por primera vez en Roma. Ello debido a que, si bien los griegos tuvieron un conocimiento más profundo del Derecho, son los romanos, los primeros en transformar el saber del Derecho en un arte o ciencia (Zegarra Mulánovich, 2009). No obstante lo anterior, no puede desconocerse que en el Derecho romano existieron algunas normas de carácter comercial e, inclusive, figuras bien delineadas, especialmente en el ámbito del Derecho marítimo. Sin embargo, se trataba de normas aisladas y esporádicas, las cuales no se encontraban organizadas en un sistema normativo especial (Valle, 1987, p. 24). Por ello, para Rocco (1966), los romanos desconocieron la palabra técnica para nombrar al “comercio”: la palabra *commercium* en realidad, indicaba la participación *intervivos* en un acto de cambio; la frase *negotiatio*, el ejercicio de una industria cualquiera; y, por último, el vocablo *mercatura*, el tráfico de mercancías en el sentido más restringido.

Posteriormente, con la aparición del Estado moderno, se busca reforzar la ley como fuente de Derecho, de manera que se sobreponga y sea la principal sobre las costumbres y usos de comercio que constituían el régimen mercantil medieval (Olivencia, 2004a, pp. 7-8). Este tiempo se caracteriza por la “estatización” del Derecho, pues el Estado se reserva la potestad de legislar sobre el comercio, razón por la cual esta etapa es denominada Derecho del mercantilismo nacional (Ascarelli, 1964, p. 51). Durante este periodo, además, aunque el criterio de aplicación del Derecho mercantil sigue siendo subjetivo (porque se aplica principalmente a los comerciantes profesionales), se va expandiendo a otros sujetos no comerciantes y a actividades económicas distintas al comercio (Olivencia, 2004a, p. 8).

Es a partir de la Ilustración (s. XVIII) y la Revolución Francesa (1789) que se inicia una nueva etapa en el Derecho mercantil, pues surge la idea de igualdad de los ciudadanos ante la ley (Zegarra Mulánovich, 2010, p. 12). “Esto conlleva a la desaparición de los gremios y corporaciones de profesionales, con el fin de no limitar el acceso a la libertad de comercio” (Olivencia, 2004a, p. 8)<sup>25</sup>. Además, en esta época, surge el movimiento codificador, lo que, en Derecho mercantil, tiene como punto de incidencia el primer Código de comercio: el francés de 1807. De hecho, la existencia de un Código de comercio distinto del Código civil significa la consagración positiva de un Derecho mercantil especial, frente al Derecho privado común (Olivencia, 2004a, p. 9). Este código, junto con el Civil de 1804 (basado en la propiedad y el contrato), consagra una objetivación del criterio de aplicación del Derecho mercantil (Ascarelli, 1964, p. 66): ya no se aplica principalmente a los comerciantes o sujetos dedicados al comercio, sino que el acto de comercio, realizado por cualquier persona, sirve como criterio de extensión del Derecho mercantil (Ascarelli, 1964, p. 66 y Zegarra Mulánovich, 2010, p. 12).

Como vemos, la existencia de regulaciones independientes, tanto para el Derecho civil como para el Derecho mercantil, tiene una fundamentación histórica. El Derecho mercantil nace con la finalidad de regular los actos de los comerciantes, por tal motivo, emerge como un Derecho especial y es distinto al *ius commune* (De Valdenebro, 2011).

Esta extensión y objetivación del Derecho mercantil se enmarca en una objetivación general del Derecho (Zegarra Mulánovich, 2015, p. 7). La ley es aplicada a los actos objetivamente cualificados y con independencia de quién los realice, lo cual ayuda a tener un

---

<sup>25</sup> Lo que se consolida con la Ley Chapelier de 1791 (Olivencia, 2004a).

derecho uniforme que sustituye a los derechos diversos para cada clase (Olivencia, 2004a, p. 9)<sup>26</sup>.

**1.2. Crisis de la noción de Derecho mercantil: el acto de comercio y el empresario.** Como consecuencia de las ideas de igualdad y libertad surgidas a partir de la Revolución Francesa, se buscó eliminar todo Derecho de clase. Para tal fin, adquiere importancia el acto de comercio como concepto objetivo para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho mercantil. A través de dicho concepto, la ley mercantil se aplicaría solo a los actos de comercio, con independencia de que la persona que los realizara fuera o no “comerciante” (Olivencia, 2004a, p. 9 y Zegarra Mulánovich, 2010, p. 12).

Este es el sentido del art. 2 de nuestro CdC, cuando establece que “[l]os 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 [...]”.

Sin embargo, era evidente la enorme dificultad para determinar lo que había de entenderse por “acto de comercio”. La dificultad radicaba en no alcanzar un concepto unitario que abarcara a todos los actos que, para el legislador, debían de considerarse de comercio. Se pasó de pretender definirlo como un “fenómeno de circulación de productos” (Thaller) hasta, simplemente, afirmar que será acto de comercio todos aquellos actos que la ley considera como “de comercio” (Langle). En este problema, como señala Zegarra Mulánovich (2015, p. 165), “no solo no se consiguió un criterio de delimitación del Derecho mercantil, sino que de paso se desfiguró notablemente la noción misma de acto de comercio”. Así pues, si el Derecho mercantil debía explicarse con base en una noción demasiado vaga para definirla, entonces cualquier delimitación de esta rama pasaba a ser ilusoria.

En ese contexto, Arthur Nussbaum anuncia la “disolución del concepto de Derecho Mercantil”, bajo el argumento de que éste habría perdido las razones de su diferenciación. Esta postura tiene como sustento el traslado de varias instituciones mercantiles al Derecho común, así como su regulación fuera de los códigos de comercio, como sucede con las sociedades o los títulos valores (Zegarra Mulánovich, 2015, p. 11).

Así es como surge en la doctrina una corriente de pensamiento que pretende “unificar” el Derecho privado (Zegarra Mulánovich, 2015, p. 11), con base en la generalización de las instituciones mercantiles, las que ahora son empleadas por cualquier sujeto, sin importar si

---

<sup>26</sup> Como enseña Olivencia (2004a, p. 9), en esta novedad “se encuentra el origen de un Derecho mercantil basado en el concepto objetivo de acto de comercio, cuya elaboración doctrinal y jurisprudencial va a influir decisivamente en la posterior codificación, a lo largo del siglo XIX”. En ese sentido, Garrigues (1972, p. 12) ya señalaba que “la característica del concepto positivo del Derecho mercantil español consiste, pues, en la pretensión de aislar el acto de comercio de la persona del comerciante”.

existe o no una cualidad de empresario. Esta idea fue un objetivo perseguido por un gran sector europeo y concretado a través de varios códigos y proyectos, tales como el Código ítalo-francés de obligaciones<sup>27</sup>, el Proyecto de la Academia de Pavía y los Principios UNIDROIT<sup>28</sup>. Como argumento principal se propuso la “mercantilización” de la vida civil<sup>29</sup> (Carvajal, 2006, p. 38).

Este movimiento de involución o retorno del Derecho mercantil al civil se había iniciado en Italia, en 1892, con Cesare Vivante, con base en la unificación legislativa del Código Suizo de las obligaciones en 1881. Para Vivante (1932, p. 81), la separación del Derecho mercantil surgió en forma espontánea cuando el ejercicio del comercio era exclusiva actividad de los individuos inscritos en las corporaciones, pero su mantenimiento constituía un anacronismo en una época en que todos, profesional o no, podían practicar actos de comercio. De esta forma, tal corriente de pensamiento tuvo eco en el ordenamiento italiano, con la aprobación del CC italiano de 1942 (que unifica los regímenes civil y mercantil) y en otros ordenamientos, donde se puede citar el CC holandés de 1992, el CC húngaro de 2013 y, en nuestra región, el Código Civil y Comercial argentino de 2015 (Carvajal, 2006 y Zegarra, 2015).

Frente a lo anterior, debe indicarse que la razón del fracaso del concepto de “acto de comercio” es pretender su separación de cualquier elemento subjetivo, lo que es imposible: salvo el caso de los actos de comercio objetivos en sentido estricto (como los títulos valores), todo acto de comercio requiere de un sujeto cualificado como “empresario” para poder ser considerado precisamente “de comercio”. Del mismo modo, un empresario solo puede relacionarse con el mundo a través de sus actos. Por lo tanto, el Derecho mercantil no es solo un Derecho aplicable a una categoría de actos (actos de comercio), sino también a una categoría de personas (empresarios). Ambos aspectos son imprescindibles en la idea del Derecho mercantil (Zegarra Mulánovich, 2015, p. 13).

---

<sup>27</sup> La tendencia unificadora de las obligaciones no sólo tuvo repercusión nacional, sino que llegó a intentarse la fusión internacional de las mismas. Es así que el Proyecto franco-italiano de 1927 fue bastante influyente pero no logró su vigencia. La comisión encargada de este Proyecto trabajó por varios años en él. En 1927 se aprobó en París el Proyecto definitivo y en 1928 se publicó oficialmente en los dos idiomas. Se pensó que este tendría una gran repercusión, sin embargo, ello no sucedió así, pues se quedó en un mero proyecto. Por último, cabe indicar que este Proyecto comprendía toda la parte general de las obligaciones de los dos códigos, francés e italiano (Valle, 1987, p. 100).

<sup>28</sup> Estos principios son un intento por recopilar el derecho autónomo de los sujetos que operaban a nivel comercial, los cuales se fueron dando en el ámbito de los contratos, es decir, la denominada *lex mercatoria*.

<sup>29</sup> La idea de “mercantilización de la vida civil” es un fenómeno de recepción o involución que se inicia con el CdC promulgado por Napoleón en Francia. Surge debido a que los principios e instituciones mercantiles se difundieron a tal extremo que pasaron a formar parte del Derecho Común (Valle, 1987, p. 133).

Ahora bien, si, por un lado, la calificación de un sujeto como “empresario” depende de la calificación como “actos de comercio” de las operaciones que realiza; y, por otro lado, la calificación de estas operaciones como “actos de comercio” depende de que sean realizadas a su vez por un “empresario”, entonces estaríamos a merced de un “círculo vicioso” (Zegarra Mulánovich, 2015, p. 169). ¿Cómo resolver este círculo?

**1.3. La idea de “empresa” como eje de la noción de Derecho mercantil.** Con el fin de hallar una razón para la existencia del Derecho mercantil, en 1897, Phillip Heck propone la siguiente idea: lo que exige una regulación distinta a la común es el tráfico reiterado, esto es, la repetición en serie de los mismos actos o tráfico en masa. En efecto, aunque los actos que componen esta “reiteración de actos” o “actividad” sean por sí solos de la misma naturaleza que otros aislados, la diferencia no radica en su entidad, sino en su cantidad (Olivencia, 2004b, p. 24)<sup>30</sup>. Por lo tanto, la realidad mercantil está formada por personas dedicadas a este “tráfico en masa” o “reiteración de actos”, todo lo cual exige un Derecho especial, pues sería absurdo someter a una misma regulación el acto aislado que el acto en masa (Olivencia, 2004b, p. 24 y Sánchez Calero, 2005, p. 16).

Con base en la idea de Heck, Carl Wieland avanza en sus conclusiones. Para este autor, si bien es cierto que la realidad mercantil supone un “tráfico en masa” o “reiteración de actos”, también es cierto que dicho tráfico exige una determinada organización económica llamada empresa (Olivencia, 2004b, p. 24). La “empresa” es, por lo tanto, el tercer elemento que resuelve el círculo vicioso al que se hacía referencia: un “acto de comercio” lo será cuando forme parte de una “empresa”, es decir, de una serie de actos organizados económicamente; mientras que un sujeto será “empresario” cuando se dedique profesionalmente a la “empresa”, es decir, cuando sea el titular de una (Zegarra Mulánovich, 2015, p. 60).

La empresa es, por tanto, “la actividad de organización de medios materiales y personales para la producción o mediación de bienes o servicios con destino al mercado” (Zegarra Mulánovich, 2015, p. 57 y Sánchez Calero, 2005, p. 17).

Así puede entenderse lo referido en los arts. 1 y 2 CdC:

El art. 1 CdC señala que “[s]on comerciantes para efectos de este Código: 1º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente [...]”. Este

<sup>30</sup> Ejemplifica Olivencia (2004b, p. 24): “La compraventa, el préstamo o el depósito, por ej., se realicen en serie u ocasionalmente, tienen siempre una misma naturaleza, responden a un mismo concepto; pero cuando esos actos se producen repetidamente (en masa) y constituyen elementos de una actividad requieren una regulación distinta de la que se merece un acto de idéntica naturaleza en el Derecho común”.

texto hace referencia precisamente al sujeto que se dedica profesionalmente a la actividad de empresa, es decir, el empresario o comerciante.

Por su parte, el art. 2 CdC que indica que “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 [...]”; puede interpretarse así: el “acto de comercio” es tal y se somete al Derecho Mercantil con preferencia al común en virtud de su inserción en la serie de actos constitutivos de una actividad empresarial, sea que quien lo realiza tenga o no la calidad de comerciante o empresario al momento de realizarlo (Zegarra Mulánovich, 2015, p 170).

Por lo tanto, en contra de lo que sostienen varios autores, sí es posible distinguir un acto de comercio o mercantil de los actos civiles o a los que solo les resulta aplicables normas civiles.

Con base en todo lo anterior, puede decirse que el “Derecho mercantil es una rama del Derecho privado que regula la actividad del empresario, razón por la cual es considerado como el Derecho profesional del empresario” (Sánchez Calero, 2005, p. 19). Así, Zegarra Mulánovich (2010, p. 14) define a este sector del Derecho como “la rama que tiene por objeto los derechos y deberes privados del empresario en cuanto tal, esto es, en cuanto titular de una empresa”.

## **2. La vigencia del Código de comercio y su aplicación a las obligaciones mercantiles**

Casi de modo inmediato a su entrada en vigencia, el CC de 1984 empezó a ser cuestionado, con base en las enmiendas que la Comisión Revisora del Proyecto propuso a lo planteado por la Comisión reformadora. “Estas propuestas de modificación propugnaban un cambio cuantitativo y cualitativo de las estructuras económicas, sociales y políticas” (Alterini y Soto, 2000, p. 516).

Según estos cuestionamientos, era necesario integrar en un solo texto tanto el Derecho civil como el mercantil, es decir, se proponía la unificación de todo el Derecho privado. La razón principal de esta propuesta radicaba en la, según sus autores, “imposibilidad teórica y práctica de seguir dividiendo a los actos jurídicos, obligaciones y contratos en civiles y mercantiles, por lo que era necesario un solo texto legislativo que recogiera ambas materias” (Alterini y Soto, 2000, p. 519).

Probablemente, esta postura viene motivada por la corriente unificadora europea (ya reseñada, líneas arriba). De hecho, para un sector de la doctrina, la propia unificación se inició con el CC de 1984, aunque de forma incompleta (Alterini y Soto, 2000, p. 519). En efecto,

para estos autores, por un lado, el Código de comercio de 1902 es vetusto y, por ende, se encuentra muerto antes incluso de ser derogado. Y, por otro lado, se afirma que ya el Código civil de 1984 ha mercantilizado, de alguna forma, el viejo tronco del sistema jurídico. Esta afirmación se basa en dos preceptos (Valle Tejada, 1987):

- (i) por un lado, el art. 2112 CC, según el cual se deroga cinco tipos contractuales que, con anterioridad, se encontraban previsto en el CdC: el contrato de compraventa, la permuta, el mutuo, el depósito y la fianza; y,
- (ii) por otro lado, el art. 1353 CC que, según este sector doctrinal, ha sujetado a todos los contratos de Derecho privado (lo que incluiría a los contratos mercantiles) a las reglas generales del CC.

No obstante, ha de entenderse que existe suficientes razones para concluir que, por muy vetusto que fuera el CdC, lo cierto es que mantiene su vigencia en cuanto a la parte general de las obligaciones y contratos mercantiles, como se analizará a continuación.

## **2.1. El art. 1353 CC y la pretendida derogación del CdC en materia general de contratos y obligaciones**

**2.1.1. Exposición de las posturas derogatorias.** El art. 50 CdC<sup>31</sup> establece que el Derecho común se aplica supletoriamente a los contratos y obligaciones mercantiles, es decir, en ausencia de leyes especiales mercantiles. Bajo esta regulación, se entiende que, ante la presencia de un contrato mercantil, se habrá de acudir en primer lugar a lo establecido en el CdC o en otras normas mercantiles, antes de acudir a los previsto en el CC (Langle, 1959, p. 8).

Sin embargo, en opinión de un sector de la doctrina, a partir del CC de 1984, se debe entender derogado lo regulado en el CdC, en lo relativo a las reglas generales sobre obligaciones y contratos mercantiles, produciéndose así la tan ansiada “unificación” legislativa en el Derecho privado<sup>32</sup>. Esta postura se basa, principalmente, en lo establecido en el art. 1353 CC. Este precepto señala que:

<sup>31</sup> Art. 50 CdC: “Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común.”

<sup>32</sup> Para los profesores Montoya (2006, p. 3), “el tráfico acelerado de valores patrimoniales propio de la actividad mercantil ha originado la existencia de instituciones jurídicas aptas para organizar los elementos destinados a

“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”.

Con base en esta norma, el sector doctrinal aludido considera que el art. 1353 CC habría “unificado” el Derecho de los contratos privados, eliminando la doble regulación civil y mercantil<sup>33</sup>, por cuanto estaría derogando “tácitamente” muchas de las reglas mercantiles contenidas en los arts. 50 a 63 CdC, referidas a los contratos en general<sup>34</sup>.

En esa misma línea, Barboza Beraún y Miranda Gómez (2011, pp. 278-279) afirman que, dado que la materia de la norma anterior (arts. 50 a 63 CdC), es íntegramente regulada por la nueva norma (art. 1353 CC), se ha producido en estricto un supuesto de derogación tácita de la norma antigua. Para los profesores Montoya (2006, p. 4), “[l]os arts. 50 al 63 CdC 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 CC de 1984 (...)”. En atención a ello, se puede inferir, por ejemplo, que la regulación sobre la mora contenida en el art. 63 CdC, no se encontraría vigente al haber sido derogada –de manera tácita– por el art. 1353 CdC. En consecuencia, para determinar la mora en los “contratos comerciales” tendría que aplicarse las normas dispuestas en el CC, dada su vocación supletoria.

Así, para De La Puente (2007, p. 174), al ser el Derecho comercial una rama del Derecho privado, se incluiría dentro de la expresión “todos los contratos de derecho privado, lo que supondría una especie de absorción del CC a todo el régimen del CdC aplicable a los contratos mercantiles”<sup>35</sup>. Por tal motivo, “no solo serían ineficaces aquellas disposiciones generales sobre los contratos de comercio que se opongan a las disposiciones generales de los contratos civiles, sino que la ineficacia abarcaría a toda la materia de las disposiciones

---

producir los bienes necesarios para satisfacer las necesidades humanas y para promover masivamente su circulación. Ello ha determinado que los contratos comerciales ostenten determinadas características que resultan de los factores económicos, sujetos a cambios constantes, y que inciden con mayor intensidad en el ámbito mercantil. Sin embargo, tales factores han gravitado en la legislación civil, a tal punto que ha originado un movimiento intenso hacia la unificación del derecho de los contratos, que ha alcanzado consagración legislativa en muchos países”.

<sup>33</sup> Para García-Pita y Lastres (2010b, p. 11), ello se debe a una notable divergencia en el plano cualitativo, la “desmercantilización”, lo que da pie a que los juristas peruanos contemplen –ya con convicción e incluso con aplauso– la desaparición del Derecho mercantil de obligaciones, absorbido por un Derecho común resultante de un proceso de unificación del Derecho privado.

<sup>34</sup> En palabras de Zegarra Mulánovich (2015, p. 5), esta tesis “entiende derogadas en su integridad todas las normas del CdC referidas a contratos u obligaciones en general, con lo que finalmente se habría verificado la completa unificación del Derecho de obligaciones civil y mercantil”.

<sup>35</sup> Para De La Puente (2007, p. 173), con respecto a los contratos civiles y comerciales, antes de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, se daba la posibilidad, que aún subsiste en algunos casos, de que un mismo tipo de contrato pudiera ser alternativamente considerado como civil o comercial.

generales de la Sección Cuarta del Libro I del CdC, que habría quedado derogada tácitamente por el artículo 1353 CC, en aplicación de la última parte del art. TP CC<sup>36</sup> (De La Puente, 2007, pp. 174-175).

En consecuencia, para esta postura, “debe considerarse que las disposiciones generales contenidas en la Sección Primera del Libro VII del CC rigen, no solo a los contratos mercantiles a que se refiere el art. 2112 CC<sup>37</sup>, sino a todos los otros contratos mercantiles que aún continúan disciplinados por el CdC, en sustitución de las disposiciones generales contenidas en la Sección Cuarta del Libro I del CdC, que habrían devenido ineficaces” (De La Puente, 2007, p. 175).

De la misma opinión es Valle Tejada (1987, pp. 229-231), para quien el hecho de que el art. 2112 CC derogue expresamente cinco contratos que estaban contenidos en el Código de Comercio, marca en forma indubitable e irreversible, un desplazamiento de las normas mercantiles por las de derecho común. Esto quedaría confirmado, a nivel general, por el art. 1353 del CC, el cual daría más indicios de una unificación definitiva de todas las normas referidas a obligaciones y contratos. A su entender, esta norma estaría derogando, “por incompatibilidad entre la nueva norma y la anterior, o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquella”, las normas contenidas en la Sección Cuarta (Disposiciones generales sobre los contratos de comercio). Por lo tanto, para este autor, las normas cuya vigencia se mantiene son únicamente las particulares del CdC, pues las generales (arts. 50 a 63 CdC) han sido unificadas todas dentro del CC<sup>38</sup>.

Más matizada es la postura según la cual, el art. 1353 CC no deroga a todo el régimen general de contratos y obligaciones mercantiles del CdC (Morales Acosta, 1990). Por el contrario, al decir expresamente dicho precepto que los contratos de Derecho privado “quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección” y al ser la sección a la que

<sup>36</sup> Para De la Puente (2007, p. 175), debe tenerse en cuenta que, el TP CC debe ser considerado como una norma que “no sólo tiene que ver con el Derecho civil propiamente dicho, y ni siquiera, con sólo el Derecho privado”, sino que ha sido preparada para regir todo el sistema jurídico.

<sup>37</sup> Art. 2112 CC: “Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio”.

<sup>38</sup> Los profesores Montoya (2006, p. 4), precisan esto al señalar que “el CdC, en sus art. 50 al 63, contiene las disposiciones generales sobre los contratos de comercio, estableciendo el primero de los dispositivos mencionados que las normas que los rigen son las del Derecho común, en lo que no se encuentre expresamente dispuesto en el CdC. Como se ha visto, el CC vigente somete a las reglas generales sobre el particular (Título I de la Sección Primera del Libro VII) a todos los contratos de Derecho Privado. Resultaría así, que todo lo referente a esta materia, así como lo concerniente a los contratos de naturaleza mercantil incorporados en el CC (compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza) habría que remitirlo a la disciplina propia de la materia, en la que debe hacerse el estudio correspondiente. Empero, como puede advertirse fácilmente, las normas pertinentes del CC están fuertemente influenciadas por el Derecho comercial, lo que permite aludir al fenómeno de la “comercialización del Derecho civil” en el campo de las obligaciones contractuales”.

pertenece el art. 1353 CC la Sección Primera – “Contratos en general” del Libro VII del CC, para estos autores, esta norma solo estaría derogando –siempre tácitamente- las normas del CdC cuya materia sea precisamente la regulada en la referida Sección Primera. De este modo, no se afectarían artículos como el 63 CdC (mora del deudor), cuya materia no se regula por el CC en ese lugar sino en el Libro VI (“Las obligaciones”).<sup>39</sup>

**2.1.2. Crítica a las posturas derogatorias.** Pese a las posturas aludidas y al general desconocimiento que en nuestros operadores jurídicos existe sobre las normas del CdC, consideramos necesario defender la vigencia del régimen general sobre contratos y obligaciones mercantiles contenido en el CdC.

En efecto, es cierto que el art. 2112 CC ha derogado determinadas figuras contractuales del CdC. Este precepto hace explícita referencia a los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de “naturaleza mercantil”. Por tal motivo, hace una derogación expresa de los arts. 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del CdC. Así pues, solo en ese aspecto puede concederse la pretendida “unificación de la contratación civil y mercantil”.

Por el contrario, dicha derogación no alcanza a las normas generales previstas en el CdC en materia de contratos mercantiles. Estas normas, por lo tanto, siguen vigentes en su integridad (Arias-Schreiber Pezet, 1995, Rubio Correa, 1986 y Zegarra Mulánovich, 2015).

Con el fin de defender dicha vigencia, se hace necesario acudir a lo previsto en el art. I TP CC. Este precepto señala que la derogación se produce por declaración expresa<sup>40</sup>, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior<sup>41</sup> o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquella<sup>42</sup>. Es con base en esta norma que las tesis expuestas anteriormente sustentan la derogación del régimen del CdC sobre contratos y obligaciones mercantiles: por un lado, se argumenta una derogación tácita por regulación integral de la materia a través de los indicado por el art. 1353 CC y, por otro lado, se arguye la derogación tácita –en sus

<sup>39</sup> Según opinión de Morales Acosta (1990, p. 217), “quedarán tácitamente derogadas las disposiciones generales sobre contratos mercantiles del Código de Comercio, de conformidad con el artículo I del Título Preliminar del Código Civil vigente”, pero “no existe norma alguna en la sección de reglas generales de contratos que sustituya la regulación de los art. 60 a 63 CdC.

<sup>40</sup> El acto de derogación expresa constituye aquella modalidad de ejercicio de la potestad legislativa por la que se produce el efecto derogatorio en virtud de una disposición legal *ad hoc* (Díez-Picazo Giménez, 1990, p. 109).

<sup>41</sup> Este tipo de derogación se produce cuando la nueva ley deroga a la antigua porque se opone a ella, existiendo una contradicción. En este caso, la autoridad ha dictado una o más leyes cuya subsistencia es incompatible con la subsistencia simultánea de una o más leyes preexistentes, porque contienen disposiciones que son manifestamente contrarias con las anteriores, pero sin derogarlas expresamente (Agüero, 2015, p. 64). Hay incompatibilidad cuando resulta lógicamente imposible aplicar una norma sin violar otra (Díez-Picazo Giménez, 1990, p. 302).

<sup>42</sup> Para Agüero (2015) la derogación tácita por regulación integral del mismo objeto se presenta cuando la nueva ley regula exhaustivamente una materia normada por la reglamentación anterior, o bien, cuando la nueva ley establece una nueva y completa regulación en un área determinada.

limitados alcances- por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior (Zegarra Mulánovich, 2008, p. 195).

Sin embargo, se defenderá aquí el por qué ha de entenderse que el art. 1353 CC no derogó nada dentro del CdC y, por ende, que las normas generales de obligaciones y contratos mercantiles contenidas en este último conservan su vigencia. Tal defensa se realizará con base en dos argumentos: uno normativo y otro teleológico.

El argumento normativo parte de la idea de que, en materia de derogación tácita, tanto para hablar de una regulación integral de la materia como de una incompatibilidad, es necesario que las dos normas en cuestión tengan un mismo ámbito de validez (Torres, 2006, p. 459). Por el contrario, como enseña Zegarra Mulánovich (2008, p. 196), cuando dos normas no tienen un mismo ámbito, sino que entre ellas hay una relación de general a especial, prima la norma especial y, por lo tanto, “ambas, cada una en su ámbito, rigen a la vez”. Así pues, el CC y el CdC no comparten un mismo ámbito de vigencia, sino que hay entre ambos cuerpos normativos una relación de general-especial (el CC, norma general y el CdC, norma especial). Esta realidad, por lo tanto, no permite considerar que “tácitamente” hay una derogación del primero sobre el segundo por un mero criterio cronológico.

De hecho, si se asumiera que toda norma posterior deroga a una anterior sin importar si comparten o no un mismo ámbito de validez, “cada nuevo CC (ley general) al “regular íntegramente” todas las materias (por su misma generalidad), debería derogar íntegramente todo el resto del ordenamiento positivo (al menos, del ordenamiento privado), cosa que evidentemente no ocurre” (Zegarra Mulánovich, 2008, p. 196). De otro modo, habría de entenderse que, si entrara en vigencia un nuevo CC, este derogaría “tácitamente” (y sin necesidad de una disposición expresa) a todas las normas de Derecho privado vigentes, lo cual también es impensable.

Por otro lado, tampoco puede sostenerse una derogación tácita por incompatibilidad entre dos normas que tienen un propio ámbito de aplicación por una sencilla razón: la “incompatibilidad” supone una relación recíproca entre dos elementos (Díez-Picazo Giménez, 1990, p. 304). Así, si se considerase que el CdC es incompatible con el CC y, por ello, el CC lo ha derogado, entonces podría concluirse que toda norma mercantil posterior (por ejemplo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor) impediría la aplicación del propio CC si aquel dispusiera alguna regla distinta o especial, lo cual es incorrecto (Zegarra Mulánovich, 2015). Es evidente que el CC, conserva su vigencia sobre todo contrato de Derecho privado (incluyendo a los mercantiles), pero siempre de modo supletorio (art. IX TP CC), es decir, cuando las normas mercantiles no prevean nada en particular (Langle, 1959, p. 9).

Por lo tanto, ni por “regulación integral de la materia” ni por “incompatibilidad” puede decirse que el art. 1353 CC ha “derogado tácitamente” el CdC.

Y es que, además, para que una norma general derogue a una norma especial, es necesario que lo haga de modo expreso: nunca de modo tácito<sup>43</sup>. En efecto, Zegarra Mulánovich (2008, p. 197) refiere que ya el jurisconsulto Papiniano refería que “en todo el Derecho, al género se le deroga por la especie”<sup>44</sup> (y, por tanto, no al revés) “y se tiene por predominante aquel que se refiere a la especie”. De estas afirmaciones, el comentarista Baldo dedujo que “la ley posterior general no deroga la ley anterior especial”<sup>45</sup>.

Bajo ese razonamiento, ya la Ejecutoria Suprema de 25 de setiembre de 1987 (Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia), recaída en el Exp. N° 1068-87 señalaba lo siguiente: “no debe perderse de vista que, relacionándose las leyes especiales a determinadas materias en forma privativa, es evidente que sus mandatos crean situaciones jurídicas peculiares por cuya razón no es admisible la derogación tácita”.

Por tanto, puede concluirse que “en materia de aplicación de la ley y de solución del aparente conflicto entre leyes [...] antes que el principio “la ley posterior deroga la ley anterior” hay que aplicar el principio de especialidad (“la ley especial prima sobre la ley general”, independientemente de cuál sea anterior o posterior) (Zegarra Mulánovich, 2008, p. 197)<sup>46</sup>.

De este modo, si se entiende que el art. 1353 CC en realidad no deroga el régimen de obligaciones y contratos mercantiles previsto en el CdC, ¿cuál es la finalidad de dicho precepto? ¿Por qué esta norma hace referencia a los “todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados” y por qué – como se ha visto – los “somete” a las reglas generales de la Sección Primera del Libro VII del CC?

La respuesta nos lleva al segundo argumento de defensa del régimen mercantil del CdC: el argumento teleológico. Y es que, de los antecedentes del art. 1353 CC puede

<sup>43</sup> En contra Cárdenas Quirós (1999, p. 59), para quien la derogación tácita de una norma especial por una general posterior “puede producirse perfectamente”. Para el autor, lo determinante para establecer cuándo se ha producido tal derogación tácita es encontrar cuál fue el propósito del legislador.

<sup>44</sup> D.48.19.41 (*in toto iure generi per speciem derogatur*).

<sup>45</sup> D.50.17.80 (*et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est*).

<sup>46</sup> En doctrina, Díez-Picazo (2010, p. 62) señala que, desde la óptica de la pura lógica, una norma no es de mejor calidad o de mayor fuerza por el mero hecho de ser más reciente en el tiempo.

En jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema, al señalar que, la sentencia de vista, “contiene un error que estriba en confundir los criterios cronológico y de especialidad para la aplicación de las normas, puesto que el hecho de que el Código Civil sea posterior al Código de Comercio no determina que el primero sea aplicable preferentemente al segundo” (Cas. N° 428-Lima, 12 de diciembre de 1997), la cursiva es nuestra. Citado por Zegarra Mulánovich (2008).

determinarse la real intención del legislador<sup>47</sup>. En efecto, la primera Ponencia de la Comisión Reformadora del CC de 1936, que terminó elaborando el actual CC de 1984 (Alterini y Soto, 2000, p. 515), indicaba expresamente lo siguiente: “Todos los contratos quedan sometidos a las reglas generales contenidas en este título, sin perjuicio de lo que se establezca en otros códigos o leyes especiales”. Asimismo, los arts. 5 y 7 de la misma Ponencia establecen: “Las partes pueden celebrar contratos de derecho privado que no tengan una disciplina especial según este Código u otras leyes [...]” [art. 5] y “Los contratos y, en general, todos los actos jurídicos que estén sujetos a una legislación específica serán regulados conforme a ésta y supletoriamente por las disposiciones contenidas en el Código Civil” [art. 7]<sup>48</sup>.

Nótese, por lo tanto, que la finalidad del art. 1353 CC es la de someter a las reglas generales del CC a los contratos atípicos o innominados, dejando a salvo a aquellos contratos de Derecho privado que tienen una regulación específica (como sucede con los contratos mercantiles, cuya regulación general está en los arts. 50 a 63 CdC), según lo establece el art. IX TP CC. Lamentablemente, dicha redacción fue modificada posteriormente hasta cobrar vigencia, en 1984, el actual texto del art. 1353 CC, cuyo tenor crea una total confusión y prácticamente difumina la finalidad original de la norma. Como refiere Zegarra Mulánovich (2008, p. 197), “se pasó, por el deseo de “decirlo mejor” (en sentido estético), al actual texto [del art. 1353 CC] lleno de ambigüedad”. Aun con todo, puede afirmarse que, atendiendo a la voluntad del legislador y a la propia *ratio legis*, el art. 1353 CC nunca tuvo pretensión alguna de “unificar” la regulación de los contratos de Derecho privado, sino únicamente la de brindar un marco normativo aplicable a los contratos innominados o atípicos.

Y es que, si se entiende que el art. 2112 CC hace una derogación expresa de una serie de tipos contractuales del CdC, cabe cuestionarse: ¿por qué, si era intención del legislador derogar el régimen general de contratación mercantil del CdC, no empleó una fórmula similar de derogación expresa? Para Zegarra Mulánovich (2008, p. 198) es claro que “no se trata de un mero olvido del legislador, sino que, o no quiso hacerlo en realidad, o no se alcanzó el consenso necesario para ello”.

Lo anterior, además, queda demostrado con lo expresado por el ponente principal del Proyecto que, a la postre, se convertiría en la Sección I del Libro VII del CC (donde está incluido el art. 1353 CC): el profesor Max Arias-Schreiber (1980, p. 448). En sus propios términos:

---

<sup>47</sup> Que, en opinión de Cárdenas Quirós (1999, p. 59), es el criterio determinante de interpretación para establecer si se ha producido o no una derogación tácita.

<sup>4848</sup> Puede corroborarse en Comisión Encargada del estudio y revisión del Código Civil. Congreso de la República (1980, pp. 421-544).

“Un aspecto que ha merecido detenida atención ha sido establecer si la contratación civil debe estar unificada con la mercantil. [...] Después de evaluar el tema, hemos llegado a la conclusión de que en el Perú no se han dado aún las condiciones que recomiendan implantar el sistema unitario y que, por lo tanto, debe mantenerse la dualidad existente, aunque con la salvedad de sugerir la supresión de aquellos contratos mercantiles cuya línea de separación con los civiles es tan tenue que prácticamente se confunden. Así sucede con el mutuo y el depósito, entre otros. Además, en las Disposiciones Finales del nuevo Código habrá que señalar los dispositivos que están siendo derogados y que figuran en la Sección Cuarta del libro I del CdC”.

Nótese, por tanto, que el legislador de 1984 nunca tuvo la intención de derogar el sistema de contratación mercantil del CdC ni, por tanto, de “unificar” los regímenes de contratación civil y mercantil. Según el citado, “en el Perú no se han dado aún las condiciones que recomiendan implantar el sistema unitario”. Por el contrario, las únicas dos finalidades, con los arts. 1353 y 2112 CC eran las siguientes:

- (i) derogar del CdC únicamente los específicos tipos contractuales previstos en el art. 2112 CC: compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza<sup>49</sup>.
- (ii) someter a las reglas generales del CC a los contratos atípicos o innominados, dejando a salvo a aquellos contratos de Derecho privado que tienen una regulación específica (como sucede con los contratos mercantiles, cuya regulación general está en los arts. 50 a 63 CdC).

Estas finalidades, además, tienen sentido en el contexto actual en el que el tráfico económico ha desencadenado una serie de contratos que no coinciden con la tipología prevista en la ley. En palabras de Leyva Saavedra (2001, pp. 7-8): “Esta nueva civilización ha consagrado el principio general de la libre competencia y, paulatinamente, ha ido suprimiendo las regulaciones que coartaban una de las manifestaciones más características de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, ocasionando con ello la multiplicación de los contratos atípicos que, del campo estricto del intercambio de bienes, poco a poco han ido trasladando el centro del sistema económico y de la contratación al campo de la prestación de los servicios.”

---

<sup>49</sup> De hecho, como señala García-Pita y Lastres (2010b, p. 23), la norma derogatoria tampoco dice que los contratos dejan de ser mercantiles. Por el contrario, el art. 2112 CC no sólo no modifica su mercantilidad, sino que, al mencionar que la frase “de naturaleza mercantil”, la confirma. Asimismo, señala que esto no puede ser de otro modo, pues el CdC de 1902 continúa regulando los arts. 1, 2 y 50 CdC y mientras siga haciéndolo, cualquier compraventa, permuta, mutuo, etc., que pertenezcan a la actividad de los comerciantes y empresarios, en el ejercicio de su profesión característica, tendrá naturaleza mercantil.

La intención del legislador, por lo tanto, es que el CC de 1984 se adapte al nuevo contexto de globalización, orientado a partir de la contratación comercial, financiera y jurídica, como consecuencia de la expansión de las relaciones económicas de nuestra sociedad (Ugarte Vega, 2010). Ello permite la celebración de contratos que, aunque no se encuentran tipificados en nuestro ordenamiento, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en la Sección Primera (Contratos en General) del Libro VII (Fuentes de las obligaciones) del CC.

En conclusión, tanto el art. 1353 CC como los arts. 50 a 63 CdC son normas con un ámbito propio de aplicación. El primero alude al sometimiento de todos los contratos atípicos o innominados y demás contratos de Derecho privado que no tengan una legislación especial a las normas generales del CC. Los segundos, por su parte, conforman el régimen general aplicable a la contratación mercantil. Todo lo anterior, sin perjuicio de que el CC sea aplicable, según lo refiere el art. IX TP CC (así como el propio art. 50 CdC), supletoriamente a los contratos mercantiles, cuando no existan normas especiales que regulen determinado ámbito de su régimen legal.

## **2.2. El sistema de fuentes aplicable a los contratos y obligaciones mercantiles.**

El régimen general de contratos mercantiles previsto en nuestro CdC se divide de la siguiente manera: los arts. 50 al 55 regulan la celebración de los contratos en cuanto negocios jurídicos, y los arts. 60 a 63, rigen la relación jurídica que se origina del contrato celebrado.

El art. 50 del CdC establece lo siguiente:

“Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y a la capacidad de los contratantes, **se regirán en todo lo que no se halle expresamente en este código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común**”.

Del tenor de la norma, se deduce que, las fuentes aplicables a los contratos mercantiles son, en primer lugar, el CdC y las leyes de naturaleza mercantil y supletoriamente el CC (Langle, 1959, p. 8).

De hecho, este sistema de fuentes es básicamente una reproducción del previsto en el art. 2 CdC, el cual refiere que los actos de comercio “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”<sup>50</sup>.

En definitiva, cuando un contrato es mercantil, le serán aplicables, en primer lugar, el CdC y las leyes de naturaleza mercantil<sup>51</sup> y, solo supletoriamente, el régimen contenido en el CC<sup>52</sup>.



---

<sup>50</sup> Si bien entre los textos de los arts. 2 y 50 CdC existe una diferencia, por cuanto el primero prevé a los “usos de comercio” como parte del sistema de fuentes a los “actos de comercio”, mientras el segundo omite tal referencia, se ha aceptado en doctrina que esta omisión del art. 50 CdC es meramente accidental. (Zegarra Mulánovich, 2019).

<sup>51</sup> Zegarra Mulánovich (2015, pp. 31-34) hace larga enumeración de la legislación mercantil vigente en el ordenamiento peruano. En dicha legislación destacan, entre otras normas, el propio CdC (en todo lo que no ha sido derogado), la Ley General de Sociedades, la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, la Ley de Títulos Valores, la Ley del Mercado de Valores, la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, etc.

<sup>52</sup> Se explicará cuándo un contrato es mercantil en Cap. IV, apartado 2, *infra*.

## Capítulo 4

### La aplicación del régimen de mora mercantil del Código de Comercio al pago retrasado en un contrato de obra: análisis del caso concreto

Expuesto está que, pese a su antigüedad, las normas generales de contratación previstas en el CdC conservan su vigencia y, por lo tanto, resultan aplicables a los contratos mercantiles<sup>53</sup>. Sin embargo, para la mayor parte de nuestros operadores jurídicos, el único régimen general aplicable a los contratos mercantiles es el previsto en el CC, sea porque se ha asumido que el art. 1353 CC deroga las correspondientes disposiciones del CdC o, simplemente –y con más frecuencia– porque se desconoce totalmente la existencia del CdC y su aplicación sobre la materia.

Probablemente la última de las razones aludidas es la que se verifica en el caso objeto de nuestro examen. Como se ha explicado, en la sentencia que resuelve dicho caso hay una total ausencia de referencias al sistema de mora mercantil previsto en el CdC (que establece como regla general la mora automática), asumiéndose, por tanto, que “la mora en nuestro ordenamiento jurídico no es automática” sino “por interpelación del acreedor”. Estas afirmaciones son las que sustentan principalmente que la Corte Suprema haya denegado la pretensión de intereses moratorios de MDH, por considerarse que, al no existir interpelación del acreedor, no hubo constitución en mora<sup>54</sup>.

Lo que va a desarrollarse a continuación es un análisis del caso concreto, con el fin de determinar dos cuestiones principales:

- (i) qué tipo de contrato celebraron MDH y SIMSA; y,
- (ii) qué naturaleza (civil o mercantil) tiene tal relación contractual.

La determinación de estos elementos permitirá no solo establecer cuál de los dos regímenes de *mora debitoris* (civil o mercantil) resultaba aplicable al caso, sino también, de qué manera debía aplicarse el sistema de mora correspondiente.

#### 1. Calificación de la relación contractual

El caso objeto de examen versa sobre la relación comercial entre dos sujetos, MDH y SIMSA, ambas sociedades anónimas, quienes acordaron lo siguiente:

---

<sup>53</sup> Véase Cap. III, *supra*.

<sup>54</sup> En todo caso, también resulta cuestionable que el abogado de la parte demandante (MDH) tampoco conociera la existencia del régimen de mora mercantil en el CdC; algo que, sin duda alguna, le habría sido útil para sustentar el por qué la constitución en mora debía entenderse verificada con el solo retraso en el pago.

- (i) por un lado, MDH se obligaba a prestar, a favor de SIMSA, cuatro servicios de perforación diamantina en determinadas minas de esta última; y,
- (ii) por otro lado, SIMSA se obligaba a pagar, por cada una de las perforaciones pactadas, una suma dineraria.

Dada las prestaciones pactadas por las partes, no cabe duda que nos encontramos frente a un contrato de prestación de servicios, definido por el art. 1755 CC como aquel en el que “se conviene que estos [los servicios] o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente” (Beltrán Pacheco, 2003, p. 121). En este contexto, MDH vendría a ser el prestador del servicio y SIMSA, el comitente.

### 1.1. La prestación de servicios: alcances generales y clasificación tradicional.

La prestación de servicios es una categoría genérica de contratos<sup>55</sup>. En ese sentido, Muro Rojo (2003a, p. 129) señala que “el denominado ‘contrato de prestación de servicios’ viene a ser un género contractual bajo cuya comprensión y regulación general se cobijan determinadas modalidades contractuales típicas específicas y ciertas modalidades atípicas que el Código reconoce; advirtiéndose, por consiguiente, que entre aquel y estas existe una relación de género a especie”.

Siendo ello así, cualquier relación jurídica que suponga una “prestación de servicios”, sea porque se encuadra en una de las modalidades típicas del art. 1756 CC, sea porque, siendo una figura atípica, se incardina en su estructura una “prestación de servicios” bajo los alcances generales del art. 1755 CC, estará regulada directa o supletoriamente por las disposiciones generales contenidas en los arts. 1755 a 1763 CC (Muro Rojo, 2003a, p. 129)<sup>56</sup>. En ello es expreso el art. 1757 CC, el cual establece que “[s]on también modalidades de la prestación de servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo, los contratos innominados de doy para que hagas y hago para que des” (Muro Rojo, 2003a, p. 127). Así

<sup>55</sup> En el Derecho romano, se reconocían tres categorías de contrato de prestación de servicios (*locatio conductio*): (i) *locatio conductio rerum* (referente al uso de una cosa o goce de un derecho); (ii) *locatio conductio operarum* (referente al aprovechamiento del trabajo por un tiempo a favor de otro); y, (iii) *locatio conductio operis* (referido a la ejecución de una obra u *opus* a favor de otro) (Gregorini, 1999, pp. 1-2).

<sup>56</sup> Por ejemplo, Zegarra Mulánovich (2019, p. 304), en el marco de los contratos mercantiles, hace referencia a los “contratos de gestión de intereses ajenos” o “de colaboración”, que son aquellos en donde se manifiesta cierta representatividad por parte del prestador del servicio. Entre estos están el mandato, la comisión mercantil y, más modernamente, el contrato de agencia. En todos ellos, el autor reconoce la aplicabilidad de las disposiciones generales previstas en los arts. 1755 a 1763 CC, en todo lo o regulado específicamente por normas especiales.

pues, lo característico de un contrato de prestación de servicios es que su prestación característica consiste en un “hacer” (Zegarra Mulánovich, 2019, p. 304)<sup>57</sup>.

Por otro lado, si bien la definición del art. 1755 CC no hace referencia a contraprestación alguna por parte del comitente, tal ausencia no es obstáculo para calificar al contrato del caso que analizamos (donde sí existe tal contraprestación por parte de SIMSA) como uno de prestación de servicios. En efecto, la doctrina ha afirmado que este tipo de contrato puede ser a título oneroso o gratuito, por lo que la contraprestación por parte del comitente, bajo la regulación peruana, constituye solo un elemento contingente cuya presencia o ausencia en nada altera la calificación de contrato de prestación de servicios de aquel en el que una de las partes se obliga a proporcionar a la otra “los servicios o su resultado” (Muro Rojo, 2003b, p. 133).

Ahora bien, como lo señala el art. 1755 CC (“los servicios o su resultado”) –y más allá de la distinción de modalidades prevista en el art. 1756 CC<sup>58</sup>–, la distinción más típica entre contratos de prestación de servicios es aquella que los clasifica en contratos de medios y contratos de resultados (Beltrán Pacheco, 2003, p. 123). Será de “medios” cuando lo que se contrata es la actividad misma considerada (actividad que deberá ser realizada con un determinado nivel de diligencia), mientras que será de “resultado” cuando lo que se contrata es, precisamente, la obtención de un resultado concreto del trabajo producido (Díez-Picazo, 2010, p. 378). Dentro del primer grupo, el tipo contractual más prototípico es la locación de servicios (arts. 1764 a 1770 CC), mientras que, dentro del segundo, lo será el contrato de obra (arts. 1771 a 1789 CC).

**1.2. Contrato de locación de servicios y contrato de obra: similitudes y diferencias.** El contrato de locación de servicios, según el art. 1764 CC, es aquel en el que “el locador [prestador] se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”. Por su parte, el art. 1771 CC define al contrato de obra como aquel en el que “el contratista [prestador] se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución”<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Dentro de la tradicional clasificación de obligaciones que las divide en de “dar”, de “hacer” y de “no hacer”.

<sup>58</sup> El art. 1756 CC señala que son modalidades de la prestación de servicios nominados: (i) la locación de servicios; (ii) el contrato de obra; (iii) el mandato; (iv) el depósito; y, (v) el secuestro.

<sup>59</sup> Spota (1987, p. 284) define al contrato de obra (lo llama “locación de obra”) como “un contrato por el cual una de las partes denominado locador de obra (empresario, constructor, contratista y en su caso, profesional liberal, autor, artista), se compromete a alcanzar un resultado material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica y la otra parte, denominada locatario de la obra (dueño, propietario, comitente, patrocinado, cliente), se obliga a pagar un precio determinado o determinable en dinero”. En opinión de Beltrán Pacheco (2003b, p. 158), sin embargo, no es imperativo que la retribución consista en dar dinero,

Como se aprecia, en ambos tipos contractuales existe una relación obligatoria sinalagmática, en la que ambas partes asumen la realización de determinadas prestaciones (servicio-retribución) que se encuentran conectadas entre sí en una relación de interdependencia; esto es, que la prestación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra (“sinalagma genético”, en los términos de Díez-Picazo, 2008, p. 432). Así, en el caso que analizamos, es indudable la condición de sinalagmática de la relación contractual entre MDH y SIMSA.

Por tanto, lo que diferencia a un contrato de locación de servicios de uno de obra no es la estructura de la relación obligatoria, sino el contenido de la obligación del prestador del servicio: en un caso, el servicio consiste en la realización de una actividad por un tiempo o para un propósito determinado, que no incluye la obtención de un resultado concreto<sup>60</sup>; en el otro caso, el servicio sí supone la realización de un resultado concreto (una obra, en los términos del art. 1771 CC) como medio idóneo para que el deudor se libere (Franzoni, 1998, p. 82).

Como señalan Tovar Gil y Ferrero Díaz (2003, p. 186), “el elemento esencial del contrato [de obra] por la parte del contratista es que se obliga a cierto resultado (que es precisamente la obra). Lo esencial es que este resultado tiene un contenido predeterminado. El contrato fija en forma precisa en qué consiste la obra que el contratista tiene que realizar”.

Pese al criterio de distinción anterior, se ha planteado en la doctrina la posibilidad de que, en la realidad, no pueda distinguirse claramente cuándo un contrato es de locación de servicios y cuándo es de obra<sup>61</sup>. La duda radica principalmente en el texto del art. 1764 CC, el cual, al definir a la locación de servicios, hace referencia a “un trabajo determinado”. ¿No puede, acaso, subsumirse en este término la realización de una obra o de un resultado concreto?

La respuesta a esta interrogante es que, cuando el art. 1764 CC se refiere a un “trabajo determinado”, en realidad está aludiendo a un plazo de ejecución determinable, que será el necesario para la consecución del trabajo objeto de obligación. Si bien el uso del término

---

abriendo la posibilidad de que exista un contrato de este tipo en el que la contraprestación por el servicio se realice en especie.

<sup>60</sup> Aunque ciertamente toda actividad produce, de una forma de o de otra, consecuencias que pueden calificarse de “resultados”, lo determinante en un contrato de locación de servicios es que tal o tales “resultados” no formen parte de la prestación a la que está obligado el locador o prestador del servicio. Como lo señala Franzoni (1998, p. 82), en las obligaciones de medios (como en la locación de servicios), “el resultado no figura como comprometido aun cuando la conducta del deudor estuviera vinculada a la realización de un resultado determinado”.

<sup>61</sup> De hecho, autores como Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2000, pp. 479 y ss.) han criticado en general la distinción entre obligaciones de medios y resultados.

“trabajo” puede ocasionar problemas (ya que se puede interpretar con el significado de “resultado” u “obra”), tal vocablo debe hacer referencia a una labor específica brindada para un propósito determinado, y sin el compromiso de lograr un resultado concreto (Beltrán Pacheco, 2003b, pp. 157-158).

**1.3. Calificación de la relación contractual: contrato de obra.** Tomándose en consideración lo anterior, ¿cabría subsumir al contrato celebrado entre MDH y SIMSA como un contrato de locación de servicios o como un contrato de obra? En nuestra opinión, la relación entre ambas partes debe ser calificada como un contrato de obra por los siguientes motivos:

En primer lugar, en cuanto a los sujetos del contrato, el contratista es quien se compromete a la realización de la obra, mientras que el comitente es aquel en cuyo provecho se realiza la obra (Ortega Doménech, 2007, p. 13). En ese contexto, puede calificarse a MDH como el contratista, quien se ha obligado frente a SIMSA (el comitente) la realización de cuatro obras determinadas (cuatro perforaciones diamantinas) a cambio de cuatro pagos dinerarios (uno por cada obra) por parte del segundo.

En segundo lugar, en cuanto al objeto del contrato, lo constituyen: (i) la obra en sí misma, y; (ii) la retribución. La obra es el resultado producto de la actividad o trabajo del locador (sea material, inmaterial, industrial, científico, artístico, etc.). Ha de tratarse, además de un resultado determinado de algún modo, bien en relación con un plano, diseño o proyecto, o bien con relación a una especificación técnica. Por otro lado, la retribución es la prestación que tiene su causa en la realización de la obra y que puede consistir en dinero o en especie. Podrá fijarse, a su vez, una remuneración única e invariable para toda la obra (suma alzada) o un precio fijado por piezas o medidas (precios unitarios) (Ortega Doménech, 2007, p. 14).

Bajo lo anterior, los servicios a los que se obligó MDH a favor de SIMSA deben ser calificados como obras, ya que se trata de servicios en los que MDH se comprometió a un resultado determinado: la realización de cuatro perforaciones diamantinas. Así pues, ha de entenderse que MDH fue contratado para la obtención de un resultado previamente estipulado: las referidas perforaciones. Tales obras habrían de realizarse, además, bajo determinadas especificaciones técnicas (aunque estas no han sido recogidas en la sentencia de Casación que se examina). Todo ello hace entender razonablemente que MDH solo se liberaba de la obligación habiendo realizado las perforaciones mencionadas, lo que, en efecto, sucedió, si se entiende que SIMSA aceptó tales servicios (es decir, aceptó el resultado

pactado<sup>62</sup>), razón por la cual realizó los pagos correspondientes. Por estos motivos, no nos queda duda que la prestación a la que MDH se comprometió consiste en una obra determinada (bajo los términos del art. 1771 CC). Como contraparte, SIMSA debía pagar una retribución que consiste en cuatro sumas dinerarias, una por cada obra-perforación acordada, aunque –como se aprecia de la sentencia– no se pactaron plazos ni tiempo de cumplimiento para ello.

Y, en tercer lugar, en cuanto a la forma del contrato de obra, el CC no prevé formalidad alguna para su validez, por lo que habrá de acudirse a la regla general de consensualidad (art. 1352 CC), según la cual los contratos “se perfeccionan por el consentimiento de las partes”. En el caso que analizamos, no se aprecia que las partes hayan celebrado el contrato bajo una forma determinada (al parecer, ni siquiera redactaron documento alguno en el que conste el acuerdo), lo que no es obstáculo para señalar que el acuerdo existe, considerando que MDH prestó los servicios de perforación diamantina aludidos y que SIMSA los aceptó, razón por la cual realizó –aunque en partes– el pago por dichos servicios.

Ahora bien, ¿qué consecuencia jurídica acarrea calificar al contrato que se analiza como uno de obra? La principal consecuencia es la aplicación directa del régimen específico previsto para el contrato de obra: los arts. 1771 a 1789 CC. Supletoriamente, se aplicarán las disposiciones generales previstas en los arts. 1755 a 1763 CC para todo contrato de prestación de servicios (tal y como lo expresa el art. 1757 CC) (Tovar Gil y Ferrero Díaz, 2003, pp. 192-193)<sup>63</sup>. Y, dependiendo de la naturaleza civil o mercantil del contrato, serán también aplicables las disposiciones de contratación general contenidas en el CC o en el CdC; cuestión que se definirá a continuación.

## **2. Mercantilidad del contrato**

Encontrar el significado de “contrato mercantil” es de suma importancia para determinar qué régimen aplicar a un determinado contrato. Como se ha explicado en este trabajo, el régimen mercantil de contratación tiene su propio sistema de fuentes (art. 50 CdC), el cual establece la aplicación directa de normas mercantiles y, solo supletoriamente, la aplicación del Derecho común contenido en el CC.

---

<sup>62</sup> Art. 1779 CC: “Se entiende aceptada la obra, si el comitente la recibe sin reserva, aun cuando no se haya procedido a su verificación”.

<sup>63</sup> Cabría añadir que, además de estas normas, podría aplicarse las reglas que regulan a las obligaciones de hacer (arts. 1148 a 1157 CC), ya que, como lo especifica el art. 1771 CC, en un contrato de obra “el contratista se obliga a hacer una obra determinada”. Así lo entienden Tovar Gil y Ferrero Díaz (2003, p. 193).

Así, para Zegarra Mulánovich (2019, p. 15) calificar un contrato privado como mercantil acarrea las siguientes consecuencias jurídicas:

- (i) Dada la existencia de una serie de reglas generales sobre contratos y obligaciones mercantiles, estas se aplicarán al contrato en cuestión, lo que da lugar a consecuencias distintas a las que se produciría en un contrato civil.
- (ii) Al existir contratos que tienen una doble regulación (civil-mercantil), el régimen aplicable se determinará al observarse la presencia o ausencia de mercantilidad del contrato. Por ejemplo, el contrato de mandato tiene un régimen civil (arts. 1790 y ss. CC) y un régimen mercantil (el de la comisión mercantil – arts. 237 y ss. CdC).

Por lo tanto, lo determinante es definir cuál es el criterio de mercantilidad o criterio por el cual se puede sostener que un contrato tiene naturaleza mercantil.

**2.1. El criterio de mercantilidad de un contrato.** Para determinar el criterio de mercantilidad de un contrato, es necesario partir de la idea que el “Derecho Mercantil es la rama del derecho que se ocupa de los derechos y deberes privados del empresario en cuanto tal, es decir, en cuanto es titular de una empresa” (Zegarra Mulánovich, 2010, p. 14). Así, para Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte (2010, p. 178) “se califican como contratos mercantiles aquellos que surgen como instrumento necesario para regular las relaciones jurídicas a que da lugar la actividad profesional del empresario”. Esto quiere decir que la mercantilidad del contrato está íntimamente ligada con el ejercicio de la empresa (Zegarra Mulánovich, 2008, p. 40).

Y es que, como se defiende en este trabajo, todo “acto de comercio” es tal en cuanto forma parte de una actividad de empresa. Es evidente, por tanto, que al ser el contrato mercantil la categoría más importante de acto de comercio deba serle aplicable el mismo criterio. De este modo, lo decisivo del criterio de mercantilidad es la inserción del contrato en la sucesión de actos que constituyen la empresa (García-Pita y Lastres, 2010a)<sup>64</sup>.

Además, si la empresa es la actividad profesional del empresario, habrá de determinarse quién es empresario para nuestro ordenamiento. Como se explicó líneas arriba, empresario es aquel sujeto que se dedica profesionalmente a la actividad de empresa, esto es, a la “organización de medios materiales y personales para la producción o mediación de

---

<sup>64</sup> En los términos de García-Pita y Lastres (2010a, p. 45), “una ley, un negocio jurídico o un cuasicontrato serán mercantiles, en la medida en que den lugar a relaciones jurídicas en las que intervenga un empresario, en el ejercicio de su actividad constitutiva de empresa”.

bienes o servicios con destino al mercado" (Zegarra Mulánovich, 2010, p. 25)<sup>65</sup>. Esto viene recogido legislativamente por el art. 1, inc.1 CdC ("Son comerciantes, para efectos de este Código: 1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente"). Estos son los llamados empresarios por el ejercicio.

Sin embargo, el art. 1, inc.2 CdC indica que además será empresario ("comerciante", en los términos de la ley) "[l]as compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este código", lo que, en el contexto actual, hace referencia a las personas jurídicas con forma mercantil (sociedades mercantiles, empresas individuales de responsabilidad limitada, etc.)<sup>66</sup>. Estas personas jurídicas con forma mercantil reciben la condición legal de empresario (y, por tanto, están sometidas a las obligaciones propias de cualquier empresario) incluso si el objeto que realizan no tuvieran naturaleza mercantil, razón por la cual, toda actividad que realicen estará sometida al Derecho mercantil (Rojo, 2015, p. 53). Como enseña Zegarra Mulánovich (2010, p. 28), estas personas, "por razones estrictamente formales y externas reciben *ipso iure* la calificación o status jurídico de empresario, independientemente de la actividad o actividades que realicen o se propongan realizar". Son calificadas, por tanto, como empresarios por la forma.

Con base en lo anterior, puede decirse que todo contrato que sea celebrado por un sujeto en ejercicio de su actividad empresarial (empresario por el ejercicio) o por una persona jurídica con forma mercantil (empresario por la forma) ha de recibir la calificación de "mercantil" y, por tanto, someterse al régimen general establecido en los arts. 50 a 63 CdC (García-Pita y Lastres, 2010a, p. 45).

Ahora bien, aunque lo anterior es regla general, existen casos de contratos mercantiles en donde ninguna de las partes tiene la condición de empresario. A ello hace referencia el art. 2 CdC cuando indica que los actos de comercio pueden ser realizados por personas no comerciantes ("sean o no comerciantes los que lo ejecuten", dice el precepto). Si bien estos

---

<sup>65</sup> Como explica García-Pita y Lastres (2010b, p. 25) "las obligaciones y contratos mercantiles quedan sometidos a un régimen especial, debido a su relación con el sujeto-empresario y con la empresa entendida como actividad económica-productiva, resultante de la referida actividad, pues los empresarios quedan sometidos a un régimen jurídico especial, no por ser quienes son, sino por hacer lo que hacen: organizar racionalmente los factores de la producción para proporcionar bienes y servicios al mercado".

<sup>66</sup> Zegarra Mulánovich (2015, pp. 68-69) indica que las "compañías mercantiles constituidas con arreglo a este Código" a las que se refiere el CdC son, en el contexto actual, "personas jurídicas con forma mercantil". Esta interpretación más amplia se debe, por un lado, a que existen leyes mercantiles fuera del CdC que regulan la constitución de sociedades y personas jurídicas mercantiles; y, por otro lado, a que apenas queda norma alguna en el CdC que regule aspectos de las "compañías mercantiles", ya que desde 1966, la Ley de Sociedades Mercantiles (hoy, la Ley General de Sociedades) derogó casi todos los arts. del CdC dedicado a cuestiones societarias.

casos son poco usuales, lo cierto es que existen y serán contratos a los que debe ser aplicado el régimen mercantil de contratación.

Por ejemplo. El contrato de sociedad mercantil, donde no es necesario que los socios tengan, a su vez, la condición de empresarios<sup>67</sup>; la transferencia de empresas en marcha, donde la condición de empresario se adquiere a partir del contrato de transferencia; o, aquellos contratos celebrados por empresarios en el ejercicio de su actividad, pero no a nombre propio sino en nombre de otro sujeto no empresario (Zegarra Mulánovich, 2015, p. 173).

En todos estos casos, la mercantilidad del contrato proviene de su inserción en una actividad empresarial, aunque no sean empresaria ninguna de las partes que intervienen en él.

Así, el contrato de sociedad constituirá el primero de una serie de actos mercantiles que formará la actividad empresarial de la sociedad. La transferencia de empresa a un no empresario será el primer acto que éste realice y a partir del cual éste empezará a ejercer la actividad empresarial correspondiente. Por último, el contrato celebrado por un empresario a nombre de otro no empresario será mercantil porque se trata de un contrato que se inserta en la actividad del empresario en cuestión, aunque este no sea parte del contrato (por ejemplo, los contratos celebrados por agentes de bolsa de valores a nombre de sus clientes “comitentes” son mercantiles y está regulados como tales por una norma mercantil, la Ley del Mercado de Valores y el propio CdC).

En conclusión, todo contrato será mercantil cuando se inserte en una actividad empresarial (sea o no parte del contrato el empresario) o cuando sea celebrado por un empresario por la forma.

**2.2. La mercantilidad del contrato de obra.** Como se ha explicado, si bien el contrato de obra tiene una regulación específica en el CC (arts. 1771 a 1789 CC), ello no es obstáculo para que, si se verificase la mercantilidad del contrato, le sean aplicables también normas contenidas en el sistema mercantil de contratación previsto en el CdC. La importancia de esta consecuencia jurídica hace lamentar, por tanto, que la Corte Suprema, en la sentencia

---

<sup>67</sup> Como señalan Broseta Pont y Martínez Sanz (2017, p. 92), “[e]n este caso, el empresario mercantil no es ninguna de las personas físicas que se asocian, ni tampoco los administradores que la representan y gestionan, sino la persona jurídica nueva y distinta que se crea para realizar aquella actividad” (con cursiva en el original).

objeto de examen, no haya hecho una sola referencia a esta posibilidad, dada la vigencia de los arts. 2 y 50 CdC<sup>68</sup>.

Así pues, en nuestra opinión, el contrato de obra que se analiza en este trabajo tiene naturaleza mercantil, con base en dos criterios de mercantilidad: formal y material.

Es mercantil bajo un criterio formal por cuando resalta un dato ineludible: ambas partes del contrato de obra son personas jurídicas con forma mercantil. En efecto, como se aprecia de la sentencia, tanto MDH como SIMSA son sociedades anónimas (MDH S.A.C y San Ignacio de Morococha S.A.) y, en cuanto tal, empresarios por la forma de acuerdo al art. 1, inc. 2 CdC. Esta calificación, como se ha explicado, implica que todo acto jurídico realizado por este tipo de personas se someterá a las reglas del Derecho mercantil, con independencia de que su naturaleza sea o no mercantil (Rojo, 2015, p. 53). Por este motivo, aunque se trata de un criterio estrictamente formal, puede señalarse que la condición jurídica de empresarios por la forma que ostentan MDH y SIMSA es suficiente para calificar como “mercantil” (y, por tanto, someterlo al régimen del CdC) al contrato de obra celebrado por ambas partes.

Por otro lado, también puede sostenerse que el contrato de obra en cuestión es mercantil bajo un criterio material. Y es que este contrato se inserta de lleno en la actividad empresarial a la que se dedica MDH. En efecto, la sentencia de Casación que se analiza señala expresamente:

“El demandante fundamenta su pretensión en que su empresa es especializada en servicios de perforación diamantina y que, en su condición, prestó servicios a la demandada en el interior de la mina del Proyecto San Ramón (abril y mayo de 2002) y en el interior del Proyecto Uncush Sur (mayo y junio de 2005)”.

Este dato permite concluir que el contrato de obra que celebró MDH con SIMSA es un acto que se inserta en la actividad empresarial a la que se dedica la primera, lo que sustenta que dicho contrato tenga naturaleza mercantil y, por ello, deba someterse a las normas de contratación previstas en el CdC.

---

<sup>68</sup> Art. 2 CdC: “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**”.

Art. 50 CdC: “Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y a la capacidad de los contratantes, **se regirán en todo lo que no se halle expresamente en este código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común**”.

Todo lo anterior permite valorar negativamente la resolución de la Corte Suprema al caso concreto. Este tribunal no evaluó adecuadamente la naturaleza del contrato de obra ni, por tanto, definió correctamente la normativa aplicable. Por el contrario, asumió de entrada que a dicho contrato le eran aplicable únicamente las normas previstas por el CC en materia de mora.

### **3. Aplicación del sistema de mora mercantil al contrato de obra**

La mercantilidad del contrato de obra en el caso que analizamos permite afirmar que, más allá de la normativa específica prevista en el CC para este tipo contractual y para el género de contratos de prestación de servicios (normativa totalmente ausente en el CdC), le es de aplicación directa el sistema de contratación mercantil establecido en los arts. 50 a 63 CdC, conforme a lo previsto en el art. 2 CdC.

Por otro lado, ha de señalarse que, en el caso que se analiza, la cuestión que se ha de dilucidar es si SIMSA, como deudor de la retribución dineraria a cambio de las perforaciones diamantinas realizadas por MDH, incurrió o no en mora y, por ello, adeuda, además, el pago de intereses moratorios. No se discute, por el contrario, la validez del contrato de obra (ninguna de las partes la ha discutido) ni el cumplimiento de la obligación de obra por parte de MDH (se entiende que SIMSA aceptó los servicios realizados por MDH al acceder a pagar, aunque por partes, los montos dinerarios reflejados en las facturas).

En ese sentido, consideramos incorrecto que la Corte Suprema haya resuelto que “la mora en nuestro ordenamiento jurídico no es automática [...] pues el art. 1333 CC prescribe que, para que exista mora, el acreedor debe exigir el cumplimiento de la obligación, ya sea de manera judicial o extrajudicial”. Al parecer, para el Alto Tribunal, el único sistema de constitución en mora contemplado en nuestro ordenamiento es el regulado en el art. 1333 CC. Este razonamiento sustentó que se le haya denegado el recurso de casación a MDH y, por tanto, que no se le hayan concedido los intereses moratorios pretendidos, por considerarse que no hubo constitución en mora.

Sin embargo, no solo es erróneo que el único sistema de constitución en mora sea el contenido en el art. 1333 CC, sino también que tal sistema sea el aplicable a un contrato de verificada naturaleza mercantil, como el del caso que se examina.

Por lo tanto, el régimen de mora que debió aplicarse, dada la naturaleza mercantil del contrato de obra, es el contenido en el art. 63 CdC, precepto que establece que los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:

- (i) al día siguiente de su vencimiento, en los contratos que tuvieran día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley (art. 63, inc. 1 CdC); o,
- (ii) desde el día en que el acreedor intimare al deudor<sup>69</sup>, en los contratos que no tuvieran día señalado para su cumplimiento por voluntad de las partes o por la ley (art. 63, inc. 2 CdC).

Ahora bien, con base en lo explicado, cabría preguntarse, ¿en cuál de los dos supuestos del art. 63 CdC se subsume el contrato de obra que se examina? De una lectura de la sentencia de Casación, se aprecia que, básicamente, en lo único sobre lo cual las partes se pusieron de acuerdo es en la prestación de MDH (las cuatro perforaciones diamantinas) y en la prestación de SIMSA (las cuatro sumas dinerarias reflejadas en las facturas). Por el contrario, no se aprecia pacto alguno referido al tiempo en que SIMSA debió pagar los montos retributivos a cambio de los servicios realizados por MDH. De hecho, la propia sentencia de Casación, en su fundamento quinto, señala que “no se ha acreditado de modo alguno que se haya pactado un plazo para el cumplimiento de la obligación”<sup>70</sup>. Por lo tanto, se puede indicar que la obligación de pago de SIMSA no tuvo día señalado para su cumplimiento por voluntad de las partes.

Sin embargo, al analizar si la ley determina un tiempo para el cumplimiento de esta obligación en el contrato de obra, nos encontramos con lo previsto en el art. 1759 CC, norma general aplicable a todo contrato de prestación de servicios (entre los que se encuentra el contrato de obra). Dicho precepto indica:

“Cuando el servicio sea remunerado, la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado su resultado, salvo cuando por convenio, por la naturaleza del contrato, o por la costumbre, deba pagarse por adelantado o periódicamente”.

Nótese, por tanto, que la propia ley sí establece un tiempo para el cumplimiento del pago de la retribución en un contrato de prestación de servicios, siempre que las partes, la naturaleza del contrato o la costumbre no hayan previsto un tiempo distinto (adelantado o

---

<sup>69</sup> Con las formalidades explicadas en Cap. II, apartado 2.2, *supra*.

<sup>70</sup> Aunque, al parecer, este hecho, además de la “falta de interpelación del acreedor”, motivó a que la Corte Suprema defendiera que no hubo constitución en mora. Expresamente, la sentencia indica: “En el caso de autos, la parte actora indica que su contraparte habría incurrido en mora por el pago tardío de la obligación, sin embargo, no se ha acreditado de modo alguno que se haya pactado un plazo para el cumplimiento de la obligación, por lo que no puede alegarse válidamente que se haya incurrido en mora, máxime si no se ha acreditado la intimación en mora requerida por el ordenamiento jurídico”.

periódicamente). Tal tiempo, en el caso del contrato de obra, será después de aceptado el resultado, es decir, después de aceptada la obra para la cual fue celebrado el contrato.

En el caso concreto que se analiza, si, pese a que las partes no pactaron nada al respecto, la ley sí especifica un tiempo para el cumplimiento de la obligación de pagar la retribución por las obras realizadas (las perforaciones diamantinas), todo ello subsume al contrato de obra en cuestión en el supuesto previsto en el art. 63, inc. 1 CdC. Por lo tanto, debió considerarse no solo que SIMSA se retrasó en el pago de la retribución (la imputabilidad se asume, dado que no se aprecia prueba en contrario que rompa la presunción del art. 1329 CC), sino además que dicho retraso es moratorio desde el día siguiente en que aceptó cada una de las perforaciones realizadas por MDH en el interior de las minas del Proyecto San Ramón y del Proyecto Uncush Sur.

A lo anterior ha de añadirse que, conforme al art. 1335 CC<sup>71</sup>, dado que MDH cumplió con su obligación (las perforaciones diamantinas), SIMSA incurre en mora en virtud del incumplimiento de su propia obligación.

Todo este razonamiento, aplicado a los datos contenidos en la sentencia de Casación que se examina y asumiendo que SIMSA aceptó las cuatro perforaciones realizadas por MDH en las fechas correspondientes a cada una de las facturas que esta presentó, genera como resultado que SIMSA incurrió en mora en cuatro ocasiones:

- (i) a partir del 1 de mayo de 2002, después de haberse aceptado la perforación diamantina realizada por MDH en el Proyecto San Ramón, según factura N° 0004340 de 30 de abril de 2002;
- (ii) a partir del 1 de junio de 2002, después de haberse aceptado la perforación diamantina realizada por MDH en el Proyecto San Ramón, según factura N° 0004383 de 31 de mayo de 2002;
- (iii) a partir del 30 de abril de 2005, después de haberse aceptado la perforación diamantina realizada por MDH en el Proyecto Uncush Sur-San Vicente, según factura N° 0006180 de 29 de abril de 2005; y,
- (iv) a partir del 1 de julio de 2005, después de haberse aceptado la perforación diamantina realizada por MDH en el Proyecto Uncush Sur-San Vicente, según factura N° 0006273 de 30 de junio de 2005.

---

<sup>71</sup> Aplicable a este caso por dos razones: (i) por tratarse de un caso de obligaciones recíprocas; y, (ii) por no existir en el CdC una norma que regule este aspecto de la mora en este tipo de obligaciones (García-Pita y Lastres, 2010, pp. 159-160). Por lo tanto, se aplica el art. 1335 CC de forma supletoria, por mandato del art. 2 CdC.

Con base en lo descrito, la Corte Suprema debió declarar fundado el recurso de Casación interpuesto por MDH –aunque no por los fundamentos jurídicos alegados por este<sup>72</sup>– por infracción normativa de los arts. 2 y 63 CdC<sup>73</sup> y, por lo tanto, conceder a su favor los intereses moratorios que este reclamaba<sup>74</sup>.

Llama la atención como el desconocimiento de la normativa mercantil o la asunción (sin justificación) de aquella postura que considera derogado el sistema de contratación mercantil del CdC puede generar no solo que se adopten resoluciones jurídicas incorrectas a nivel dogmático, sino también decisiones que pueden afectar considerablemente el patrimonio de una persona (en este caso, jurídica). En efecto, el monto total que MDH demandó por concepto de intereses moratorios ascendía a más de 28,000 dólares americanos; una suma no poco considerable que pudo haberse concedido (amén de los costos y las costas del proceso) si hubiera razonado de la forma en que aquí se ha expuesto.



---

<sup>72</sup> En efecto, MDH señala que “no necesitaría constituir en mora al deudor porque el propio CC conlleva la automática intimación en mora a partir de la no ejecución de la prestación” (fundamento segundo), algo ciertamente incorrecto. Como se ha desarrollado en Cap. II, apartado 1.3.2, *supra*, el CC solo establece la mora automática en determinados supuestos (ninguno de los cuales se cumple en el caso que se analiza). Tampoco puede justificarse dicho sistema de mora al amparo de una interpretación forzada (y totalmente errónea) del art. 1220 CC (fundamento segundo), el cual, como la Corte Suprema indica en la sentencia (fundamento sexto) “únicamente se refiere al pago como medio natural de extinción de obligaciones”. Lo que debió argumentar MDH es la infracción normativa de los arts. 2 y 63 CdC.

<sup>73</sup> El art. 2 CdC se infringe por no respetarse el sistema de fuentes previsto en dicho Código. El art. 63 CdC se infringe por inaplicarse indebidamente el sistema de mora mercantil al caso concreto.

<sup>74</sup> En este caso, al no haberse alegado por MDH la infracción normativa de los arts. 2 y 63 CdC, debió aplicarse el principio *iura novit curia* (art. VII TP CC).

## Conclusiones

**Primera.** La *mora debitoris* es aquella situación jurídica en la que el deudor retrasado en el cumplimiento de su obligación asume la responsabilidad por los daños generados por el retraso y por el valor de la prestación devenida en imposible, incluso si dicha imposibilidad se hubiera debido a causa no imputable a él.

**Segunda.** Es presupuesto para el pago de intereses moratorios que el deudor haya incurrido efectivamente en mora. No es necesario que las partes pacten el pago de dichos intereses para que surja tal obligación: esta tiene origen *ex lege*.

**Tercera.** En el ordenamiento peruano existen dos regímenes vigentes de constitución en mora del deudor: uno civil (en el art. 1333 CC) y otro mercantil (en el art. 63 CdC). Ambos se distinguen básicamente en que, como regla general, en el primero, la mora surge a partir de una interpelación por parte del acreedor; mientras que, en el segundo, la mora surge automáticamente con el vencimiento del tiempo en que debía cumplirse la obligación. En todo caso, ambos sistemas admiten excepciones previstas expresamente.

**Cuarta.** Pese a las voces contrarias, el art. 1353 CC no ha derogado el sistema de contratación mercantil previsto en los arts. 50 a 63 CdC. El primer precepto estaba dirigido únicamente a expresar que todos los contratos innominados de Derecho privado estaban regidos por lo previsto en el CC (tal y como lo establece el art. IX TP CC). Lamentablemente, durante el proceso prelegislativo, la idea original fue tergiversada en su redacción y pasó a tener un tenor confuso que ha hecho que la mayor parte de la doctrina, sin verdadero fundamento jurídico, haya apoyado la tesis derogacionista del CdC. Lo cierto es que el régimen de contratación mercantil del CdC sigue vigente, y ha de ser aplicado a todo contrato mercantil con preferencia al régimen previsto en el CC, el cual será de aplicación supletoria.

**Quinta.** Será mercantil todo contrato cuando se inserte en una actividad empresarial (sea o no parte del contrato el empresario) o cuando sea celebrado por un empresario por la forma.

**Sexta.** Los contratos de locación de servicios y de obra se distinguen fundamentalmente en que, en el primer caso, el servicio consiste en la realización de una

actividad por un tiempo o para un propósito determinado, que no incluye la obtención de un resultado concreto; mientras que, en el segundo caso, el servicio sí supone la realización de un resultado concreto (una obra, en los términos del art. 1771 CC) como medio idóneo para que el deudor se libere.

**Sétima.** En el caso concreto, la Corte Suprema debió declarar fundado el recurso de Casación interpuesto por MDH, aun cuando este no hubiera alegado correctamente la norma jurídica (en aplicación del principio *iura novit curia* – art. VII TP CC), por infracción normativa de los arts. 2 y 63 CdC. Por tanto, debió entender constituido en mora a SIMSA y, en consecuencia, conceder los intereses moratorios reclamados por MDH.



## Abreviaturas

art. o arts.	artículo o artículos
Cap.	capítulo
CC	Código Civil (a falta de otra referencia, el peruano de 1984)
CdC	Código de Comercio (a falta de otra referencia, el peruano de 1902)
ed.	edición
Exp.	Expediente
<i>infra</i>	abajo
N°	número
p. o pp.	página o páginas
ss.	siguientes
<i>supra</i>	arriba
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TP	Título Preliminar
vol.	volumen





## Referencias bibliográficas

- Agüero San Juan, S. (2015). *La derogación. Un análisis de la dinámica de los ordenamientos jurídicos*. Tesis doctoral. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra. Recuperado de: <<https://bit.ly/2qwzfdw>>
- Albaladejo, M. (2002). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. 11ª ed. Barcelona: Bosch.
- Alonso Ureba, A. (1994). Contrato mercantil. En *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. 1, Madrid: Civitas.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (1980). Exposición de motivos sobre los contratos en general. *Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil*, t. 2. Lima: s.n.
- Arias-Schreiber, M y Cárdenas, C. (1989). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, t. 3, 1ª ed., Lima: San Jerónimo Ediciones.
- Ascarelli, T. (1964). *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*. Trad. de la 3ª ed. italiana por Evelio Verdera y Tuells. Barcelona: Bosch.
- Barboza Beraún, E. y Miranda Gómez, J. (2011). La mora del deudor y el proyecto de reformas al libro de obligaciones. *THEMIS: Revista de Derecho*, 60. Recuperado de: <<https://bit.ly/2PZnuaj>>
- Beltrán Pacheco, J. (2003a). Artículo 1755. *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. 9. Lima: Gaceta Jurídica.
- (2003b). Artículo 1764. *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. 9. Lima: Gaceta Jurídica.
- Benatti, F. (1968). *La costituzione in mora del debitore*. Milán: Giuffré.
- Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. (2017). *Manual de Derecho mercantil*, t. 2, vol. 1, 24ª ed. Madrid: Tecnos.
- Cárdenas Quirós, C. (1999). *Modificación y derogación de las normas legales*. Lima: Ara Editores.
- Carvajal, L. (2006). La unificación del Derecho de las obligaciones civiles y comerciales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 27. Recuperado de: XXVII. Recuperado de: <<https://bit.ly/2rnv5oF>>
- Castán Tobeñas, J. (1992). *Derecho civil español, común y foral*, t. 3. 16ª ed. Madrid: Reus.
- Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Congreso de la República (1980). *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código civil*, t. 2. Lima: s/n.

- Contardo González, J. (2014). Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el Código civil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 43. Recuperado de: <<https://bit.ly/33uafCb>>
- De La Puente, M. (2007). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, t. 1. Lima: Palestra Editores.
- De Valdenebro, J. (2011). Reflexiones sobre la unificación de civil y comercial. La CISG como criterio aconsejable. *Revista de Derecho Privado de la Universidad de Los Andes*, 45. Recuperado de <<https://bit.ly/2K3SMsF>>
- Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. 2, 6ª ed., Cizur Menor: Thomson Civitas.
- (2010). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. 4. Cizur Menor: Thomson Civitas.
- Díez-Picazo Giménez, G. (1996). *La mora y la responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- (1990). *La derogación de las leyes*. Madrid: Civitas.
- Espinoza Espinoza, J. (2015). La mora. *THEMIS: Revista de Derecho*. 68. Recuperado de: <<https://bit.ly/2Q9zVjZ>>
- Fernández Cruz, G. (2003). Artículo 1314. *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica.
- Franzzoni, M. (1998). La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado. *THEMIS: Revista de Derecho*, 38. Recuperado de <<https://bit.ly/2N36g8Q>>
- García-Pita y Lastres, J. (2010a). *Derecho mercantil de obligaciones*, t. 1. Barcelona: Bosch.
- (2010b). Las obligaciones y contratos mercantiles, en el Derecho peruano: ¿pollice verso? *Revista de Derecho* (11).
- Garrigues, J. (1972). *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1. Madrid: Imprenta Aguirre.
- (1974). *Curso de Derecho mercantil*, t. 2. Madrid: Imprenta Aguirre.
- Gramunt Fombuena, M. (1993). *La mora del deudor en el Código Civil*. Barcelona: Bosch.
- Gregorini, E. (1999). *Locación de obra*. Tomo I, Buenos aires: La ley.
- Hernández-Gil, F. (1962). La intimación del acreedor en la mora ex persona. *Anuario de Derecho Civil*, 15-2.

- Herrada Bazán, V. (2017). Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias). *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, n. 1. Recuperado de: <<https://bit.ly/2Q9BkHh>>
- Kaser, M. (1965). *Roman Private Law*. Traducción de *Römisches Privatrecht*, por Rolf Dannenbring, Butterworths, Durban.
- Langle, E. (1950). *Manual de Derecho mercantil español*, t. 1. Barcelona: Bosch.
- Moisset de Espanés, L. (1996). La mora en el Código Civil Peruano de 1984. *Anuario de Derecho Civil*, 49-2.
- (2017). *La mora. Estudio teórico y legislativo con referencia al Derecho Peruano*, 1ª ed., Lima: Gaceta Jurídica.
- Montoya Manfredi, U., Montoya Alberti, U. y Montoya Alberti, H. (2006). *Derecho comercial*, t. 3, Lima: Grijley.
- Morales Acosta, A. (1990). Los grandes cambios en el derecho privado moderno. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*.
- Muro, M. (2003a). Artículo 1757. *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. 9. Lima: Gaceta Jurídica.
- (2003b). Artículo 1759. *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. 9. Lima: Gaceta Jurídica.
- Olivencia, M. (2004a). El Derecho mercantil. Origen y evolución histórica. En Jiménez Sánchez, G. (Coord.) *Derecho Mercantil I*. 9ª ed. Madrid: Ariel.
- (2004b). Derecho mercantil y Derecho de la empresa. En Jiménez Sánchez, G. (Coord.) *Derecho mercantil I*. 9ª ed. Madrid: Ariel.
- Ortega Doménech, J. (2007). *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid: Reus.
- Osterling Parodi, F. (1987). La mora del deudor. *THEMIS: Revista de Derecho*, 8. Recuperado de: <<https://bit.ly/2rq68ZT>>
- Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2000). El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 53. Recuperado de: <<https://bit.ly/2qA1t7f>>
- (2010). La mora. *Revista Ita Ius Esto*, 5. Recuperado de: <<https://bit.ly/34DcjYE>>
- Palacio Pimentel, H. (2006). *Las obligaciones en el Derecho Civil peruano*. Lima: Editorial Huallaga.

- Palau Ramírez, F. y otros (2012). Presupuesto y efectos de la mora. En Palau Ramírez, Felipe y Viciano Pastor, J. *Tratado sobre la morosidad*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Pothier, R. (1821). *Traité des obligations*. Tomo I, París.
- Puig Peña, F. (1976). *Compendio de Derecho civil español*, t. 3. 3ª ed., Madrid: Ediciones Pirámide S.A.
- Rocco, A. (1966). *Principios del Derecho mercantil. Parte General*. México: Editorial Nacional.
- Rogron, J. (1829). *Code civil expliqué par des motifs et par des exemples*. H. Tarlier, Bruselas, H. Tarlier.
- Rojo, A. (2015). El empresario (I). En Menéndez, A. y Rojo, A. (Dir.). *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. 1. 13ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas.
- Ruiz-Rico, J. (1989). *Comentario al artículo 1.108*. En Albaladejo, M. (Dir.). *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1. Madrid: Edersa.
- Sánchez Calero, F. (1997). *Instituciones de Derecho mercantil*, t. 2. 20ª ed., Madrid: McGraw-Hill.
- Sánchez Calero, F. (2005). *Instituciones de Derecho mercantil*, t. 1. Madrid: McGraw-Hill.
- Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J. (2010). *Instituciones de Derecho mercantil*, t. 2. 33ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Spota, A. (1987). *Instituciones de Derecho civil – Contratos*, vol. V, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma.
- Torres, A. (2006). *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. 3ª ed., Lima: Idemsa.
- (2014). *Teoría general de las obligaciones*. Vol. 2, Lima: Instituto Pacífico
- Tovar, M. y Ferrero, V. (2003). Artículo 1771. *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ugarte Vega, M. (2010). Apuntes sobre los contratos atípicos o innominados. *Revista de investigación de la facultad de ciencias administrativas UNMSM*, 13, n. 25. Recuperado de: < <https://bit.ly/2WWxxOT> >
- Valle, J. (1987). *La autonomía del Derecho comercial y su crisis*. Lima: Cultural Cuzco.
- Vásquez Sotomayor, A. (2018). La mora en las obligaciones negativas. Argumentos para su aplicación en el Código Civil peruano. Tesis de licenciatura. Piura: Universidad de Piura.

Vivante, C. (1932). *Tratado de Derecho mercantil*, vol. 1. Madrid: Reus.

Zegarra Mulánovich, A. (2008). El Código Civil y los contratos mercantiles. *Revista Ita Ius Esto*, 1. Recuperado de: <<https://bit.ly/2mgwz1r>>

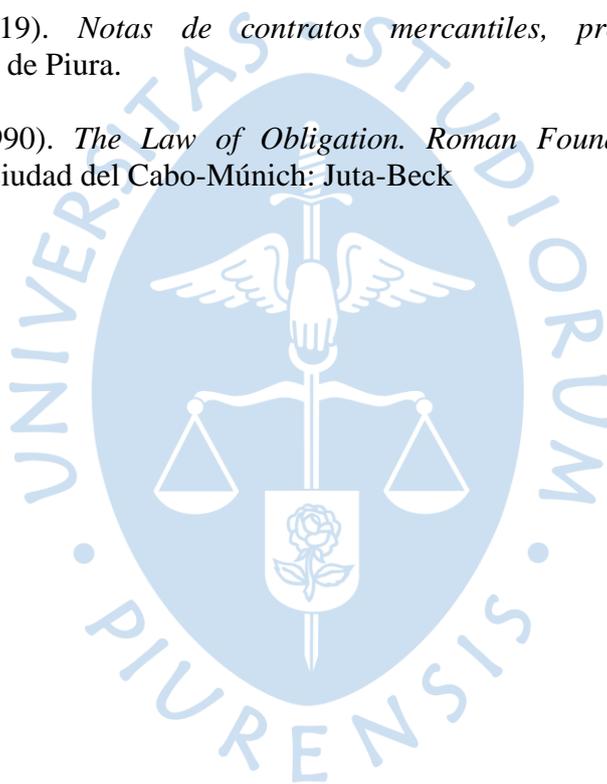
------(2009). *Descubrir el derecho: las nociones elementales del derecho privado y del derecho público explicadas en forma sistemática*. 1ª ed., Lima: Palestra Editores.

------(2010). Del comerciante al empresario: El derecho mercantil de obligaciones actual. *Revista Aequitas*, 4. Recuperado de <<https://bit.ly/2MG3jed>>.

------(2015). *Notas de Derecho Mercantil. Parte general, pro manuscripto*. Piura: Universidad de Piura.

------(2019). *Notas de contratos mercantiles, pro manuscripto*. Piura: Universidad de Piura.

Zimmermann, R. (1990). *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Ciudad del Cabo-Múnich: Juta-Beck





## Anexos

### Sentencia de Casación N° 2533-2013-LIMA

#### SENTENCIA

#### CAS. N° 2533-2013

Lima, ocho de abril de 2014

**La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República**, vista la causa número dos mil quinientos treinta y tres del dos mil trece, en audiencia pública realizada en la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

**MATERIA DEL RECURSO:** Es materia del presente recurso, la sentencia de vista de fecha veinticinco de marzo de dos mil trece, expedida por la primera Sala Civil con Sub especialidad comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas treinta, su fecha ocho de agosto de dos mil doce, declara improcedente la demanda de obligación de dar suma de dinero interpuesta por MDH S.A.C.

**ANTECEDENTES:** Mediante escrito de fojas treinta, MDH S.A.C. interpone demanda de obligación de dar suma de dinero contra la compañía minera San Ignacio de Morococha S.A, con la finalidad que se ordene a la demandada el pago de intereses legales por el importe de \$ 28,373.67, como consecuencia de la demora incurrida en el pago de la contraprestación contractual, al que se le deben seguir sumando los intereses que se sigan acumulando hasta la total cancelación, como consecuencia de la falta de pago de los derechos accesorios de manera oportuna, además del pago de costos y costas del proceso.

El demandante fundamenta su pretensión en que su empresa es especializada en servicios de perforación diamantina y que, en su condición, prestó servicios a la demandada en el interior de la mina del Proyecto San Ramón (abril y mayo de 2002) y en el interior del Proyecto Uncush Sur (mayo y junio de 2005).

Además, señala que la emplazada solicitó se le inicie proceso concursal preventivo, logrando que el catorce de enero de dos mil dos, Indecopi suspendiera la exigibilidad del cumplimiento de sus obligaciones vencidas por la baja considerable del concentrado de zinc. Asimismo, menciona que los servicios que brindó MDH S.A.C. fueron realizados fuera del marco de

protección del acuerdo global de refinanciamiento, motivo por el cual ha existido mora o demora injustificada en la cancelación de la acreencia que se genera del capital adeudado en base a las cuatro facturas que se detallan en el escrito postulatorio. Señala además que, de la sumatoria de todos los importes contenidos en los mencionados documentos, se determina que al día veinte de enero de dos mil once se adeuda por intereses la suma de veintiocho mil trescientos setenta y tres dólares y 77/100 dólares americanos (USD \$ 28,373.77).

Mediante carta notarial de fecha once de febrero de dos mil once, el demandante emplazó al demandado para que cumpla con el pago. Sin embargo, refiere que la demandada le remitió la carta notarial de fecha once de marzo de dos mil once, aceptando que las deudas de capital ya habían sido canceladas, pero rechazando el pago de intereses porque estos no habían sido pactados.

Finalmente, indica que con fecha cinco de abril de dos mil once se acudió al centro de conciliación extrajudicial para que se realice una conciliación, lo que no se realizó por inasistencia de la demandada.

Mediante resolución número dos de fecha veintisiete de marzo de dos mil doce, de fojas cuarenta y dos, se declaró rebelde a la codemandada y se declaró saneado el proceso. Sin embargo, mediante escrito de fecha veintitrés de abril de dos mil doce, la demandada contestó la demanda (de manera extemporánea) argumentando que la demandante nunca le intimó en mora respecto a las obligaciones cuyos intereses se reclama y que, por el contrario, cumplió con el pago de las facturas en la oportunidad correspondiente, dándose íntegro cumplimiento a las obligaciones contraídas.

**PUNTOS CONTROVERTIDOS:** Según consta en la resolución número tres de fecha veintiséis de abril de fojas cuarenta y seis, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

- (a) Determinar si la empresa demandada compañía minera San Ignacio de Morococha S.A. ha incurrido en mora o demora injustificada en la cancelación de la acreencia que precisa la demandante.
- (b) Como consecuencia de ello, determinar si corresponde a la empresa demandada pagar los intereses legales demandados.

**FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL**

**RECURSO:** Según advierte el auto calificadorio de fecha treces de setiembre de dos mil trece, este Supremo Tribunal ha declarado procedente el recurso por diversas causales, las que debe ser analizadas de manera independiente, teniendo en cuenta los argumentos que se detallan en el recurso extraordinario bajo análisis.

**CONSIDERANDOS:**

**Primero.** - Se denuncia la infracción normativa del art. 15 de la ley de conciliación, Ley N° 26872, modificada por el Decreto Legislativo N° 1070, que en su parte final prescribe que: “la inasistencia de la parte invitada a la audiencia de conciliación, produce en el proceso judicial que se instaure, presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el acta de conciliación y reproducidos en la demanda. La misma presunción se aplicará a favor del invitado que asista y exponga los hechos que determinen sus pretensiones para una probable reconvencción, en el supuesto que el solicitante no asista. En tales casos, el juez impondrá en el proceso una multa no menos de dos ni mayor de diez unidades de referencia procesal a la parte que no haya asistido a la audiencia.”

Asimismo, se denuncia la infracción normativa al art. 279 del Código Procesal Civil, que prescribe: “Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso”. Según el recurrente, el órgano jurisdiccional debió aplicar la presunción relativa prevista en la ley de conciliación, pues, la parte demandada no asistió oportunamente a la audiencia convocada por el centro de conciliación extrajudicial, por tanto, debe entenderse que los hechos expuesto en la demanda son ciertos.

Al respecto, es necesario indicar que la existencia de una presunción relativa de veracidad para nada enerva la función jurisdiccional de actuación y valoración de medios de prueba, análisis fáctico y jurídico de la controversia y de la emisión de un juicio jurisdiccional. Afirmar lo contrario implicaría reconocer la sujeción de la función jurisdiccional a una norma determinada, lo que es inaudito en un sistema democrático de división autónoma de poderes. Reafirmando lo dicho, el órgano jurisdiccional no puede dejar de administrar justicia únicamente por la existencia de una presunción relativa de veracidad de los hechos expuestos debido a la inasistencia de una de las partes a la audiencia convocada por el centro de conciliación extrajudicial, pues, se estaría infringiendo tanto la función jurisdiccional del Estado como el Derecho de las partes de obtener del poder judicial una decisión basada en

Derecho y en la apreciación crítica del conflicto material suscitado entre las partes. En estos términos, la primera infracción normativa denunciada debe ser desestimada.

**Segundo.** - La parte recurrente denuncia infracción normativa del art. 1220 del CC, que prescribe expresamente: “Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.”

Del mismo modo, se denuncia la infracción normativa al art. 1333 CC que establece que: “Incorre 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.”

El recurrente alega dichas infracciones normativas argumentando que debido a que el pago se entiende efectuado únicamente cuando se ejecuta el íntegro de la prestación, por lo que, inicialmente el pago fue parcial ya que éste recién se produjo cuando se canceló la última armada, por lo que, refiere el recurrente que en este caso no existiría necesidad de constituir en mora al deudor porque el propio CC, conlleva la automática intimación en mora a partir de la no ejecución de la prestación.

**Tercero.** - Respecto al argumento vertido por la parte recurrente es necesario indicar que el escrito postulatorio fluye que la pretensión contenida en la demanda abarca únicamente el pago de intereses legales derivados del cumplimiento tardío de la obligación contraída por la parte demandada en virtud a los siguientes comprobantes de pago que acreditarían la existencia de relaciones comerciales entre las partes.

- a) **FACTURA N° 0004340** de fecha treinta de abril de dos mil dos: La cual acreditaría el servicio prestado durante el mes de abril de dos mil dos por perforación de diamantina en Proyecto San Ramón, por la suma de USD \$ 19,764.88 dólares americanos. Según el demandante se realizó pago parcial el treinta de diciembre de dos mil dos por la suma de USD \$ 7,216.00 dólares americanos, con un atraso de nueve meses. Asimismo, se realizó otro pago parcial el veintiuno de febrero de dos mil tres por la suma de USD \$ 6,372.12 dólares americanos, con un atraso de diez meses y veintiún días. Finalmente, se efectuó el pago mediante cheque el uno de abril de dos mil cinco, por la suma de USD 6,176.76 dólares americanos con un atraso de treinta y seis

meses. En tal sentido, la parte demandante refiere que respecto a esta primera factura corresponde el pago de intereses por la suma de USD \$ 5,332.33 dólares americanos por cancelación tardía.

- b) **FACTURA N° 0004383** de fecha treinta y uno de mayo de dos mil dos: La cual acreditaría el servicio prestado durante el mes de mayo de dos mil dos de perforación diamantina en interior de la mina en el Proyecto San Ramón, por importe de USD \$ 26,379.37 dólares americanos. Señalada la demandante que se efectuó un pago mediante cheque de fecha uno de abril de 2005, por el importe de USD \$ 26,379 dólares americanos, con un atraso de treinta y cuatro meses. De acuerdo a la demandante esto genera un devengado por concepto de intereses de USD \$ 13,453.47 dólares americanos.
- c) **FACTURA N° 0006180** de fecha veintinueve de abril de dos mil cinco: La cual acreditaría la prestación del servicio de perforación diamantina en el Proyecto Uncush Sur – San Vicente en el mes de abril de dos mil cinco, por el importe de USD \$ 45,405.34 dólares americanos. Refiere la actora que se efectuó un pago parcial el seis de mayo de dos mil cinco, por la suma de USD 6,356.75 dólares americanos; luego un segundo pago parcial el tres de noviembre de dos mil cinco, por la suma de USD \$ 20,916.87 dólares americanos con un atraso de ocho meses y cinco días. Asimismo, señala que se efectuó otro pago parcial el veinticuatro de marzo de dos mil seis por la suma de USD \$ 8,000.00 dólares americanos, con atraso de nueve meses y veintiséis días. Se pagó el seis de julio de dos mil seis el equivalente a la suma de USD \$ 10,131.72 dólares americanos con un atraso de trece meses y ocho días. La actora refiere que el atraso en el pago de esta factura genera la suma de USD \$ 5,762.42 dólares americanos por concepto de intereses por pago tardío y extemporáneo.
- d) **FACTURA N° 0006273** de fecha treinta de junio de dos mil cinco: La cual acreditaría el servicio de perforación diamantina en el mes de junio de dos mil cinco en Proyecto Uncush Sur – San Vicente por el importe de USD \$ 29,570.67 dólares americanos. Se efectuó pago parcial el cinco de agosto de dos mil cinco por la suma de USD \$ 4,139 dólares americanos con atraso de un mes cinco días. Además, señala que efectuó pago cancelatorio el veinticinco de abril de dos mil seis por el importe de USD \$ 25,430.78 dólares americanos con un atraso de nueve meses y veinticinco días. En tal sentido, señala el demandante que se generaron intereses por la suma de USD \$ 3,825.55 dólares americanos por esta factura cancelada tardíamente.

La parte demandada en ningún momento niega la existencia de relaciones comerciales entre las partes ni el pago efectuado, sin embargo, refiere que no se pactaron intereses y que nunca se le intimó en mora como deudor.

**Cuarto.** - Al respecto, cabe precisar que, aunque no se hayan pactado expresamente los intereses moratorios, éste debe ser pagado conforme a la regla del art. 1246 CC, esto es, en primer término, conforme al interés compensatorio pactado, y en su defecto de acuerdo al interés legal vigente. Pese a la obligatoriedad del pago de intereses moratorios, es necesario que el deudor haya incurrido en mora. Ahora bien, la mora en nuestro ordenamiento jurídico no es automática, salvo en ciertas excepciones legales, pues el art. 1333 CC prescribe que para que exista mora, el acreedor debe exigir el cumplimiento de la obligación ya sea de manera judicial o extrajudicial, esto constituye la denominada intimación en mora. Esta intimación no es requerida en algunos de los supuestos previsto en la norma.

**Quinto.** - En el caso de autos, la parte actora indica que su contraparte habría incurrido en mora por el pago tardío de la obligación, sin embargo, no se ha acreditado de modo alguno que se haya pactado un plazo para el cumplimiento de la obligación, por lo que no puede alegarse válidamente que se haya incurrido en mora, máxime si no se ha acreditado la intimación en mora requerida por el ordenamiento jurídico. Esta falta de intimación y la posterior aceptación de los pagos efectuado por la demandada, así como la celebración de nuevas relaciones comerciales permiten concluir válidamente que la parte demandante aceptó el pago en armadas de la obligación pactada, pues de lo contrario, habría procedido a requerir el cumplimiento de la obligación conforme a los mecanismos previstos en el ordenamiento civil.

**Sexto.** - En tal sentido, no se puede amparar el argumento de la parte demandante respecto a un supuesto cumplimiento parcial de la obligación ni a la existencia de una mora automática no regulada expresamente en el CC, pues la actora pretende se deduzca la inexigibilidad de la intimación en mora a partir de una interpretación errónea del art. 1220 del CC, que únicamente se refiere al pago como medio natural de extinción de obligaciones.

**Sétimo.** - Por otro lado, en el recurso de casación bajo análisis se denuncia la supuesta infracción normativa a los arts. 1321 y 1329 del CC. El primero prescribe que: “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a

culpa leve el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”. El segundo art. invocado prescribe que: “se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.

Ahora bien, estos últimos dispositivos normativos invocados regulan la responsabilidad extracontractual, y en tal caso, son aplicables a aquellos casos en los que la parte demandante requiere ser resarcido por el daño causado por una conducta antijurídica de su contendor, lo que no ocurre en este caso, pues la parte actora no solicita resarcimiento alguno sino únicamente el pago de intereses legales por un supuesto cumplimiento tardío de la obligación. En consecuencia, no es posible la aplicación de las normas invocadas.

**Octavo.** - Efectuado el análisis jurídico y luego de haberse rebatido cada uno de los argumentos vertidos por la parte recurrente, corresponde declarar infundado el recurso de casación.

Estando a las consideraciones expuestas, esta Sala Suprema, en aplicación de lo señalado en el art. 397 del CPC: **a)** Declara **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento cuarenta y nueve, interpuesto por MDH S.A.C.; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veinticinco de marzo de dos mil trece, obrante a fojas ciento catorce. **b)** **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por MDH S.A.C. con Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. sobre obligación de dar suma de dinero; intervino como ponente la Juez Supremo señora Rodríguez Chávez. - SS. ALMENARA BRYSON, TELLO GILARDI, ESTRELLA CAMA, RODRÍGUEZ CHAVEZ, CALDERÓN PUERTAS.